

*Los modelos de descentralización política
en relación con el proceso de integración
en Europa.*

Autor: Manuel Fondevila Marón

Tesis doctoral UDC / 2015

Director: Javier Ruiperez Alamillo.

Departamento de Derecho Público.



UNIVERSIDADE DA CORUÑA



UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA

DEPARTAMENTO DE
DERECHO PÚBLICO

Javier Ruipérez Alamillo
Catedrático de Derecho Constitucional

Facultad de Derecho
Campus de Elviña, s/n
15071 La Coruña
Tel.: (981) 16 70 00. Ext. 1573
Fax: (981) 29 03 10

PROF. DR. JAVIER RUIPEREZ ALAMILLO, Catedrático de Derecho Constitucional y Director de la tesis de **D. MANUEL FONDEVILA MARÓN**, titulada *Los modelos de descentralización política en relación con el proceso de integración en Europa*,

AUTORIZA

El depósito de dicha tesis doctoral, para su lectura, así como, por entender que cumple los requisitos, la solicitud de mención internacional.

A Coruña, 4 de Mayo de 2015.

Javier Ruiperez Alamillo.

Resúmenes breves.

Resumen: La tesis se divide en tres capítulos. En el primero se desarrolla una clasificación de las formas de Estado, distinguiendo entre unitario y federal (la Confederación no es un Estado) y unos elementos determinantes que deben existir para considerar que un Estado tiene naturaleza federal. Con esta metodología, en el segundo capítulo, se hace un estudio comparado de estos elementos en nueve países (Estados Unidos, Canadá, México, Argentina, Alemania, Suiza, Austria, España e Italia) y en la Confederación europea. En este capítulo se desarrolla la primera gran conclusión del estudio: que tanto en Europa como en América se producen efectos de imitación de los ordenamientos que se consideran “modélicos” que no siempre producen los efectos deseados. En el tercer capítulo, desarrollamos la que es la segunda gran conclusión de nuestro estudio: que en Europa el proceso de integración europea y la descentralización en los Estados miembros se retroalimentan, recibiendo influencias recíprocas. Para alcanzar esta conclusión centramos el estudio en la protección de los derechos y en la distribución de competencias en los estados Europeos.

Resumo: A tese divídese en tres capítulos. No primeiro desenvólvese unha clasificación das formas de Estado, distinguindo entre unitario e federal (a Confederación non é un Estado) e uns elementos determinantes que deben existir para considerar que un Estado ten natureza federal. Con esta metodoloxía, no segundo capítulo, faise un estudo comparado destes elementos en nove países (Estados Unidos, Canadá, México, Arxentina, Alemaña, Suíza, Austria, España, Italia) e na Confederación europea. Neste capítulo desenvólvese a primeira gran conclusión do estudo: que tanto na en Europa como en América prodúcense efectos de imitación dos ordenamentos que se consideran “modélicos” que non sempre producen os efectos desexados. No terceiro capítulo desenvolvemos a que é a segunda gran conclusión do noso estudo: que en Europa o proceso de integración europea e a descentralización nos Estados membros retroaliméntanse, recibindo

influencias recíprocas. Para alcanzar esta conclusión centramos o estudo na protección dos dereitos e a distribución de competencias nos Estados europeos.

Abstract: The thesis is divided into three chapters. In the first chapter a classification of the State forms, distinguishing between unitary and federal (Confederation is not a State) and some determining elements that must be exist in order to considerate a State have federal nature is developed. With this methodology, in the second chapter, a comparative study of these elements in nine countries (United States, Canada, Mexico, Argentina, Germany, Switzerland, Austria, Spain and Italy) and the European Confederation is made. In this chapter the first major conclusion of the study is developed: both in America and Europe imitation effects respects countries that are considered “exemplary” that not always produce desire effects occur. In the third chapter, we develop which is the second major conclusion of our study: in Europe, European integration and decentralization in the Member States are fed back, receiving reciprocal influences. In reaching this conclusion, the study focused on the protection of rights and the distribution of powers in the European states.

Resumen (extendido).

La tesis es un estudio comparado sobre los modelos de descentralización política y cómo se relacionan estos, en Europa, con el proceso de integración.

Se divide en tres capítulos. El primero de ellos es de carácter metodológico y propedéutico. Se especifica que la metodología seguida es la propia del Derecho Comparado, distinguiendo entre macro y microcomparación. En él se justifica la razón de los ordenamientos jurídicos estudiados, (Alemania, Austria, Bélgica, Italia, España, Estados Unidos, Canadá, México y Argentina) por ser, todos ellos, Estados federales donde se da, como en la Unión Europea, la cual también se analiza en detalle como un ordenamiento de naturaleza (con)federal más, una protección multinivel de Derechos Fundamentales. La razón por la que se eligen Estados europeos y americanos es que es necesario comparar lo “propio” con lo “ajeno”. Se aclara también el significado que en los Capítulos subsiguientes tendrán los conceptos “Federalismo, Constitución, Tratados Internacionales, Derechos Fundamentales”. Respecto del primero se aclara que es una técnica de descentralización política por lo que, de acuerdo con la mejor doctrina, cabe distinguir aquellos que lo son de “integración” (por unión de Estados otrora soberanos) y aquellos que son de “desintegración” (paulatina descentralización de un Estado unitario). Se observa, además, que los primeros han mostrado una tendencia a una paulatina centralización solo revertida parcialmente en tiempos muy recientes mientras que los segundos están inmersos en un proceso de cada vez mayor descentralización que, quizás, fuese conveniente repensar. Respecto del segundo, pero en relación con el primero, se aclara que sólo el Estado federal en su conjunto, tiene una Constitución propiamente dicha, obra del Pueblo soberano del Estado en su conjunto, estándole las normas de cabecera de los entes regionales (ya se llamen constituciones o Estatutos de Autonomía subordinadas). Respecto del tercero se tratar de aclarar, por una parte, que los Tratados Internacionales, están también subordinados a la Constitución del Estado y, por otra parte, que la principal diferencia entre un Estado Federal y una Confederación es que esta última se rige siempre por un Tratado y nunca por una Constitución propiamente dicha. Respecto del último se defiende que, aunque los Derechos Fundamentales como derechos subjetivos consagrados por la Constituyente sólo pueden ser, propiamente hablando,

los de la Constitución Federal, los entes descentralizados, en sus normas de cabecera, y los Tratados Internacionales, contienen derechos que son, muchas veces, una innovación respecto (sobre todo en el ámbito social) de las declaraciones contenidas en las Constituciones y a los que es necesario dotar de eficacia real. Todo esto se hace con referencias de Derecho positivo a la regulación en los Estados mencionados.

Si respecto al concepto de Estado federal se indicó, en el primer capítulo, que este consiste en a) dos niveles de gobierno b) una división de competencias entre ambos órdenes c) una Constitución rígida; en el segundo capítulo se explican el modelo federal de los distintos Estados objeto de estudio, primero, con base en este criterio y, segundo, porque se dijo que, aunque no era un elemento esencial al tipo, era el desafío más importante para los Estados descentralizados actuales, el modo en que articulan su sistema multinivel de protección de derechos. Como se explica sin desconocer la Historia de cada país, la de cada uno aporta luz sobre la evolución, también, del concepto mismo. Así, por ejemplo, se pone de manifiesto cómo, pese a algunas dudas doctrinales en el origen del Estado federal en los Estados Unidos, la jurisprudencia de su Tribunal Supremo, desde antiguo, sostuvo que se trataba de una Unión eterna rechazando la idea de co-soberanías y como a la misma conclusión se llega, a nivel doctrinal, en Alemania, sobre todo a partir de la Constitución de Weimar. En todo el Capítulo, tanto respecto América como Europa, se distinguen entre los llamados modelos de descentralización “perfectos” e “imperfectos”. Esta categorización, sin embargo, no responde, como es lógico, a ningún tipo de prejuicio sino al grado de eficiencia y falta de interferencias en los instrumentos propios del federalismo. Se sostiene, fundamentalmente, que si no hay un reparto claro y tasado de competencias, por un lado, y tribunales propios de los entes descentralizados que protejan los derechos propios de los mismos, se producen ineficiencias. En el ámbito europeo los problemas de la descentralización son acuciantes, sobre todo, en España y Bélgica, pero también, parcialmente, en Italia. Problemas similares se producen también en la Unión Europea, considerada como Comunidad política. El Capítulo termina con unas breves notas sobre tres Estados (Francia, Gran Bretaña y Portugal) que, si bien no pueden considerarse, en atención a nuestros propios criterios, Estados Federales, parecen conducirse por esta senda.

El tercer y último capítulo analiza las relaciones e influencias recíprocas que, paradójicamente, se dan entre en Europa entre el proceso de integración y la descentralización. No resulta tan sorprendente si se piensa que, la Unión Europea es en buena medida hija de la globalización y que, en general, este es un fenómeno estudiado por sociólogos que al estudiar las relaciones entre la globalización y los fenómenos de localismo han llegado incluso a hablar de “glocalización”. No obstante, se hace un estudio mucho más concreto, en el plano jurídico-político, de estas influencias entre integración y descentralización. Se señalan razones de eficacia económica (V.gr. que sea un criterio prioritario para el reparto regional de fondos la existencia de unidades político-administrativas en el seno de los Estados) y de eficiencia política (V. gr. la posibilidad de los cargos regionales con rango ministerial de participar en el Consejo en asuntos de su competencia que, además, puede ser exclusivo de determinadas regiones, por ejemplo marítimas). Por otro lado, se señala como, sobre todo en España e Italia la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al menos en el plano político, se presenta por las regiones como una fuente de legitimidad a sus políticas situada a un nivel igual o incluso superior al del Estado. Por lo que respecta, por último, al ámbito competencial, la nueva perspectiva descendente del principio de subsidiariedad contenida en los Tratados, trata de paliar los efectos centralizadores consecuencia del proceso de integración. Al tratar esta cuestión, se ha puesto el acento, dado que la Unión Europea no se inmiscuye en cuestiones internas, en la necesidad, primero, de que en todos los Estados políticamente descentralizados de la Unión existan mecanismos, primero, de traslado de la responsabilidad por los posibles incumplimientos por parte de las regiones del Derecho Comunitario por lo que, en el plano comunitario, deberá responder el Estado y, segundo, de un poder de sustitución por parte de los órganos federales para los incumplimientos graves y/o reiterados.

Prefacio.

“Decir amigo se me figura que decir amigo es decir ternura. Dios y mi canto saben a quién nombro tanto”.

Joan Manuel Serrat.

Asistimos en la actualidad a un doble proceso de mundialización y regionalización, que si bien puede parecer contradictorio, lo cierto es que paradójicamente uno viene propiciado por el otro, de tal forma que ambos están interconectados, recibiendo influencias recíprocas. En el ámbito europeo resulta especialmente acusada esta conexión entre una evolución cada vez mayor de la política regional de la Unión y la aparición de fenómenos subestatales de regionalización. La Unión Europea es una unión de Estados de Derecho Internacional en la que los Estados son, según la conocida expresión, “señores de los Tratados” y, sin embargo, al menos desde Maastricht, hace participar a las Regiones en los procesos de elaboración de las normas, ya sea a través de un órgano de carácter consultivo como lo es el Comité de las Regiones, o a través de su participación directa en el Consejo, aunque esto está reservado para las Regiones con competencias legislativas y de acuerdo con las normas internas de cada Estado. El papel *ad intra* de las Regiones queda reforzado en tanto que éstas se convierten en ejecutoras del Derecho Comunitario y, promotoras, también, de los Derechos Fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión Europea a partir de la Carta de Niza de 2000. En el ámbito político, esta retroalimentación mutua se escenifica, por un lado, en la política regional de la Unión Europea, expresamente orientada “al servicio de las Regiones”, y que supone más del treinta y cinco por ciento del presupuesto de la Unión; y por otro lado, en el discurso abiertamente europeísta de la clase política regional que incluso (casos de Cataluña y Escocia) cuando abogan por la secesión respecto del Estado, lo hacen a condición de que se les permita, sin solución de continuidad, mantenerse dentro de la Unión.

No se puede obviar, tampoco, el marco cultural en el que se produce la integración europea, que no es otro que el de la globalización política y económica, subproducto de la posmodernidad, con la consiguiente huida de las teorías y los metarrelatos que la misma conlleva, con la pretensión de reducir la Ciencia constitucional¹ a la mera solución de problemas técnicos que surjan de un modo más o menos puntual. Nosotros no podemos, de ningún modo, asumir estas corrientes intelectuales que sumirían al Derecho Constitucional en una profunda crisis en la que, quizás, ya se encuentra actualmente.

El Derecho Constitucional es una ciencia conceptual y práctica (J. RUIPEREZ²). En consecuencia, el constitucionalista no puede renunciar a delimitar conceptos clave para el desarrollo de las explicaciones de la realidad que le corresponde explicar. Hablamos de “delimitar” y no de “definir”, pues en nuestra disciplina todos los conceptos tienen, hasta cierto punto, contornos difusos, y difícilmente aprehensibles. Además, los conceptos en las Ciencias Sociales en general, y en Derecho Constitucional en particular, evolucionan. Por estos motivos hay determinados conceptos, y especialmente los que manejamos en este trabajo (soberanía, federalismo, constitución, derechos etc.) sobre los que no existe un acuerdo unánime en la doctrina, lo que obliga al estudioso de esta disciplina a justificar la concepción que mantiene respecto de los mismos.

Además, creemos que el jurista de hoy debe ser, necesariamente comparatista. El ordenamiento nacional no puede constituir la única fuente de inspiración del jurista teórico actual, excepto quizás en el estudio de muy pocos casos concretos. En un orden de consideraciones más general, esta afirmación se sustenta en el incuestionable hecho de que vivimos insertos en una Comunidad Internacional, por un lado, fuertemente intercomunicada, lo que quiere decir que de modo relativamente sencillo, incluso sin desplazamiento físico, es posible conocer otros ordenamientos e instituciones, no sólo por el jurista teórico, sino incluso por cualquier ciudadano; y de otro lado, fuertemente interconectada, de modo que resulta

¹ Cfr., DE VEGA GARCÍA, P. “En torno al concepto político de Constitución” En GARCÍA HERRERA, M.A. *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*. Universidad del País Vasco. Bilbao. 1997. Pp. 701-719.

² Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. “¿Podría suprimirse el Senado español mediante la técnica de la reforma constitucional? En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 34. Introducción y “el derecho a la vivienda y la problemática de su arrendamiento en el Estado social (un estudio de Teoría del Estado y de la Constitución como ciencia conceptual y práctica” en COLINA GARREA, R. (Dir). *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas. Perspectiva desde la reforma*. Thompson-Aranzadi. Pamplona. 2014. Pp. 29-183.

imposible considerar los ordenamientos estatales como universos cerrados al margen de ésta. Esto es especialmente relevante en el ámbito concreto de la Unión Europea, donde, según algunos estudios, el ochenta por ciento de la legislación estatal está, de alguna manera, influenciada por la normativa comunitaria. En este ámbito comunitario, se dan tres o hasta cuatro (si consideramos el Consejo de Europa) instancias jurídicas, y por ello se ha dicho que “actualmente ya no es posible abordar una temática jurídica sin tener en cuenta los distintos niveles de ordenamiento jurídicos que pueden incidir en el objeto de análisis”³. En un orden de consideraciones más concreto, referido estrictamente al Derecho Constitucional, y porque como nos enseñó H. Heller, “todo problema jurídico, sin excepción, tiene sus raíces, de un lado, en la sociología, y de otro, mirando hacia arriba, en la esfera de lo ético-político”⁴, las sociedades pluralistas, y aun multiculturales actuales, requieren unas Constituciones, si se nos permite la expresión “a la altura”, lo que quiere decir, abiertas al exterior.

Estas premisas han sido de las que hemos partido a la hora de llevar a cabo nuestro trabajo, estructurado en tres partes. El primer Capítulo ha sido desarrollado con tres objetivos principalmente: el primero de ellos, como hemos dicho, es delimitar y diferenciar conceptos como soberanía frente a autonomía, federalismo frente a confederantismo, Constitución frente a Tratado y, finalmente, Derechos Fundamentales de aquellos que no lo son. Si el significado de todos ellos fuera compartido ampliamente por la doctrina “casi” podríamos habernos ahorrado el esfuerzo, pero desgraciadamente no es así. Decimos “casi” porque al haber tratado de delimitar sus difusos contornos en clave comparada, el lector comprobará que, al menos en el formante legislativo y jurisprudencial, las concepciones no son tan dispares. En segundo lugar, justificamos la elección de los ordenamientos jurídicos (países) que van a ser objeto de estudio. *A priori* pude llamar la atención que, si vamos a estudiar el proceso de integración europea en relación a la descentralización en los Estados Miembros hayamos incluido Estados Unidos y Canadá, dos países latinoamericanos (México y Argentina) y un país europeo, pero no miembro de la Unión Europea (Suiza). La razón, que no ha de ser tan difícil de comprender, la

³ FREIXES SANJUAN, T. “Constitucionalismo multinivel e integración europea”. En FREIXES SANJUAN, T, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y ROVIRA VIÑAS, A. (Dir). *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos*. Prólogo de Martin Schulz. CEPC. Madrid. 2013. P. 37.

⁴ HELLER, H. *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. FCE. México. 1995. P. 111.

adelantamos aquí: se debe comparar lo “propio” con lo “ajeno”, lo cual permite, además, corroborar que el efecto imitación de ordenamientos que se consideran “modélicos” no es un fenómeno únicamente europeo sino global. En todo caso, en todos esos Estados, junto con los demás Estados, europeos y miembros de la Unión Europea, que conforman nuestro estudio (Alemania, Austria, Bélgica, España e Italia), así como en la propia Unión Europea, se dan unos elementos comunes (en concreto, descentralización política y declaraciones de derechos a distintos niveles), que permiten – mostrar esto era el tercer objetivo del capítulo – extraer consecuencias en clave comparada.

El segundo Capítulo es puramente de “micro-comparación”; es decir, de estudio pormenorizado de los elementos que – por las razones expuestas en el Capítulo I – sostenemos que conforman la familia “Estado Federal”; esto es, la existencia de dos o más instancias de gobierno, una distribución de competencias legislativas entre estos niveles, y una Constitución rígida que las asegure así como una exploración sobre el modo en que estos ordenamientos jurídicos solucionan el problema de la protección multinivel de los Derechos Fundamentales. Partimos de la base de que existen una serie de ordenamientos “modélicos”, lo que en ningún caso constituye ninguna suerte de “juicio de valor” sobre los mismos, sino la constatación de que en ellos se dan menos incoherencias jurídicas y, probablemente por esta razón, sean objeto de imitación por otros Estados. Al final de mismo trazamos una panorámica sobre tres Estados (Francia, Gran Bretaña y Portugal), que aun cuando no pueden considerarse, según nuestros parámetros, “Estados Federales”, parecen conducirse en esta dirección, lo que constituye un indicio más de la tesis con la que comenzábamos este escrito.

El tercer y último Capítulo contiene propiamente el desarrollo esta tesis. Se analiza, en concreto, el resurgimiento de la idea de soberanía divisible (que implica, a fin de cuentas, la negación de su esencia), como intento erróneo de explicar las relaciones de poder en la Confederación en sentido moderno que es la Unión Europea, los ámbitos político y económico donde se dan estas relaciones de retroalimentación mutuas y, finalmente, dos ámbitos concretos (la protección de los Derechos Fundamentales y la distribución de competencias) en los que es necesario recuperar la idea de soberanía como límite y fundamento del poder público, que sirva de sustrato al establecimiento de reglas técnicas para arbitrar los posibles conflictos que puedan surgir entre los distintos niveles de gobierno a nivel europeo.

Para documentar el presente trabajo, el autor ha realizado estancias de investigación en las Universidad Anáhuac de Xalapa y en el Instituto de Investigaciones Jurídicas (México), Universidad de Bolonia (Italia) y Universidad Nacional de Tucumán (Argentina), recibiendo la asistencia y toda una serie de atenciones de los Profesores Ruy Rodríguez-Gabarrón, Ricardo Murga, César Astudillo, Daniel Barceló y Jorge Carpizo (D.E.P) en México, Lucio Pegoraro y Sabrina Ragone en Italia, Sergio Díaz Ricci, Raúl Díaz Ricci, y Ana María de la Vega en Argentina. Además se ha beneficiado del contacto académico con Profesores españoles, como Javier Tajadura, de la Universidad del País Vasco, con quien ha podido discutir aspectos concretos tratados en este trabajo. Todos ellos le han ayudado a confeccionar las distintas secciones que siguen a continuación, que no obstante, no habrían visto la luz sin el apoyo y supervisión constante del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de la Coruña, Javier Ruipérez Alamillo. A todos ellos, ¡muchas gracias!

Así mismo, porque ningún trabajo de estas características, sea porque se enmarca dentro de un programa de formación docente e investigadora, sea porque aborda problemas de una realidad política y social en constante cambio, puede considerarse completamente acabado, el autor desea agradecer por anticipado a los miembros de la Comisión juzgadora de la lectura y la defensa de esta tesis doctoral las sugerencias y, en su caso, correcciones, que le hagan, de cara a poder subsanar los errores y lagunas que (sólo a él imputables) contiene, en futuros trabajos que desarrollen esta misma línea de investigación.

Indice.

<u>Capítulo I: Metodología en Derecho Constitucional Comparado.</u>	1
I.1) Introducción.....	1
I.2) (Macro-Comparación) Modelos y Conceptos.	4
I.2.1) Justificación de los Ordenamientos objeto de Estudio. Modelos y Clasificaciones.	6
I.2.2) Clasificaciones y Conceptos.	10
I.2.2.1) Poder y Soberanía.	13
I.2.2.2) Constitución, Tratados Internacionales y normas infraconstitucionales.	27
I.2.2.3) Federalismo, Regionalismo y <i>Devolution</i>	34
I.2.2.4) Derechos Humanos o Derechos Fundamentales.	53
I.3) (Micro-Comparación) Notas sobre las particularidades de cada Estado. El papel de las Cortes Constitucionales.	60
I.4) Conclusiones preliminares.	63
<u>CAPÍTULO II: Los tipos específicos de Estados políticamente descentralizados.</u>	65
II.1) Introducción.	65
II.2) Federalismo y Federalismos en el Continente Americano.	72
II.2.1) El modelo perfecto: Estados Unidos.	72
II.2.2) Los modelos imperfectos:	81
II.2.2.1) Canadá.	81
II.2.2.2) México.	85
II.2.2.3) Argentina.	98
II.3) Los Modelos de Descentralización Política en Europa.	107

II.3.1) Los modelos perfectos.	108
II.3.1.1: Alemania.	108
II.3.1.2: Suiza.	121
II.3.2) Los Modelos Imperfectos:	126
II.3.2.1) Austria	126
II.3.2.2) Italia.	130
II.3.2.3) España.	140
II.3.2.4) Bélgica.	161
II.3.2.5) La Propia Unión Europea como modelo imperfecto de descentralización política.	164
II.3.3) Otras Formas de Descentralización política en Europa.	180
II.3.3.1) La Regionalización en Francia.	180
II.3.3.2) La Regionalización en Portugal.	183
II.3.3.3) La <i>Devolution</i> británica.	187
II.4) Conclusiones preliminares.	193

CAPÍTULO III: El proceso de integración europea en relación con la descentralización en los Estados miembros 197

III.1) Introducción: la eliminación del concepto de soberanía en un mundo globalizado.	197
III.2) Razones para la Relación entre Procesos de Integración y de Descentralización.	207
III.2.1) Una razón de Eficacia Económica.	208
III.2.2) Razones de Eficiencia Política.	213
III.2.3) Coyunturalismo: La Unión Europea y su Errática Posición Respecto del Derecho de Autodeterminación.	221
III.3) Elementos que muestran influencias recíprocas.	233
III.3.1) Los Catálogos de Derechos.	233
III.3.2) El Reparto Competencial. Especial Referencia al Principio de Primacía y al Principio de Subsidiariedad.	254

III.4) Conclusiones preliminares. 285

Conclusiones finales. 287

Bibliografía

Capítulo I: Metodología en Derecho

Constitucional Comparado¹.

Hay mucha diferencia entre viajar para ver países y para ver pueblos”.

Jean Jacques Rousseau.

I.1: Introducción.

El objetivo de este primer capítulo, será sentar la necesidad de efectuar una *comparación* entre determinados ordenamientos contemporáneos, para contrastar empíricamente las hipótesis teóricas formuladas.

No podíamos, en efecto, eludir este deber, ya sea, porque como indican los Profesores L. Pegoraro y A. Rinella, la necesidad de comparar aumenta en nuestros días, y se produce un diálogo Constitucional entre distintos ordenamientos, propiciado, en buena medida por la constitución de la Unión Europea y otras organizaciones supranacionales, llegando éstos incluso a afirmar que *“el iuspublicista de hoy, debe ser, por definición, un comparatista”*²; o ya sea para imbricar teoría y realidad, de manera que las tesis aquí expuestas no queden relegadas al ámbito meramente de las “nubes dogmáticas”. También porque, como indica la Profesora M. Salvador, “Hoy por hoy no puede hacerse derecho constitucional, o derecho constitucional español, más que haciendo, al mismo tiempo, derecho constitucional comparado”³. De todos modos, como ha puesto de manifiesto el Profesor J. García Roca, los profesores e investigadores españoles han sido siempre comparatistas: lo eran (al menos los

¹ Este capítulo se desarrolla prácticamente en su totalidad en Italia, como invitado de la facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia y del *Center for Constitutional Studies and Democracy Development*, todo ello por cortesía del profesor de la facultad y director del Centro Lucio Pegoraro. A él especialmente y a la Profesora S. Ragone les agradezco la amabilidad y hospitalidad que en todo momento han tenido conmigo. Me honra el haber compartido con ellos los meses de la primavera de 2010 y aprendido de su forma de trabajar.

² Cfr. Prefazione de PEGORARO, L y RINELLA, A. *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*. CEDAM 2007. Concretamente p. IX. Cursiva en el original. Traducción propia.

³ *Vid.*, comunicación en las Jornadas sobre la orientación y método del Derecho Constitucional, titulada “Derecho Constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización”, consultable a través de internet: http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_M_Salvador.pdf.

profesores demócratas⁴) durante la dictadura franquista, por el rechazo de estos profesores a explicar el inefable e insuficiente Derecho fascista, y lo han continuado siendo después de la aprobación de la Constitución, a pesar de que no existan Cátedras, como tales de Derecho Comparado o que no existan, en general, asignaturas de esta materia en las Universidades de nuestro país⁵.

En todo caso el proceso de integración europea ofrece nuevos horizontes para la comparación y así, dice el Profesor L. Pegoraro, profundizando en la necesidad de que el especialista europeo de Derecho Público de hoy sea comparatista:

“El proceso de integración europea y espectacularmente la consolidación del Derecho Comunitario hace que si, de un lado, los ordenamientos de la Unión Europea sean más conocidos tanto en su individualidad como en su especificidad (...) de otro, que el mismo ordenamiento de la Unión sea asumido como ordenamiento de comparación con otras realidades sociales”⁶

Se comprende pues, que de ningún modo podíamos evitar esta metodología cuando nuestro propósito es, precisamente, comparar los fenómenos de integración y descentralización políticas en Europa.

Todos los profesores a los que acabamos de citar ponen de manifiesto, también, que para hacer Derecho Comparado, el jurista debe hacer uso de otras disciplinas como son la Historia, la Sociología, la Filosofía y la Ciencia Política⁷. De esta forma parece que, de igual modo que el iuspublicista es, por definición, comparatista, el comparatista, también por definición, habrá de renunciar a esa pretensión positivista de aislar el Derecho de todas las demás ramas del saber, consiguiendo así “teorías generales” o “puras” del Derecho. Decir esto, no significa sino incidir en aquello que el Profesor P. Cruz Villalón⁸ expresó de forma inmejorable al hablar de la perplejidad del jurista persa, quien nunca llegó a comprender el modelo constitucional de descentralización política español, por mucho que releyó, una y otra

⁴ Téngase en cuenta que, como agudamente señaló el Profesor P. De Vega, en el tardofranquismo hubo cabida a una cierta crítica, en todo caso, siempre limitada, y articulada a través de lo que él denomina “doble lenguaje”. (Cfr., DE VEGA GARCÍA, P. “Prólogo” en *Escritos político-constitucionales*. UNAM. México. 1980. P. 8). Una forma, evidentemente, de practicarlo, era exponer ordenamientos extranjeros que constituían, a diferencia del nuestro, regímenes de libertad.

⁵ Vid., GARCIA ROCA, J. “El desarrollo de la comparación jurídica como ciencia y como materia en la enseñanza en España” en *Revista General de Derecho Público Comparado*. nº 14 (2009).

⁶ Cfr. PEGORARO, L. “Derecho Constitucional y Derecho Público Comparado: una convivencia *more uxorio*”. Traducido por Esther González Hernández. En el *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. nº7 (2009) pp. 72-83.

⁷ Cfr. PEGORARO, L y RINELLA, A. *Diritto pubblico comparato...* pp. 105 y ss. Hay que indicar además, que el Derecho Comparado, forman, como indica el Profesor J. Ruipérez, junto con la Teoría del Estado y de la Constitución la amplia categoría que él denomina “Ciencias Constitucionales”.

⁸ CRUZ VILLALÓN, P “La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa”, en *La Curiosidad del Jurista Persa, y Otros Escritos sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 381 a 394.

vez, los preceptos de la Constitución. El comparatista debe fijarse, en el “*law in action*” y no en el “*law in books*”⁹. Dado el propósito de esta obra se entiende, entonces, que utilicemos las disciplinas mencionadas como auxiliares para nuestra exposición, pues, como es obvio, el Derecho Comparado en general, y el Derecho Constitucional comparado en particular se relacionan con estas ciencias, y en especial con la sociología jurídica, aunque tengan un objeto, métodos y funciones independientes.

Advertimos, sin embargo, que no se trata sólo de la “eficacia”, en el sentido kelseniano del término. Por eso tiene mucha razón el Profesor G. de Vergottini al afirmar que si el comparatista se fija sólo en los aspectos formales, estudiando las diferencias y analogías de los textos constitucionales, no realizará sino una comparación superflua¹⁰. Hay que tener en cuenta – afirma – los *valores*. Pero la pugna valorativa no se encuentra hoy solamente entre la Democracia Liberal como modelo triunfante en los Estados Occidentales frente a otros modelos de raíz islámica o socialista. Cada vez se aprecia más la tensión entre los dos conceptos que conforman el término de Democracia Liberal. Téngase en cuenta que, como afirma el Profesor P. Biscaretti di Ruffia, una característica esencial de la investigación en ésta rama de conocimiento, es la dificultad (necesaria) de obtener un conocimiento sobre los presupuestos jurídico sociales, que permita comprender las instituciones ajenas¹¹.

Pero, como se comprenderá fácilmente, el objetivo de este Capítulo no es una exposición (ni siquiera sucinta) de las técnicas (en sentido instrumental) del Derecho Comparado, sino simplemente mostrar, y con un carácter introductorio, la forma en que hemos aplicado el método comparatista a nuestra investigación y aclarar algunos conceptos que utilizaremos a lo largo de todas estas páginas. En su manual de Derecho Político, quizás uno de los primeros españoles en recoger la importancia, en concreto, de la práctica del Derecho Constitucional comparado, el Profesor P. Lucas Verdú, nos dice que “el método y las funciones del Derecho Constitucional comparado configuran su concepto” y, además, que “el método y funciones peculiares configuran al Derecho Constitucional comparado como forma mental positiva de una época, la actual, que se sirve de la comparación (...) para encontrar líneas estructurales, institucionales, y

⁹ Cfr. PEGORARO, L Y RINELLA, A. *Diritto pubblico comparato....* . P. 39 y ver también BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato. Le Forme di Stato e Le Forme di Governo. Le Costituzione Moderne*. Giufre. Milano 1970. P. 24.

¹⁰ Cfr. DE VERGOTTINI, G. *Diritto Costituzionale Comparato*. Vol 1. CEDAM. Padova. 2007. Pp. 41 y ss, y en concreto 41 y 46.

¹¹ Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato....* P. 22.

normativas en cierto modo comunes a medios sociales semejantes”¹². Por lo tanto trataremos de aplicar directamente los métodos al objeto de nuestra investigación comparatista, sin más teorización sobre los instrumentos.

I.2) (Macro-comparación) Modelos y conceptos.

La necesidad de hacer Derecho Público comparado, o más concretamente Derecho Constitucional Comparado¹³, resulta ineludible hoy por varias razones: la primera, ya la hemos adelantado en la introducción, hace referencia a la globalización y al diálogo que como consecuencia de la integración en organizaciones internacionales se produce entre distintos ordenamientos jurídicos. Por esta razón no son pocos, como ha estudiado el Profesor L. Pegoraro, los Tribunales Constitucionales que hacen uso del Derecho Comparado para emitir el juicio de constitucionalidad sobre las leyes nacionales¹⁴. Y si ello resulta necesario y beneficioso para la jurisprudencia, mucho más, en segundo lugar – y como también apuntábamos *supra* – para la doctrina. Ésta lo puede emplear en dos sentidos distintos: ya sea como operación previa, de investigación e indagación en busca de datos que posteriormente sirva para establecer, tras un proceso de ordenación, depuración y abstracción de los datos una doctrina o – como ya hemos apuntado que es nuestro caso – para dar un soporte realista a una doctrina que de algún modo había sido intuita previamente¹⁵, y a la que voluntariamente se somete a un proceso de “falsación” (K. Popper), que no es otra cosa que confrontar su ensayo con los datos objetivos de la realidad.

¹² Cfr., LUCAS VERDU, P. *Curso de Derecho Político*. Volumen I. 2ª edición revisada y aumentada. Tecnos. Madrid 1980. Parte tercera (El Derecho Constitucional en el marco del Derecho Político) Cap. IV (Consideraciones en torno al concepto, método y funciones del Derecho Constitucional Comparado) Pp. 408 y 420 respectivamente.

¹³ Sobre la diferencia entre ambos Cfr. PEGORARO, L Y RINELLA, A. *Diritto pubblico comparato*.... . Pp. 115-117.

¹⁴ Cfr. PEGORARO, L. “La utilización del Derecho Comparado por parte de las cortes constitucionales: un análisis comparado”. En FERRER MACGREGOR, E Y ZALDIVAR LELO DE LARREA, A. *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. T. II. Marcial Pons. México 2008.

¹⁵ Como ya advirtió hace más de cinco décadas L. Diez del Corral (Cfr DIEZ DEL CORRAL, L. *De Historia y Política*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1956. Reseñado por E. Tierno en *Revista de Estudios Políticos* nº 92 (1957)) en el ensayo el intelectual da forma a una intuición que tenía desde hace tiempo. Ahora bien, para que esta no sea una mera “hipótesis” y quede relegada al ámbito de las nubes dogmáticas; es decir, si quiere convertir su intención en una investigación científica debe someterla a datos, extraídos con la mayor objetividad posible, del Derecho Comparado.

El método del Derecho Comparado pivota sobre una distinción fundamental entre “macrocomparación” y “microcomparación”. Estos términos hacen referencia a dos instrumentos complementarios de la investigación comparada pero radicalmente diferentes¹⁶. La macro-comparación, que parte de la *diferencia* entre distintos ordenamientos jurídicos, a los que estudia en su conjunto, se propone como finalidad la creación de clasificaciones y el desarrollo de modelos teóricos. La micro-comparación, estudia concretamente determinados instrumentos e instituciones particulares de los ordenamientos jurídicos, y a diferencia de la macro-comparación, se propone como objetivo encontrar *analogías* (cuando esto sea posible) entre los mismos.

En las páginas siguientes vamos a ir viendo como empleamos esta metodología general a las categorías fundamentales de nuestra tesis, comenzando por la macro-comparación, como momento lógico anterior al estudio de las categorías e instrumentos concretos. Nuestro trabajo es un estudio de Teoría del Estado, y por ello es necesario, antes de continuar, hacer referencia a dos ideas de autores alemanes del siglo pasado imprescindibles para una correcta elaboración de la ciencia del Estado.

Nos vamos a referir, en primer lugar, a la teoría de los tipos extensamente desarrollada por G. Jellinek en su obra más célebre, *Teoría General del Estado*. Allí se defiende la necesidad de distinguir, por un lado, el tipo general, como englobante de cada uno de los tipos especiales (Estados) que lo conforman. Pero sobre todo, se hace alusión a una idea que debe tenerse siempre por parte de los teóricos del Derecho Público en general, y del Derecho Constitucional en particular y es que *los tipos evolucionan*. El mismo ejemplo que el Profesor de Heidelberg emplea en el trabajo citado nos sirve a nosotros, un siglo después, para demostrar que la Historia se repite. Decía nuestro autor entonces:

“Toda nueva formación puede probar que un elemento tenido por típico hasta aquel momento no es tal, sino individual, y por consiguiente no esencial al “tipo”. Es un caso muy expresivo lo ocurrido en la Historia del concepto de Estado Federal. Con el advenimiento o fundación de la Unión Norteamericana nació científicamente un género para un caso y se llegaba a afirmar que la independencia recíproca de los poderes del Estado Federal y los poderes de este Estado era una nota esencial a la nueva forma de Unión de Estados. El federal suizo fundado en 1848, no sin gran influjo de Norteamérica, y aún más el estado Alemán no podían ser encajados en el Tipo y fue preciso a la Ciencia, ante la dificultad de la cuestión, modificar el Tipo mismo, de suerte que fuera posible abarcar en el futuro nuevas formaciones. No es que se quede olvidado, desconocido, el Tipo primero, sino que se le da el valor de un caso dentro de un género en lugar de tomarlo por el género mismo”¹⁷.

¹⁶ Para todo lo que sigue Cfr. PEGORARO, L Y RINELLA, A. *Diritto pubblico comparato*.... . Pp. 63 a 66.

¹⁷ Cfr. JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*. Traducción de F. de los Ríos. Comares. Granada 2002. P. 36.

Y a nuestro juicio, ocurre ahora exactamente lo mismo con algunos Estados federales europeos (Italia, España, Bélgica) que tienen en algunos aspectos un grado de descentralización mayor que los Estados tradicionalmente considerados federales, pero que, por diversas razones (a veces políticas) siguen sin considerarse como tales – a nuestro juicio erróneamente – por buena parte de la doctrina. Más adelante en este mismo Capítulo profundizaremos sobre esta cuestión. Es más, por las razones que se expondrán, creemos que en un futuro, el tipo de familia federal habrá de evolucionar para incorporar como tipo específico al Reino Unido, si la *devolution* continua su tendencia actual.

El segundo autor que queríamos mencionar no es otro que K. Hesse, el cual, como ha explicado el Profesor J. Ruiperez, desarrolla en su obra *El Estado Unitario-Federal* una muy interesante idea que debe ser tenida en cuenta por los constitucionalistas que hoy se enfrentan a la forma de Estado federal. Se trata, como explica el Profesor de la Universidad de A Coruña de, teniendo en cuenta las categorías “espacio-tiempo” para el estudio del Derecho Constitucional (P. De Vega¹⁸), considerar en el estudio de un Estado no sólo la teoría del Estado general “en abstracto” sino también las particularidades concretas de cada Estado¹⁹.

I.2.1) Justificación de los ordenamientos objeto de comparación. Modelos y Clasificaciones.

Ni el jurista puede aspirar a conocer todos los ordenamientos jurídicos - existen además, “fronteras” lingüísticas, de transparencia en la información (sobre todo en regímenes no democráticos etc.) -, ni un trabajo de Derecho Comparado es mejor por ser el resultado de un análisis de la totalidad o casi totalidad de ordenamientos jurídicos existentes. Por eso – a nuestro juicio – todo buen trabajo de Derecho Comparado debe iniciarse delimitando el campo de estudio y justificando, científicamente, que la elección responde a criterios objetivos de estudio y no a meras preferencias o gustos subjetivos del investigador. Muy brevemente, es lo que nos disponemos a hacer en las siguientes páginas introductorias.

¹⁸ Cfr., DE VEGA, P. “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. *Revista de Estudios Políticos*. nº 100 (1998). Pp. 47 y ss.

¹⁹ Cfr. RUIPÉREZ ALAMILLO, J. “La gran cuestión. En torno a la demandada Teoría Constitucional del Estado de las Autonomías y algunos problemas para su formulación” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número conmemorativo del sexagésimo aniversario*. Pp. 1003 y ss.

Señala la mejor doctrina²⁰, que la elección de los ordenamientos debe responder a un doble criterio de *homogeneidad y alteridad*²¹. La homogeneidad es un requisito imprescindible para construir modelos que agrupe a los ordenamientos elegidos en distintas categorías teóricas, y porque es necesario comparar entre Estados con rasgos ideológicos, organizativos y sociológicos más o menos equiparables²². Y junto con este presupuesto general, será necesario, como es obvio, que se den los elementos que se han considerado determinantes y conducen toda la explicación de la tesis defendida. De la alteridad surge el necesario *diálogo*²³ entre ordenamientos jurídicos del que se pueden extraer las pertinentes conclusiones y propuestas.

Para que se produzca la comparación, es necesario comparar lo “propio” con lo “otro” (alteridad), razón por la cual a nadie podrá extrañar que hayamos decidido comparar la experiencia de integración europea y descentralización de los Estados miembros de la Unión con la experiencia americana. También Suiza, en tanto que, aunque Estado europeo, no pertenece a la Unión Europea debe ser, al objeto de este trabajo, considerado “referente externo”. No es menester, sin embargo, ampliar nuestro estudio a otros modelos federales más lejanos (al menos en lo que a cultura jurídico-política se refiere) como pudiera ser la India, Australia etc., pues la razón por la que interesan los Estados Unidos es por la gran influencia que han tenido en otros ordenamientos. La Unión Europea, como resulta evidente, no es un Estado, pero abordaremos el estudio de la misma “como si” lo fuese, pues ello nos permite comparar el sistema de protección de derechos, la distribución de competencias y el sistema de justicia constitucional, que son en los cuales vemos nosotros mayores relaciones de retroalimentación entre los procesos de integración y descentralización. De hecho, incluso aunque no nos hubiésemos propuesto estudiar los fenómenos de integración y descentralización en Europa, incluir la Unión Europea en cualquier estudio sobre el

²⁰ Cfr. PEGORARO, L Y RINELLA, A. *Diritto pubblico comparato...* . Pp. 58-63.

²¹ En realidad, como se encargan de señalar los Profesores L. Pegoraro y A. Rinella (*Diritto pubblico comparato...*P. 58), no es que la falta de homogeneidad impida la labor comparatística sino que, en este caso, se requiere un esfuerzo mayor para obtener conclusiones que sean pertinentes. Utilizando un ejemplo de ellos, podemos decir que puede tener sentido comparar el Ombudsman sueco con el Defensor del Pueblo español, pero sólo forzando los argumentos podrá comparar estas instituciones con la Procuratura Soviética. En general - nos atrevemos a decir nosotros - la comparación se vuelve, cuanto menos, difícil, en el caso en que comparamos sociedades demasiado diversas y que, por lo tanto, tienen ordenamientos jurídicos inconmensurables.

²² Cfr., LUCAS VERDU, P. *Curso de Derecho Político...*vol. 1. P. 411. Allí pone el ejemplo de lo absurdo que sería comparar, sin tener en cuenta las diferencias ideológicas, organizativas y sociológicas, los EEUU, la URSS y Gran Bretaña sólo porque los tres son ejemplos de Parlamentos bicamerales.

²³ Cfr. PEGORARO, L Y RINELLA, A *Diritto pubblico comparato...* . P. VIII.

federalismo es siempre interesante, al menos, porque, como indica el Profesor P. Lucas²⁴, obliga a plantearse y dar respuesta al menos a tres interrogantes: a) si el federalismo ha comenzado a desvirtuarse por la tendencia centralizadora en los Estados federales de integración; b) si el federalismo como técnica no puede aplicarse a ámbitos cada vez mayores, donde precisamente son también mayores las diferencias que hay integrar; c) hasta qué punto es el Estado la única y definitiva estructura política de convivencia.

El estudioso de Derecho Público Comparado en general y del Derecho Constitucional Comparado en particular, se encuentra además – señala la doctrina – en el momento de llevar a cabo su estudio, que frecuentemente se produce una “exportación y relativa recepción” (G. de Vergottini) de las instituciones jurídicas, pudiéndose hablar, en algunos casos, de pura *imitación*²⁵. La imitación puede producirse de varias formas y por varios motivos, entre los que destaca el *prestigio* del ordenamiento que se intenta trasponer. Existe, además, como creemos que podremos demostrar a lo largo de estas páginas, otra variable y esta es la variable *geográfica*. Aunque el mundo está cada vez más globalizado, y por lo tanto las distancias son menores, existe una tendencia a “imitar” (quizás porque se conoce más) lo cercano frente a lo lejano. El caso de México, es bien característico a este respecto. Pues si bien es posible, que en un momento histórico, la decisión de “imitar” a los Estados Unidos en la forma de gobierno presidencial y en el modelo de justicia respondiese a un rechazo de la forma de gobierno monárquica de la metrópoli de la que acababan de

²⁴ Cfr., LUCAS VERDU, P. *Curso de Derecho Político*. Vol. II. 3ª edición, revisada. Tecnos. Madrid. 1981. Parte II (Federalismo y Estado Federal) Cap. I (problemática jurídico-política del Estado Federal). P. 330. En otra ocasión, tuve la oportunidad de abordar de un modo más o menos amplio el tema del federalismo europeo, abordando desde las tesis del Profesor E. Tierno, quizás uno de los primeros en ocuparse del problema del federalismo europeo, hasta las tesis del “Estado red” del Profesor M. Castells, sin obviar tesis como la de la Europa cosmopolita de U. Beck etc. (Cfr., FONDEVILA MARÓN, M. *La Disolución de la Soberanía en el Ámbito Estatal. El proceso de integración europea. Prolegómenos de Javier Ruiperez*. Reus. Madrid. 2014. Pp. 310-326.

²⁵ Cfr. DE VERGOTTINI, G. *Diritto Costituzionale Comparato*.... P. 25. Y PEGORARO, L Y RINELLA, A. *Diritto pubblico comparato*....p. 94 (fundada sobre una clasificación de Escarras). Allí se distingue entre a) imitación plástica (cuando no hay conciencia de la imitación) y b) imitación consciente, cuando sí la hay. Esta a su vez puede ser subjetiva, cuando se intenta crear un clima análogo de la vida pública al del país imitado, u objetiva, cuando se funda sobre una evaluación consciente de que las instituciones que se imitan encajarán bien en el aparato constitucional del Estado propio. Pues bien, siempre resulta problemática la categorización de una(s) reforma(s) constitucional(es) como una u otra porque, como se comprende fácilmente, pocas veces se reconoce una clara voluntad de imitar, sin más a otros países. Aun así, creemos no equivocarnos si nos atrevemos a catalogar las reformas constitucionales de México, Italia y España (siguiendo un orden cronológico) como de imitación consciente y subjetiva, pues, creemos, sobre todo atendiendo al formante doctrinal pero también a las declaraciones de políticos, que se intentaba claramente operar como en Alemania o como en los EEUU con la doctrina del “nuevo federalismo judicial”.

independizarse, hoy en día, y a pesar de que culturalmente mantendrían muchos más lazos con España y, por lo tanto, de forma indirecta, con Alemania, el modelo de referencia sigue siendo, como veremos, el estadounidense. También en el momento de surgimiento de la Confederación Argentina (1853) se inspiró ésta en el modelo norteamericano aunque vamos a ver cómo había diferencias de partida y cómo, sobre todo, diversos factores (también de índole política) han provocado una evolución de ambos Estados muy dispar. Un modelo muy diverso, como es sabido, se ha dado en Canadá, donde se mezcla la influencia de los Estados Unidos y de la Gran Bretaña.

Así pues, ocurre que nos encontramos, a uno y otro lado del océano, con dos Estados federales (EE.UU y Alemania) que son tenidos en cuenta por sus Estados vecinos como modelos a seguir, aunque a menudo se producen disfuncionalidades y efectos no deseados en esa recepción de instituciones²⁶. Efectivamente, en lo que a nosotros nos interesa, se ha producido este hecho en el intento, por parte de los entes territoriales de Italia, España y México, de copiar el sistema de protección de derechos de las constituciones de los *Länder* (España e Italia) y de los estados de Estados Unidos (México) respectivamente, y a tal objetivo responden las modificaciones de los Estatutos de Autonomía en Italia (a partir de 2004, previa la reforma de la Constitución en virtud de la L.C 3/2001, que modifica el artículo 117), de España (a partir de 2006, con la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Valencia) y de México (a partir de 2001, con la reforma de la Constitución del Estado de Veracruz). La comparación entre Italia y España, y entre Alemania y España también, se encuentra plenamente justificada pues la Constitución de ésta, posterior en el tiempo, recibe no pocas influencias de aquellas.

Conviene matizar ahora, aunque lo iremos viendo con más detenimiento, que obviamente porque los Estados Unidos y Alemania no tienen el mismo modelo de protección derechos tampoco se da una equiparación completa (aunque sí encontramos

²⁶ Sobre esta cuestión Cfr., para el caso de México, BARCELÓ ROJAS, D.A. “La función de los Derechos Fundamentales de las Constituciones estatales mexicanas, contribución a la teoría de la constitución estatal”. En FERRER MCGREGOR, E y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Tomo IV. Pp. 111-151, y también FONDEVILA MARÓN, M. “Las Declaraciones de Derechos en las Constituciones estatales. Una comparativa México-España” en LEON BASTOS, C Y WONG MERAZ, A. *Teoría de la Constitución. Estudios Jurídicos en homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid*. Porrúa. México 2010. Pp. 333-413. Sobre como en España se ha intentado copiar el modelo alemán, pero sólo parcialmente, Cfr. RUIPEREZ ALAMILLO, J. *La Protección Constitucional de la Autonomía*. Tecnos. Madrid 1994. Pp. 155 y ss. Más desarrollado en ROURA GOMEZ, S. *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978 el Tribunal Constitucional y las Comunidades Autónomas*. Biblioteca Nueva. Madrid, 2003. P. 188 y ss.

idénticos aspectos particulares) entre los Estados en que los imitan. Sin embargo, por encontrarse, todos ellos, en un marco general, dentro del grupo de Democracias Liberales, y en un marco más particular en el de Estados Federales, es posible – a nuestro juicio - extraer conclusiones comunes de una experiencia comparada.

Por otra parte, sin entrar, por las razones que expondremos más adelante, en este mismo Capítulo, en un análisis de los mismos, conviene no olvidar los procesos que se están produciendo en el sentido de una mayor descentralización tanto en Francia como, sobre todo, en el Reino Unido, aunque no serán objeto de análisis pormenorizado en este trabajo.

I.2.2) Clasificaciones y Conceptos:

Decía el poeta español, padre intelectual de todos los poetas de la generación del 27, Juan Ramón Jiménez: “inteligencia, dame el nombre exacto de las cosas”. A veces, al hacer Derecho Comparado, se comprueba como el significado de las palabras no es el mismo para la doctrina, la jurisprudencia, o los textos normativos de los distintos países. Cuando se trata, específicamente, de Derecho Constitucional Comparado, las dificultades para un consenso en determinados términos son mayores, pues a la diferencia que en un Estado puede presentar una institución respecto de esa misma en otro Estado, situada ésta en un marco cultural diverso, se unen otras dificultades procedentes del *significado emotivo* que tienen algunos términos jurídicos, empleados más que para describir algo, para “mover” a los individuos a llevar a cabo (o abstenerse de) determinada conducta²⁷. Por eso en nuestra disciplina es enormemente difícil llegar a nombre exactos de las cosas, si por tales entendemos, dado que “un concepto se impone”²⁸ a conceptos universalmente aceptados como portadores de un mismo significado.

Los juristas, al igual que los demás científicos sociales (políticos, sociólogos, filósofos etc.) nos encontramos en realidad con una dificultad que no tienen

²⁷ Sobre este aspecto sobre el que, por desgracia, no podemos profundizar aquí sin separarnos en demasía de nuestro objetivo, Cfr., por todos: VERGARA LACALLE, O. *El Derecho como fenómeno psicológico-social y la posibilidad de una Ciencia jurídica avalorativa Un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona..* Tesis Doctoral de la Universidad de La Coruña (2002) consultable a través de internet. Pp. 230-235.

²⁸ Cfr. WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones filosóficas*. Traducción de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM) y Crítica. 1988. Parte II. Capítulo X.

los científicos de las ciencias naturales, pues tienen un lenguaje (el de los números) propio²⁹. Nos encontramos así que, por usar el lenguaje común, con el problema de los usos de ciertas palabras que en un sentido vago utilizan los ciudadanos corrientes o, en un sentido intencionado, los políticos. Ocurre que, como afirma el Profesor L. Pegoraro:

“Las palabras no significan (generalmente) aquello que cada uno decide que quieran decir, como querría Humpty Dumpty³⁰: su contenido es debido al uso que de la palabra misma se hace comúnmente, sea en el lenguaje de los textos normativos, sea en aquel de los estudiosos y de los políticos, más allá del lenguaje común. Y mientras existan palabras cuyo significado es preciso y aceptado, otras parejas son indeterminadas, ambiguas o vagas, y por lo tanto, indeterminadas en la intensidad”³¹

Sin embargo, los usos pueden ser generalizados o, como es más habitual, restringidos. Cuando el uso es generalizado no hace falta ninguna consideración al respecto. Cuando el uso es particular es cuando se hace necesario un esfuerzo a mayores: por ejemplo – como también recuerda el Profesor L. Pegoraro – el término *dottore* se emplea en Italia tanto para designar a un profesional médico, como sinónimo de *laureato*, (es decir, licenciado) y también para referirse a un Doctor (es decir, el que completó estudios de doctorado). El que emplee este término fuera de este determinado país deberá indicar que le da el sentido que tiene en Italia o arriesgarse a que se entienda otra cosa. Y el que traduzca un texto del italiano deberá igualmente tenerlo en cuenta.

Y esto nos lleva al problema de las auto-clasificaciones, o sea, el problema de si basta que una Constitución se denomine, por ejemplo “democrática” o que en un Estatuto de una Comunidad Autónoma se emplee el término “nación” para que lo sean. A este respecto, y siguiendo al Profesor L. Pegoraro³² hay que distinguir, por un lado el plano interno, donde las calificaciones constitucionales o legislativas tienen necesariamente que ser un punto de referencia primordial del jurista nacional, aunque este pueda – qué duda cabe – con los instrumentos que le aporta el Derecho comparado,

²⁹ En el mismo capítulo que acabamos de citar, el filósofo alemán, Profesor de la Universidad de Cambridge, hablando de la matemática afirma que es el lenguaje matemático el que facilita la certeza de la que nosotros no podemos disfrutar.

³⁰ El Profesor italiano se refiere a un pasaje de “Alicia en el País de las Maravillas” citado por U. Scarelli en “Il método giuridico”, en *L’etica senza verità*, Il Mulino. Bologna 1982) en que Alicia reprochaba a éste un uso arbitrario de una palabra a lo que éste replicaba “ésta tiene exactamente el significado que yo le quiero dar...ni más ni menos” y frente a las protestas de Alicia “se necesita saber si vosotros podéis hacer algo para que las palabras indiquen cosas distintas” aquél concluye “depende de quién manda...eso es todo”.

³¹ Cfr. PEGORARO, L. “El modelo de Estado en la perspectiva del Derecho Comparado” en ALVAREZ CONDE, E. *El Futuro del Modelo de Estado*. IMAP. Madrid 2007. Epígrafe 2. Esto es exactamente la misma conclusión a la que había llegado el segundo Wittgenstein al reducirlo todo a los “juegos del lenguaje” (Cfr. WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones...*, fundamentalmente, a los meros efectos que ahora nos interesan, el párrafo 7 de la parte primera).

³² Cfr. PEGORARO, L. “Las definiciones de los ordenamientos descentralizados en los estatutos de las Regiones italianas y de las Comunidades Autónomas” en *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 86 (Enero-Abril 2010) Pp. 144 y ss.

someter a juicio esas clasificaciones; y el plano externo, donde, en principio, para el comparatista, la cuestión ni se plantea, al manejar muchos ordenamientos distintos. Aun así – continua el Profesor italiano – para éste surgen dos problemas: el primero es que, cuando el comparatista encuentra, por ejemplo, un gran número de constituciones islámicas o de antiguas constituciones soviéticas que se autodenominan “democráticas” tendrá que admitir que lo son, al menos, desde su concepción de la “democracia”, y en segundo lugar, que las definiciones carente de autoridad (sino de reconocimiento), como es el caso del término “federal” raramente se imponen *erga omnes*.

Ninguno de los dos problemas planteados tiene fácil solución, y además, ambos son susceptibles, de múltiples matices. Así pues, sobre la primera cuestión podríamos recordar el mismo pasaje bíblico que el Magistrado J. Rodríguez-Zapata trae a colación en su voto particular a la STC 31/2010 y que dice: “Sólo Adán pudo tener ante sí todos los animales del campo y todas las aves del cielo para ver cómo los llamaba, y para que cada ser viviente tuviera el nombre que él les diera” (Gen. 2,19) y así, convenir que el académico riguroso huirá de las “modas” que un grupo de Constituciones puedan imponer en un momento dado, sobre todo respecto de conceptos, como el de Democracia, que teniendo un origen milenario, se han ido desarrollando y enriqueciendo con la experiencia, y en la pluma de tantos autores. Y siendo verdad – creemos – esto que decimos, tampoco lo es menos que, como no nos cansaremos de repetir a lo largo de estas páginas, los conceptos de la Ciencia Política y el Derecho Constitucional evolucionan, para adaptarse a las nuevas circunstancias. El equilibrio se obtiene siempre y cuando podamos preservar un núcleo, espíritu, o idea que el concepto invoca y no puede ser alterada, a riesgo de desvirtuarlo, pues no proceder así, nos llevaría a encontrarnos, en el Derecho Público, cada vez con términos más vagos, relativos y difusos. De este modo, es posible, hablando de Democracia, que el concepto que de la misma tuvieran Maquiavelo, Montesquieu, o Rawls resulte hartamente diferente, pero en los tres resulte incompatible – por ejemplo - con un Estado confesional, por lo que expresiones como las recogidas en el artículo 1 de las Constituciones (si es que se pueden considerar tal) de las Maldivas o de Qatar o el artículo 6 de la Constitución de Kuwait, donde en el mismo enunciado se recogen las palabras democracia e islam tienen que ser considerados, sin más, como una contradicción manifiesta. Otra razón que se puede esgrimir en defensa de la tesis mantenida, es que el jurista – incluido el comparatista – que se debe mover en el ámbito de la máxima seguridad jurídica, debe

evitar, en la medida de lo posible, denominar con el mismo término dos cosas distintas³³.

Para solventar el segundo de los problemas planteados, a nuestro juicio, y cuando no hay un consenso universal sobre el sentido de un término, el investigador de Derecho Comparado debe hacer un esfuerzo por establecer clasificaciones y ofrecer definiciones, lo más rigurosas y objetivas posibles, de forma tal que tengan vocación normativa. De esta forma conseguirá, si no terminar con el debate (lo cual, por las razones expuestas, puede ser bastante imposible) al menos, que sus conclusiones puedan ser analizadas por otros estudiosos, que quizás no compartan su terminología, pero que gracias al esfuerzo de clarificación, puede adaptar las conclusiones a su terminología propia³⁴. Nosotros nos proponemos, en este trabajo, proceder de esta manera en lo que se refiere a cuatro términos, esenciales para el mismo y para las Ciencias del Estado, sobre los que no existe en modo alguno un consenso generalizado, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, ni en los textos legales. Estos son: Soberanía, Constitución, Federalismo, y Derechos Humanos.

I.2.2.1) Poder y Soberanía.

Como es sabido, comenzaba J-J. Rousseau el *Contrato Social* diciendo que si un ladrón te asalta en el bosque, probablemente no tengas más remedio que entregarle tu bolsa de dinero, y que también será legítimo que, teniendo después la oportunidad, se la vuelvas a arrancar violentamente³⁵. De ahí colegía que cuando un Pueblo se encuentra sometido al poder de un tirano y obedece, hace bien, y hará igual de bien o

³³ Esto es algo que ya denunció Eduardo Llorens en 1932 (Cfr., a este respecto LLORENS, E. *La autonomía en la integración política. La autonomía en el Estado moderno. El Estatuto de Cataluña*. Textos Parlamentarios y Legales. Madrid. 1932, donde dijo, “El término en sí es indiferente, mientras su significado sea comprensivo y exclusivo. No lo es si se emplea la misma palabra para designar dos posiciones políticas distintas” (Pp. 117-118) y la reflexión sobre las mismas en RUIPEREZ ALAMILLO, J. *Entre el Federalismo y el Confederantismo. Dificultades y problemas para la formulación de una Teoría Constitucional del Estado de las autonomías*. Biblioteca Nueva. Madrid 2010. Parte Preliminar)

³⁴ Es la forma de huir de las dificultades de “los juegos del lenguaje”. Por ejemplo, yo no comparto la terminología sobre la forma de Estado que C. Schmitt emplea en *Teoría de la Constitución* (ya veremos porqué). Sin embargo, me puedo servir de sus ideas para hablar de lo que yo llamo Confederación, gracias a la fina exposición, propia del autor alemán, que realiza de su “federación” en la obra citada. Lo mismo ocurre con Calhoun y Von Seydel etc.

³⁵ Cfr. ROUSSEAU, JJ. “Del contrato social” en *Del contrato social; Discursos: Discurso sobre las Ciencias y las Artes; Discurso sobre el origen y el fundamento de la desigualdad de los hombres*. Alianza. Madrid. 1998. Libro I. Cap. III. Ver también el Capítulo I del mismo libro.

mejor si pudiendo liberarse de ese yugo, efectivamente lo hace. Como decía Mao Zedong es posible que el poder se encuentre en la punta de una pistola, pero eso no puede convertir – a nuestro juicio – en soberano a aquel que la empuña, pues si así fuera, ninguna consecuencia jurídica podría extraerse de una concepción de este término, y muy poco sentido tendría hablar de él. Y es que es precisamente esta diferencia radical, la que distingue, desde nuestra metodología, el Derecho (como acto normativo derivado de la voluntad soberana) de lo que no es (el Poder eventual de uno sólo, una minoría, o una mayoría).

Así pues, dado que la idea de Derecho implica limitación del poder, la soberanía es el concepto jurídico – a nuestro humilde juicio – por excelencia; clave para deducir las relaciones fundamentales de Derecho Público. Y es necesario buscar su definición, pues, como dice la Profesora N. García:

“Definida la soberanía, la principal polémica en la actualidad surge al examinar en que se diferencia el poder soberano de otros poderes que coinciden en los mismos ámbitos, es decir, internamente habrá que buscar la diferencia del resto de los poderes infraestatales, para determinar en base a qué justifica su superioridad, y, externamente, se requiere precisar en qué se distingue de otros poderes supraestatales, fundamentalmente si existe algún poder por encima del Estado que ponga en tela de juicio la independencia base del concepto de soberanía estatal”³⁶

Una soberanía que a nuestro juicio debe ser definida en abstracto como: “*Poder absoluto, indivisible, e ilimitado* tanto en las formas como en el contenido de su voluntad, que es ejercido por un *sujeto legítimo*, con el fin de *organizar los aspectos fundamentales del gobierno* de una Comunidad Política”. En concreto es evidente, dado el actual estado de la Teoría Democrática, que el único sujeto legítimo no es otro que el Pueblo en su conjunto. Es también menester advertir, y para evitar equívocos, que el soberano ostenta un poder legítimo, absoluto, indivisible e ilimitado *en la esfera pública*, que es aquella que racionalmente afecta a la convivencia dentro de la comunidad. No ostenta, sin embargo, poder legítimo alguno para legislar sobre los aspectos puramente privados de la vida de los ciudadanos tales, como por ejemplo, credo u orientación sexual³⁷.

Todos los Estados considerados en este trabajo tienen un sistema político que podríamos denominar “Democracia Liberal”, y por lo tanto, a pesar de la distancia geográfica (sobre todo en el caso de aquellos allende los mares) se da en todos ellos una *cultura política* similar. Esto es: todos respetan, en principio, el principio de soberanía

³⁶ Cfr. GARCIA GESTOSO, N. *Soberanía y Unión Europea (algunas cuestiones críticas desde la Teoría de la Constitución)*. Atelier, Barcelona 2004. P 62.

³⁷ Me remito, para mayor profundidad a FONDEVILA MARÓN, M. *La Disolución de la Soberanía...* Pp. 163-169.

popular en sus presupuestos básicos. Sin embargo, el examen superficial de los tres formantes³⁸ propios del Derecho Comparado podría inducirnos a algunos errores que intentaremos, brevemente, aclarar aquí.

En cuanto al formante doctrinal, mientras, como regla general, se habla por la doctrina continental, americana y latinoamericana, de soberanía popular, es sabido que en la Gran Bretaña se utiliza habitualmente la fórmula de “soberanía del parlamento”. Esto responde, del mismo modo que veremos en el próximo epígrafe con el concepto de Constitución al carácter, siempre *sui generis* (constitucionalmente hablando), de la isla. Pero en ningún caso quiere decir que en la Gran Bretaña, en tanto que es un país indudablemente democrático, el Parlamento sea soberano y su poder, por tanto, ilimitado. Además, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que el diputado inglés está mucho más vinculado al electorado que lo que es habitual en el continente, debido a su sistema político y, en segundo lugar, que la democracia no llegó a la Gran Bretaña mediante un acto revolucionario, sino paulatinamente, por la transferencia de poder por parte de la corona al Parlamento, que se ha ido verificando sucesivamente después de la “Gloriosa Revolución”, lo que da a la expresión “soberanía del parlamento” un significado mucho más concreto de lo que a priori pudiera parecer. Lo que, desde luego no quiere decir la expresión “soberanía del Parlamento”, y ni siquiera la conocida expresión de A. V Dicey (“*the one fundamental dogma of English constitutional law is the absolute legislative sovereignty or despotism of the King in Parliament*”) puede considerarse, como ha hecho alguna autora³⁹, síntoma de “centralismo” en la Gran Bretaña, pues esto sería tanto como afirmar que en los demás Estados federales la soberanía no pertenece al Pueblo federal en su conjunto. Con el mismo rigor podría afirmarse entonces, que porque el Parlamento es soberano, la Gran Bretaña carece de Constitución, lo cual es generalmente rechazado por la doctrina.

Pero no sólo importa la forma en que la doctrina explica la soberanía de la Constitución federal, sino si entienden que los entes descentralizados son o no soberanos. En este sentido, frente a lo adecuado de su pronunciamiento constitucional, la doctrina mexicana ha sido algo más errática. Así pues, y a pesar de la claridad con la que en el *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo* del Profesor I.

³⁸ Sobre los “formantes” (legislativo, ejecutivo, y judicial) Cfr., por todos PEGORARO, L Y RINELLA, A. *Diritto pubblico comparato....* . Pp. 41 y ss.

³⁹ Vid., OLIVEIRAS I JANE, N. “Las transformaciones constitucionales del Reino Unido: La nueva organización territorial del poder”. En APARICIO, M.A. (DIR.) *La Descentralización y el Federalismo. Nuevos modelos de Autonomía Política (España, Bélgica, Canadá, Italia y Reino Unido)*. Cedecs. Barcelona. 1999. P. 211.

Burgoa se establece la diferencia entre autonomía política como “darse sus propias leyes” y soberanía (una e indivisible) como “el poder que tiene el pueblo de un Estado para autodeterminarse y autolimitarse sin restricciones heterónomas de ninguna clase”, mencionando explícitamente que el único acto de soberanía que realizan los Estados federados de una Federación es la Constitución de ésta, no pudiendo considerarse sus facultades de regulación que derivan como consecuencia del pacto de soberanas⁴⁰, muchos autores retuercen los argumentos para afirmar la soberanía de los estados mexicanos, lo que no tiene, a nuestro humilde modo de ver, ningún rigor jurídico. A título de ejemplo, el Profesor F. Martínez afirma que:

“Los Estados son soberanos porque ni los poderes de la Unión ni otro poder podrán válidamente interferir en su esfera de competencias cuando realiza sus atribuciones en su régimen interior, por lo que se entiende que no existe un órgano superior a ésta en su ámbito de competencia; de allí que es evidente que los Estados que conforman la República mexicana constitucional e imperativamente soberanos en los términos que establecen los artículos 40 y 41 del pacto federal (...) Esa soberanía que tiene cada una de las entidades federativas no implica que se llegue a considerar que existen varias soberanías, sino, que como se ha señalado, es una sola y reside originariamente en el pueblo mexicano, por lo que esa manifestación o control de la soberanía por parte de los poderes de la unión permite la organización del federalismo mexicano, pero al interior de cada estado, por ser soberano, puede darse sus propias normas siempre que no contravenga la constitución política de los Estados Unidos mexicanos”⁴¹.

La tesis del Profesor F. Martínez creemos que da amplio margen a la crítica:

En primer lugar porque, a pesar de que ha leído y cita al Profesor I. Burgoa y maneja los mismos conceptos que éste, llega a una conclusión opuesta sin advertir al lector de tal circunstancia. En segundo lugar, porque nuestro autor no parece apreciar la contradicción en la que incurre al afirmar, por un lado, que el pueblo es el titular de la soberanía y, acto seguido, decir que los Estados son soberanos. Quizás esta circunstancia esté más justificada que la anterior por cuanto que es la misma contradicción en la que incurre, la CPEUM. A este respecto hay que recordar que, para el Derecho Constitucional moderno, únicamente es posible afirmar al Pueblo como soberano, pues, tal y como dice el genial H. Heller, *la soberanía de una ficción o aún de una abstracción [El Estado] es inimaginable*⁴². Incluso hablar de México, o España como “Estados soberanos” no puede ser considerado sino una licencia del lenguaje que en realidad implica que es el Pueblo, español, o mexicano, soberano, es el que delega en las distintas autoridades de la Federación o los estados, para ejercer las facultades

⁴⁰ Cfr. BURGOA, I. *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*. Editorial Porrúa. México 2000. Pp. 59-61.

⁴¹ Cfr. MARTINEZ SANCHEZ, F. MARTÍNEZ SÁNCHEZ. F. *El control interno de las Constituciones de los Estados de la República Mexicana. Perspectiva de un Nuevo Federalismo*. Editorial Porrúa. México. 1998. Pp. 6-7

⁴² Cfr. HELLER, H. *La Soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Fondo de Cultura Económica. México. 1927. P. 149. La cursiva es nuestra.

soberanas. Confunde en última instancia – el Profesor F. Martínez – los conceptos de autonomía y soberanía, que dice tomar del Profesor I. Burgoa, y es incapaz, por lo tanto, de establecer una diferencia entre ellos.

Ahora bien, creemos que aquello que la Constitución española regula de forma que no da lugar a ningún género de dudas en sus artículos 1.2 y 2 respectivamente, está regulado de forma mucho más proteica en los artículos 2º, 25, 39, 40 y 41 de la CPEUM, y estos requieren, por tanto, de una interpretación hermenéutica conjunta. Y ello debido a que existe una notable antinomia entre lo que disponen los artículos 2º, 25, 39, y 41 con lo que establece el artículo 40, abiertamente contradictorio con los anteriores. Así, mientras el artículo 2º, proclama solemnemente que “La Nación Mexicana es única e indivisible” (al igual que el artículo 2 CE) y el artículo 25 habla de “Soberanía de la Nación”, al igual que el artículo 39 que dice literalmente que la “Soberanía nacional reside, esencial y originariamente, en el pueblo”, que la ejerce, según el artículo 41, “por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de estos y por los de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal”, el artículo 40 nos sorprende con la rotunda afirmación de que “es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y *soberanos* en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”. La manifiesta antinomia se debe a que se ignora la distinción entre soberanía y autonomía: porque ya desde J. Bodino, y antes que él, se considera que la soberanía es “absoluta”, no puede ser nadie soberano únicamente en su “régimen interior” y siempre que no contravenga “la ley fundamental”, y ello porque la característica más representativa del soberano *es establecer la ley fundamental*. Sí serán no obstante *libres*⁴³. Ello, si entendemos libertad, para decirlo con términos montesquianos, como “el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten”, y, por lo tanto, al ejercicio de unos derechos (en este caso de autonomía política) que nunca pueden ser ilimitados (soberanos).

⁴³ En el mismo sentido el Dr. E. O Rabasa. (Vid. RABASA, E.O. “La reforma Constitucional en los Estados”. En GAMIZ PARRAL, M.N. *Las entidades federativas y el Derecho Constitucional*. Universidad Autónoma de México. México, 2003. Pp. 153-161).

También el Tribunal Constitucional español ha tenido la oportunidad de pronunciarse, y a nuestro juicio con acierto, acerca de la diferencia entre soberanía y autonomía. Establece el alto tribunal que “*autonomía hace referencia a un poder limitado*”⁴⁴. Por consiguiente, en la citada sentencia, dice que esta autonomía se delimita en la Constitución y otras normas y que cabe el control que de la misma hacen los órganos dotados con ésta, para defender el interés superior de la Nación. Soberanía – añadimos nosotros – es exactamente lo contrario, es decir, un poder ilimitado, que por lo tanto, no se encuentra delimitado en ninguna norma nacional o internacional y que, por ello, no puede ser objeto de fiscalización por persona u órgano alguno. Sin embargo, diciendo lo mismo (que el poder de los Estados se encuentra limitado por la Constitución Federal⁴⁵ y que la intervención judicial en el control de constitucionalidad de las leyes locales es perfectamente legítima) de forma - a nuestro modo de ver – errónea, siguió empleando la Corte Suprema de la Nación el término soberanía⁴⁶.

Junto a la ignorancia de la distinción entre autonomía y soberanía creemos que se da también un error en las nociones de *titularidad y representación*. Sólo de esta manera se puede entender correctamente el artículo 41 CPEUM que, a nuestro entender, lo que dice de forma indubitada, es que es *el pueblo federal el titular de la soberanía*, y los depositarios de los órganos federales y de las entidades federativas *los representantes* de éste. Como tales representantes están sujetos al “mandato político” que se encuentra contenido en la Constitución y en las leyes, de tal modo que, y siguiendo de nuevo al Barón de la Bredé, pueden, a diferencia de los ciudadanos

⁴⁴ Vid. STC 4/1981. Fdto. Jco 3.

⁴⁵ Vid. Tesis Aislada II del Pleno en *Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época*. P. 818. IUS 291.434.

⁴⁶ Vid. Tesis aisladas 15/43 del Pleno. *Semanario Judicial de la Federación. Séptima época*. P. 45. IUS 233.468; 33/43 del Pleno en *Semanario Judicial de la Federación. Quinta época*. P. 1215. IUS 284.047. Desde nuestro humilde modo de ver, la formulación de la Corte Suprema adolece de dos inconsistencias: La primera deriva de definir la soberanía con la fórmula jellinekiana de “competencia de la competencia” (Vid. Tesis Aislada III del Pleno. En *Semanario Judicial de la Federación. Quinta época*. P. 619. IUS 290.425). La equiparación de la soberanía con la competencia, aunque sea “competencia de la competencia” resulta problemática, porque este término hace referencia a algo que por su propia naturaleza está regulado o limitado, pues, como decía C. Schmitt, es imposible hablar de “competencia ilimitada”. La segunda de las inconsistencias deriva, en nuestra opinión, de la asunción de la tesis de la soberanía divisible (Vid. Tesis Aislada XXXI del Pleno en *Semanario Judicial de la Federación. Quinta época*. P. 1495. IUS 279.405). Decir que la soberanía es divisible es igual a negar el concepto mismo. Pues, si como indica el Tribunal en esta tesis, la soberanía de los Estados y la de la Federación son dos esferas autónomas, de ellos resulta que ninguna tiene poder ilimitado y que tampoco puede determinar su propia competencia.

En conclusión, aunque la Corte ha zanjado las dudas que pudiese haber acerca del acatamiento que las entidades federativas deben a la Constitución Federal, las tesis aisladas traídas en esta nota y la de la nota anterior son – debido al intento de la Corte de compatibilizar la teoría constitucional del Estado Federal con el tenor literal de la Constitución de 1917 - antinómicas y por ello sería conveniente una unificación de la doctrina en este sentido, con un mejor empleo de los términos.

particulares (autorizados a hacer todo aquello que las leyes no prohíben) hacer sólo aquello que las leyes les permiten. Unos representantes – los órganos políticos tanto de la Federación como de los estados miembros – que en su condición de tales, no pueden considerarse, ninguno de ellos, soberano, pues como estableció en su día J.J Rousseau, “la soberanía no puede ser representada por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa; o es ella misma o es otra: no hay término medio”⁴⁷. Su actuación se realiza en nombre del Pueblo soberano, pero no podemos olvidar que actuar en nombre e interés de alguien implica un poder o una autoridad para actuar en su nombre, pero es necesario destacar que se trata, en todo caso, de una autoridad sujeta a límites explícitos y, más importante aún, *revocable*. Revocable tiene un doble sentido jurídico y politológico: Desde la Ciencia Política quiere decir únicamente que los ciudadanos pueden cambiar a sus representantes en las próximas elecciones; jurídicamente quiere decir algo más amplio: que los límites legal-constitucionales en los que se enmarca la acción de los representantes pueden ser modificados en todo momento. Y esto es lo que, en este caso sí, expresa de forma ejemplar el art. 39 CPEUM: “El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”. Incluso aunque ningún precepto de la Constitución lo estableciese, el Pueblo tiene siempre el derecho inalienable a darse una nueva Constitución.

El formante legislativo es quizás, el más confuso, y en este sentido, hay que reconocer que es las Constituciones española y francesa se llevan la palma. Así, el artículo 1.2 CE resulta, en sí mismo una *contradictio in terminis* al decir, literalmente: “La soberanía nacional [si reside en el Pueblo, debía decir la soberanía a secas, o afirmar el principio de soberanía popular] reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”⁴⁸ y en términos similares lo hace el artículo 3 de la Constitución gala que, además, confunde el referéndum con un acto de soberanía⁴⁹. En el art. 3 de la Constitución Suiza de 1999, que como veremos es una clausula residual de

⁴⁷ ROUSSEAU, J.J. *Del contrato social*; ... Libro III. Cap. XV. Sobre cómo concilió la representación con la Democracia Cfr., FONDEVILA MARÓN, M. “La Herencia Rousseauiana, en el pensamiento constitucional, trescientos años después de su nacimiento”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Nº 16. Pp. 373-377.

⁴⁸ También la Constitución mexicana, en su artículo 39 (“La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”) comete un error similar, pero la forma en que a posteriori enfatiza el poder del pueblo, subsana a nuestro juicio, el defecto.

⁴⁹ Sobre la naturaleza del referéndum Cfr. DE VEGA, P. *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*. Tecnos. 1991 pp. 118-119.

competencias en favor de los entes cantonales se dice que “los cantones son soberanos en tanto su soberanía no esté limitada por la Constitución federal...”, lo cual, debe entenderse, como veremos inmediatamente, como un residuo histórico de una fórmula que se contenía prácticamente literal en el mismo artículo de la Constitución de 1874, de acuerdo con la doctrina dominante de la época, aunque la doctrina moderna comprende perfectamente que, desde 1848, Suiza es Estado Federal en que la soberanía reside en la pueblo federal en su conjunto⁵⁰. En la Constitución alemana no se habla de soberanía nacional o popular con estos términos, pero en su preámbulo, se afirma claramente “el poder constituyente” del Pueblo alemán. Tampoco se menciona la palabra soberanía en la Constitución de los Estados Unidos⁵¹, pero su preámbulo, suficientemente conocido por todos, no debe dejar tampoco lugar a dudas.

En cuanto al formante jurisprudencial, también comenzando por España, el TC ha recordado (SSTC 103/2008 y 31/2010⁵²) que el titular de la Soberanía en España es – como no podía ser de otra manera – el Pueblo español sin que quepa la posibilidad de otro sujeto soberano (pretendidamente, los pueblos vasco y catalán). Precisamente, confirmando esta jurisprudencia, muy recientemente, el TC declaró inconstitucional y nula, de la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y por el derecho a decidir, de 23 de Enero de 2013, su punto primero, el cual establecía, literalmente, que: “El pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano”⁵³. El Consejo Constitucional de Francia – por su lado – no se aparta en ningún momento de

⁵⁰ Cfr., GARCIA PELAYO, M. “Derecho Constitucional comparado”. En *Obras Completas*. Vol. 1. CEPC. 2009. P. 659.

⁵¹ Esto se debe a que podría levantar las suspicacias de algunos Estados (Cfr. TAJADURA TEJADA, J. *El preámbulo constitucional*. Comares 1997. P. 86.

⁵² Sin embargo, en esta sentencia, define a la soberanía, en el fundamento jurídico 6, al igual que la Corte mexicana, y de manera claramente desafortunada, como “competencia de la competencia”. Decimos desafortunado, sin poder entrar aquí en profundidad en ello, dado, en primer lugar, que, como afirmó C. Schmitt, “el concepto de “competencia de competencias”, entendido como “soberanía”, es, en sí mismo, contradictorio. Soberanía no es competencia, siquiera competencia de competencias. No hay ninguna competencia ilimitada si la palabra conserva su sentido de designar una facultad regulada de antemano por normas, circunscrita con arreglo a una figura aquí, por lo tanto, delicada. La palabra “competencias de competencias”, o significa una competencia auténtica, en cuyo caso no tiene nada que ver con la soberanía ni puede ser empleada como fórmula de soberanía, pues una denominación general de un poder soberano, entonces, no se comprende por qué ha de hablarse de “competencia”. En segundo lugar, porque como hemos tratado de demostrar en otro lugar, “competencia de la competencia” y “soberanía compartida” son dos expresiones que, paradójicamente, conducen a lo mismo que la simple y pura negación de la soberanía (Cfr., FONDEVILA MARÓN, M. *La Disolución de la Soberanía...*” Pp. 318-326.

⁵³ *Vid.*, STC 42/2014 y, con profundidad sobre la misma, FONDEVILA MARÓN, M. “Derecho a decidir y soberanía. A propósito de la STC 42/2014, de 25 de Marzo” en *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 34 (2014).

la constitucional y errática expresión “soberanía nacional” (referida al Pueblo), y además no la entiende sino como el ejercicio de los representantes del Pueblo en las instituciones francesas⁵⁴. La SCJN mexicana, es realmente desafortunada en este sentido, y su jurisprudencia errática y contradictoria: en determinadas tesis aisladas afirma que la soberanía es la facultad de determinar por sí mismo la propia competencia (lo que sólo puede hacer una institución⁵⁵)⁵⁶, y en otras que la soberanía federal incluye a la de los Estados, pero que estos son “soberanos” en el sentido de que pueden obrar libremente en aquello que no contravenga el pacto federal⁵⁷. La Corte Constitucional italiana es más rigurosa en el empleo de los términos, y así, en una importante sentencia para el objeto de esta tesis (SCC 365/2007), utiliza acertadamente el término “soberanía popular”, que atribuye – como no puede ser de otro modo – al pueblo italiano (soberano) frente a la autonomía de la que gozan las regiones, y afirma, sí, que esta soberanía se *ejerce* mediante los representantes⁵⁸. El Tribunal Constitucional federal alemán habla a menudo (por ejemplo en la sentencia de 30.06.2009), al igual que su Constitución, simplemente de “soberanía”.

Así pues, vemos como a menudo los Tribunales siguen, sin grandes originalidades, las formulas constitucionales. Ahora bien, y esto es lo que debe retenerse: el formante jurisprudencial debe ser usado para el estudio de las decisiones al caso concreto, y en el marco de la soberanía, dando a la cuestión puramente teórica y nominal una importancia menor (está claro que la definición de soberanía no debe

⁵⁴ Este órgano, de naturaleza no equiparable a un Tribunal Constitucional sigue, desde la sentencia 62-20 de 6 de Noviembre de 1962, reiterada en otras muchas, el principio de que aquellas normas que son fruto de la voluntad del pueblo no son objeto de control por parte de este órgano. (Cfr., por todos, RAGONE, S. *Il controllo di costituzionalità delle revisioni costituzionali*. Filo diritto. 2010. P. 41.

El error es, a nuestro juicio, mayúsculo, es heredero de una errónea literatura jurídica que comienza con la equivocación de Sieyes de identificar la voluntad del Parlamento con la voluntad de la Nación, que se ha plasmado también, como acabamos de ver, en el artículo 3. (Cfr. sobre el error de Sieyès RUIPEREZ ALAMILLO, J. *Libertad Civil e Ideología Democrática. De la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación liberalismo-democracia*. IJ-UNAM. México 2008. P. 33. Es obvio – creo – que el referéndum no expresa la voluntad del Pueblo, que únicamente puede contestar SI O NO a una pregunta muy concreta, manifestando así, únicamente, una eventual adhesión o rechazo a la voluntad del gobernante. Es más, el referéndum, cuando se emplea abusivamente suele ser un síntoma de populismo, donde el gobernante intenta presentarse como el “portavoz de la Nación” y es un excelente campo de cultivo para el totalitarismo. En su uso correcto, el referéndum es únicamente un requisito *formal* para la aprobación de leyes de una temática especialmente sensible.

⁵⁵ Sobre esta cuestión Cfr. CANNIZZARO, E “Esercizio di competenze e sovranità nell’esperienza giuridica dell’integrazione europea” En *Rivista Italiana di Diritto Costituzionale* 1996. Pp. 75 y ss.

⁵⁶ Vid. Tesis III del pleno, en el semanario judicial de la federación 5ª época. Pp. 619.

⁵⁷ Vid. Tesis XXXI del Pleno. En el Semanario Judicial de la Federación, 5ª época, Pp. 1495 y Tesis 40 (primera parte) del Pleno en Semanario Judicial de la Federación 7ª época, P. 45.

⁵⁸ Para un breve comentario de la misma *Vid.*, BELDEBERE, D. “Èxiste una sovranità della Regione (e dello Stato)?” En *Nuove Autonomie*. N° 1-2. Pp. 135-143.

corresponder a los tribunales, pues por ser un concepto clave en la cultura jurídica, se debe atender, principalmente, al formante doctrinal). Sin embargo, algunas veces, incluso en estos aspectos más teóricos y que normalmente se repiten invariablemente en la jurisprudencia como enunciados previos a la resolución del caso, puede apreciarse, con el paso del tiempo, una evolución. Es el caso de la Suprema Corte argentina, cuyos primeros pronunciamientos reconocían una dualidad de soberanías⁵⁹, que posteriormente pasó a reconocer la coexistencia de la soberanía nacional y la autonomía provincial⁶⁰ para, finalmente, supeditar ésta a aquella⁶¹.

Ahora bien, junto con aclarar algunos términos y despejar algunas dudas sobre el concepto de soberanía, lo que realmente nos interesa dejar claro en estas páginas, es que en un Estado federal, o si se prefiere políticamente descentralizado, sólo puede existir un único soberano, y éste es el Pueblo del Estado en su conjunto. La doctrina ha sido bastante errática al respecto desde los orígenes mismos del Estado federal, esto es, con la aparición de los Estados Unidos de América y, al menos, hasta la primera mitad del siglo XX. Ello se debe a que J. Hamilton, en el *Federalista* XXXII, explica la forma política norteamericana como una forma en la cual la soberanía se haya compartida tanto por la federación como por los Estados⁶². Esta tesis sería introducida en Europa por A. De Toqueville y gozaría durante largo tiempo de gran predicamento. De hecho aun la tiene entre algún sector de la doctrina pues, como a nadie se le escapa, es lo que defienden no pocos académicos respecto del reparto de poder entre la Unión Europea y los Estados Miembros y lo que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁶³.

Sin embargo, al margen de estos intentos, científicamente poco rigurosos, de legitimar la Unión Europea, lo cierto es, como indica el Profesor L. Pegoraro, que hoy en día las tesis de la co-soberanía en los Estados federales son ampliamente recesivas, y ello porque pocos estudiosos están convencidos de que las colectividades miembros de

⁵⁹ *Vid.*, por ejemplo, Fallo, 7: 387, 31 de Julio de 1869. *Resoagli vs. P. de Corrientes*.

⁶⁰ *Vid.*, F: 154: 197

⁶¹ *Vid.*, F: 168: 105

⁶² Nos dice literalmente: “La completa consolidación de los Estados dentro de una soberanía nacional implicaría la absoluta subordinación de las partes; y los poderes que se les dejasen estarían siempre subordinados a la voluntad general. Pero como el plan de la Convención tiende solamente a conseguir una consolidación o unión parcial, los gobiernos de los Estados conservarían, todos, los derechos de soberanía que disfrutaban antes y que no fueran delegados *de manera exclusiva* en los Estados Unidos por dicho instrumento” (HAMILTON, A, MADISON, J. Y JAY, J. *El Federalista*. FCE. México. 1994. P. 127. *Cursiva en el original*).

⁶³ Véase, en especial, la sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, Rec. p. 1.

un Estado federal (ya se les llame Estados, Regiones, *Länder* o Comunidades Autónomas) sean propios y verdaderos Estados⁶⁴. El origen del error se encuentra en la obra de G. Jellinek, quien no dudó en afirmar que las colectividades miembros tenían todos los elementos esenciales a un Estado, esto es, población, territorio y órganos estatales, aunque carecieran de un poder independiente que descansa en su propia voluntad⁶⁵.

Con carácter previo a exponer una crítica de esta concepción cabe advertir que la doctrina moderna no concibe ya, al menos desde la Constitución de Weimar, de esta manera el carácter estatal de los *Länder*⁶⁶. La cualidad estatal de los *Länder* – nos dirá K. Hesse – podía sostenerse en 1871, dada “su propia individualidad a través de la Historia, de la conciencia colectiva y del ejercicio continuado del poder público”⁶⁷. Por el contrario, la estatalidad de los *Länder* es concebida hoy en día como la posibilidad por parte de éstos de ejercer un poder público en los órdenes legislativo, ejecutivo y judicial de acuerdo a una previa atribución de competencias en la *Grundgesetz*. Además dos principios esenciales ayudan a perfilar el contorno de la estatalidad de los *Länder*: el principio de homogeneidad, por un lado, y el de lealtad federal por otro⁶⁸. De ahí que la crítica a esta concepción que hagamos a continuación sea breve.

Aunque G. Jellinek, como acabamos de ver, no dice que los distintos *Länder* gocen de soberanía y, de hecho, en su definición de Estado Federal indica que el mismo consiste en una unión de Derecho Público de Estados no soberanos⁶⁹, otros autores posteriores a él si han considerado que los *Länder* eran titulares de un poder soberano⁷⁰, si bien limitado. Por ello es necesario que aclaremos porqué evidentemente no pueden considerarse tales. Desde el punto de vista del positivismo jurídico, es hasta cierto punto coherente reducir el problema de la soberanía a un problema de competencias, o de

⁶⁴ Cfr., PEGORARO, L. “Autonomía y descentralización en el derecho comparado: cuestiones metodológicas”, En L. ESTUPIÑÁN ACHURY, G. GAITÁN BOHÓRQUEZ (comps.), *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas*, Editorial Un. del Rosario, Bogotá D.C., 2010. Pp. 3-23.

⁶⁵ Cfr., JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*...P. 649.

⁶⁶ Cfr., por todos, HELLER, H. *La Soberanía*. P. 221, y bibliografía allí citada.

⁶⁷ Cfr., HESSE, K. “El Estado Federal Unitario”. En HESSE, K. CRUZ VILLALÓN, P Y AZPIRATE SÁNCHEZ, M (eds). *Escritos de Derecho Constitucional*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. CEPC. Madrid. 2011. P. 200.

⁶⁸ Sobre esta concepción de la estatalidad de los *Länder* Cfr. ALBERTÍ ROVIRA, E. *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1986. Pp. 58-60.

⁶⁹ Cfr., JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*...P. 759.

⁷⁰ Vid., relación en ARROYO GIL, A. “Cualidad estatal , soberanía, autonomía constitucional y competencia en la república federal de alemania: las constituciones de los ‘Länder’” En *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*. Nº 16. 2012. Pp. 33 y ss.

competencia sobre la competencia y, en última instancia, tal y como hizo H. Kelsen, simplemente intentar erradicar este concepto afirmando, de modo relativista, que se trata de una mera hipótesis de trabajo⁷¹. Pero cuando descendemos de las nubes dogmáticas al terreno de la realidad política y social, coincidimos con G. Lucatello en afirmar que porque el jurista no debe dar la espalda a la realidad social, desde esta óptica, y también de acuerdo a una comparación de todos los Estados federales de su época, no se puede sino colegir que el Estado Federal es un verdadero Estado soberano⁷². Lo es porque el Estado en su conjunto es a quien corresponde modificar su Norma Fundamental así como destruirla y crear una nueva, sin depender más que de sí mismo, siendo sus normas generalmente válidas en todo el territorio, pues aunque es verdad que algunos Estados federales han establecido constitucionalmente la participación de los entes federados en el proceso de reforma constitucional, éste no es un requisito esencial para ser Estado Federal, si establecemos una comparación entre los Estados convencionalmente considerados como tales.

Debemos distinguir, pues, entre soberanía y autonomía, que son dos conceptos claramente diferenciados pero que, en los Estados federales se tienden, muchas veces interesadamente, a usar con poco rigor. Aunque las diferencias se deben poder deducir de todo lo que llevamos dicho, en un esfuerzo de síntesis indicaremos, en una primera aproximación, que estamos de acuerdo con las definición ofrecida por el Profesor I. Burgoa, quien define autonomía política como “darse sus propias leyes” mientras que la soberanía ya la hemos definido *supra*. Es evidente, por lo tanto, que es de autonomía política, y no de soberanía, de lo que disfrutaban las colectividades miembros de un Estado federal. A mayor abundamiento, es importante tener en cuenta que, como ha indicado nuestro Tribunal Constitucional: “autonomía no es soberanía, y aún este poder tiene sus límites, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido”⁷³. Pero lo más importante, en el marco de un Estado compuesto, es que la autonomía de la que gozan los entes descentralizados está protegida por la

⁷¹ Cfr., KELSEN, H. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*. Traduzione Italiana di Agostino Carrino. Giuffrè. Milano. 1989. P. 13 y KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García Maynez. UNAM. México. 1995. P. 457.

⁷² Cfr., LUCATELLO, G. *Lo Stato Federale*. CEDAM. Padova. 1967. P. 58.

⁷³ *Vid.*, STC 4/1981. Fdto. Jco. 3, y, también TOMAS Y VALIENTE, F. *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tecnos. Madrid. 1988. P. 29.

Constitución que la garantiza, y que constituye además un límite infranqueable a la posibilidad de reforma constitucional, en tanto que caracteriza la forma de Estado. Del mismo modo, pues, que los límites que la noción de autonomía contiene representan una barrera a la organización descentralizada del Estado (que nunca podrá ceder a estos entes la capacidad de auto-determinarse), constituye también un límite al poder de reforma, que podrá (de acuerdo al juego de fuerzas centrífugas y centrípetas dentro de un Estado) determinar para los entes descentralizados un halo competencial mayor o menor, pero no podrá, en ningún caso, privarles de la posibilidad, de acuerdo con las competencias establecidas por la Constitución, de adoptar normas con rango de ley para la regulación de estas materias, las cuales que prevalecerán, en caso de conflicto, sobre la normativa estatal de rango infraconstitucional⁷⁴.

Hecha esta aclaración se entenderá también – esperamos que fácilmente – porqué, a diferencia de lo que sostienen las tesis jellinekianas, no cabe hablar de “Pueblo” de un ente territorial, pues como acabamos de decir es al Pueblo (sujeto jurídico-político único) del Estado en su conjunto, como bien indico también H. Heller, a quién le corresponde decidir sobre su futuro⁷⁵. Desde un punto de vista psicológico, y aún sociológico los habitantes de un determinado territorio pueden sentirse, por ejemplo, y en el caso de España, tan catalanes como españoles, sólo catalanes, o sólo españoles, pero desde el punto de vista político y constitucional sólo un único pueblo (que es el Pueblo federal, español en nuestro caso) puede soberanamente decidir sobre el futuro de su vida en común ya que es él, en conjunto y no por partes, el que participa de la Constitución⁷⁶.

Por su parte, la afirmación de que un determinado territorio pertenece a un concreto *Land* es sólo una verdad a medias. Lo propio de la lógica del Estado federal es que el territorio que se identifica con un ente federado corresponde tanto a éste como a la federación pero, si se nos permite, diremos que a la última de un modo más fuerte. Decimos esto porque es evidente que tanto el *Land* como la Federación ejercen el poder público, de acuerdo con sus competencias, sobre el mismo territorio pero la decisión última sobre el destino final de ese territorio corresponde al conjunto de la Federación.

⁷⁴ No podemos detenernos más, en estas páginas introductorias, sobre esta cuestión. Para mayor abundamiento remito al lector a mi trabajo “Reforma Constitucional y Forma Territorial del Estado. Reflexiones con motivo de la publicación de Reforma vs revolución. Consideraciones desde la teoría del estado y de la constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional, de Javier RUIPÉREZ ALAMILLO”. En *Revista de Derecho Político*. Nº 89 (2014).

⁷⁵ Cfr., HELLER, H. *La Soberanía*. ... Pp. 159-168.

⁷⁶ Con mayor profundidad en FONDEVILA MARÓN, M. “Pobo, Estado, Nación” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Nº 15. 2011. Pp. 199 a 207.

En el caso concreto de la República Federal alemana esto se manifiesta, al menos, en dos aspectos: 1) El aspecto que podríamos considerar “ordinario” consistiría en el poder que tiene la Federación, en virtud de lo dispuesto en el art. 29 GG, de reorganizar el territorio federal con la mera audiencia a los *Länder*. Ello demuestra un poder bastante grande de la federación sobre el territorio que comparte con los *Länder* pero no implica, de ningún modo, que pueda desposeerlos de todo poder territorial aunque sólo sea porque el territorio que queda después de llevarse a cabo la reorganización territorial sigue perteneciendo al *Land*⁷⁷. 2) Pero existe un aspecto, si se quiere, “trascendental”, que avala nuestra tesis: aunque el art. 79.3 GG prohíbe, como es sabido, una modificación de la Constitución que pudiera fin a la organización federal del Estado alemán, la posibilidad de que el Pueblo en su conjunto decida darse otra Constitución ya sea unitaria, ya sea Confederal (poniendo así fin a la unidad político-jurídica que le caracteriza) debe entenderse, al menos potencialmente, siempre presente.

Para justificar su estatalidad no ha faltado, tampoco, quien como G. Burdeau, la ha basado en que los entes descentralizados pueden tener una idea de Derecho diversa de la de la Federación. El Profesor P. Lucas, basándose en las ideas de F. W. Jerusalem, refuta esta idea indicando que si cupiesen tantas ideas del Derecho como estados conforman una Federación, todos ellos serían soberanos. Evidentemente – añadimos nosotros – porque una Federación integra entes diversos puede darse no sólo (como es obvio), diferencias políticas que acarreen políticas legislativas diversas, sino incluso una cultura jurídica parcialmente diversa. Ello no es óbice, sin embargo, para que la “idea de Derecho”, en última instancia, venga configurada por la Constitución Federal que sirve de fundamento al conjunto de la Federación.

En conclusión, y como dice el Profesor P. Lucas Verdú:

“Las comunidades miembros de un Estado federal no son Estados, pues ya hemos visto que no poseen soberanía ni territorio. Disponen de autonomía dentro del espacio político que les garantiza la Constitución federal. La autonomía es igual para todas las colectividades [Durand] y consiste en el libre ejercicio de las competencias que le son reconocidas por la Constitución federal y que se encuentran reguladas en cada una de las Constituciones de los Estados miembros. Es inútil, pues, esforzarse en sorprender, en estas colectividades, los caracteres o elementos de la Comunidad estatal salvo que la configuración, así trazada, constituya el ejemplo de una Confederación de Estados”⁷⁸.

⁷⁷ Expreso aquí mi agradecimiento al Profesor J. Ruiperez, de cuyos planteamientos soy deudor.

⁷⁸ LUCAS VERDU, P. *Curso de Derecho Político*. Vol. II...Parte II. Cap. IV (estado federal y Estados federados). P. 393.

I.2.2.2) Constitución, Tratados Internacionales y Normas infraconstitucionales.

Podemos hablar en sentido amplio de constitución⁷⁹ (con minúsculas) como la estructura y organización de una comunidad, un determinado grupo social, o un Estado, y de Constitución (con mayúsculas) en sentido estricto como la Ley Fundamental que regula la vida del Estado con carácter general, y en especial, la formación de las demás leyes formales⁸⁰. Ahora bien, si la Constitución es la obra del Poder Constituyente y, como es sabido, esta noción tiene su origen en la obra del abate E-J Sieyes, hablaremos de Constitución, en sentido propio, cuando sea realmente el Pueblo el que se dé una Constitución que garantice el ejercicio de la soberanía popular y el disfrute de la Libertad. Hablaremos, por el contrario de “constitución” (con comillas) en sentido impropio, para referirnos a aquellas normas fundamentales en una Comunidad Política, que regulan el procedimiento de formación de las leyes formales, pero que no son obra del Poder Constituyente (el Pueblo), *ergo*, son cartas otorgadas por algún otro poder fáctico (monarca, dictador etc.) que no garantiza la libertad del pueblo, o bien sirve precisamente para todo lo contrario. En otras palabras, nos referiremos con el término “constitución” a aquellas normas fundamentales que K. Loewenstein califico de “nominales” o “semánticas”. Igualmente, usaremos “constitución”, con minúsculas, pero sin la más mínima intención peyorativa, para referirnos a las constituciones de los entes descentralizados de un Estado federal o políticamente descentralizado, cuyo valor, evidentemente, es el mismo que el de unos Estatutos de autonomía. Como vamos a ver en profundidad en el Capítulo II, tanto los Estatutos de Autonomía como las constituciones de los entes descentralizados cumplen la función de ser la norma de cabecera, que contiene tanto las disposiciones orgánicas como los derechos básicos de la población residente en esa entidad territorial, y están todas ellas sometidas (aunque esta sujeción se manifieste de distinta manera en los

⁷⁹ O Constitución en sentido “sustancial” como la de la Gran Bretaña (Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato...* P. 404 y ss).

⁸⁰ Cfr. DE VERGOTTINI, G. *Diritto Costituzionale Comparato...* P. 176. También hay que distinguir la “Constitución formal”, es decir, aquella norma que regula los procesos por los cuales se establecen otras normas de la “Constitución en sentido documental” como específico y solemne que recoge la mayoría de las normas constitucionales sustanciales (Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*. P. 404 y ss.).

diversos Estados estudiados), como no podía ser de otro modo, al principio de supremacía constitucional.

Al margen del caso específico de las constituciones provinciales del Canadá, en donde parte de las constituciones estatales forman parte de la Constitución Federal, y no pueden ser reformadas por las legislaturas estatales⁸¹, lo cierto es que el nombre de constituciones que reciben las normas de cabecera de los entes descentralizados en Estados como Estados Unidos, Suiza, México, Argentina, o Alemania, no debe ser considerado más que un residuo histórico (o una imitación en los casos en que hay, como en Argentina, constituciones anteriores y posteriores a la Federal), que no implica que, constitucionalmente hablando, nos encontremos ante normas propiamente constitucionales ni desde un sentido formal ni, tampoco, material. No lo son, evidentemente, formalmente hablando, dado que no tienen la misma rigidez que la Constitución Federal, pues aun cuando las mismas puedan establecer, para su aprobación, un procedimiento más agravado para su aprobación que el de las leyes ordinarias estatales – lo que, ni que decir tiene, ocurre también con los Estatutos de Autonomía de España e Italia -, el principio de supremacía de la Constitución Federal, por el que las constituciones estatales o Estatutos de Autonomía deben adecuarse a la Constitución Federal, implica evidentemente que una hipotética reforma de la ésta supone una reforma tácita de aquellas, en lo que la puedan contradecir. Y ello es aplicable, también, como es obvio, a España, donde los Estatutos de Autonomía son formalmente Leyes Orgánicas y donde la doctrina, por influencia de nuestro vecino del norte, y el Tribunal Constitucional, les han dado la categoría de “bloque de constitucionalidad”⁸², lo que – por razones en las que no es necesario entrar aquí en profundidad - junto con parecernos muy criticable⁸³, no puede implicar, como es lógico, que no se vean afectadas también por el principio de supremacía constitucional. Con todo, aunque tengan carácter formal de tales, es igualmente evidente, como también se comprenderá mejor tras la lectura del Capítulo II, que no son meras Leyes Orgánicas, ni

⁸¹ Cfr., CASTELLÁ ANDREU, J. M^a. “Canadá: un laboratorio del federalismo”. En SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J. J (Dir.). *La Reforma Federal. España y sus siete espejos*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2014. Pp. 291 y ss.

⁸² Sobre el empleo de este término, importado de la doctrina francesa, ha indicado el Profesor P. De Vega que, no se sabe si “son geniales creaciones de la ingeniería jurídica constitucional, o simples adefesios de juristas al servicio del pragmatismo político más grosero y vulgar” (Cfr., DE VEGA, P. “Prologo” en RUIPEREZ ALAMILLO, J. *La Reforma del Estatuto de Autonomía para Galicia*. Universidad da Coruña. 1995. P. 12.

⁸³ *Vid.*, al respecto, entrevista de 12 de Febrero de 2013 a Pedro de Vega, en la página web del INAP <http://www.inap.es/pedro-de-vega-garcia>.

formal ni materialmente hablando. En primer lugar, porque su procedimiento de reforma es distinto y más agravado que el de estas leyes. En segundo lugar, por su contenido, como acabamos de decir, asimilable al de constituciones estatales.

Aclarada esta cuestión terminológica o de estilo, pasamos a realizar algunas consideraciones en torno a las Constituciones y Tratados Internacionales, teniendo en cuenta, primero, la literalidad de los textos normativos, segundo, la doctrina, y finalmente, la jurisprudencia.

Por su parte, las distintas concepciones históricas acerca de la Constitución guardan una relación directa con las nociones que se han mantenido acerca de la soberanía⁸⁴. Sin embargo, lo que a nosotros verdaderamente nos interesa es más bien los requisitos que deben darse para poder hablar de Constitución, y ello por un motivo que, acaso, resulta ocioso explicar: si, como dijimos, nos proponemos comparar una serie de Estados con la Unión Europea debemos aclarar si ésta tiene o no una constitución, y si es así, en qué sentido⁸⁵. La respuesta, a nuestro juicio, debe ser negativa en tres sentidos: en primer lugar, si un requisito es, como decimos, que la Constitución sea obra del Pueblo, evidente resulta que éste no es el caso, ni de la mal llamada constitución de 2004, ni mucho menos del Tratado de Lisboa. No queremos detenernos en este momento sobre esta cuestión, pero no nos resistimos a indicar, como anécdota suficientemente ilustrativa, que si la Constitución norteamericana comenzaba con la célebre frase "*We the People of the United States*", la constitución europea comenzaba, por su parte, primero, con una nominación de todos los jefes de Estado y de gobierno de la Unión (autores reales de la misma), y – segundo – en el párrafo tercero, con una

⁸⁴ Y así, si examinamos las distintas concepciones expuestas por el Profesor G. de Vergottini (Cfr. DE VERGOTTINI, G. *Diritto Costituzionale Comparato...* p. 180 y ss), comprobamos como la concepción garantista y material se relaciona con la concepción de la soberanía popular, la concepción que él denomina tradicionalista con las distintas concepciones de soberanía monárquica, el decisionismo schmittiano es coherente, por su parte, con lo que nosotros hemos considerado la "concepción teológica", tan coherente como el positivismo y normativismo en la concepción acerca de la Constitución de la que nos habla el Profesor De Vergottini para hacer referencia a la obra Kelseniana con lo que nosotros consideramos defensa de la "soberanía del Derecho". Por último, la concepción de una Constitución como tabla de valores que sin embargo ella no constituye pues se limita simplemente a reconocer (pues éstos son un prerrequisito) (p. 187) se relacionaría con las posiciones acerca de la soberanía como la expuesta por el Profesor G. Silvestri.

⁸⁵ De haber sido aprobada, en todo caso, y sin perjuicio de la opinión del Profesor G. Vergottini (vid. nota *infra*) que es la que nos parece más correcta, tendríamos que admitir con el Profesor D. García Belaunde, en todo caso, que tal documento normativo hace mutar el sentido de Constitución tal y como este era concebido por el Derecho Público, en un sentido más débil (en el sentido de híbrido entre el concepto de Constitución y el de Tratado) y focalizado en el ámbito del Derecho Internacional. [Vid. GARCÍA BELAUNDE, D. "La Constitución europea a la vista (una mirada desde América Latina) discurso de incorporación a la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, leído el 22 de Junio de 2006; accesible a través de Internet: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/Constitucioneeuropeaalavista.pdf>]. P. 8.

mención expresa a los “pueblos” de Europa. En segundo lugar, la mal llamada constitución europea fue rechazada por referéndum de los pueblos francés y holandés, pero, como afirma el Profesor G. de Vergottini: “el Tratado [por el que se establece una Constitución para Europa], aunque hubiese devenido operativo, no habría, sin embargo, dado vida a una Constitución, a causa de la ausencia del prerequisite de una *unidad política* europea (Grimm)”⁸⁶. Una falta de unidad política que es causa de la inexistencia de un único pueblo, y que trae como consecuencia la imposibilidad de adoptar medidas y posiciones comunes en los temas más sensibles, como pueda ser, por ejemplo, la Guerra de Irak. No existe Pueblo ni unidad política – en tercer lugar – porque falta, en los 28, *homogeneidad política* en sentido helleriano (por tanto, no de diferentes lenguas, razas, o religiones en el seno de la Unión – pues en las sociedades multiculturales actuales las diferencias entre éstas también existen – sino en el sentido de principios y valores constitucionales).

Si el Tratado de Lisboa recoge, como afirma el Profesor J. Martín Pérez de Nanclares⁸⁷, la esencia de la constitución europea (de tal modo que por analogía podemos afirmar las mismas conclusiones de uno que de la otra) el procedimiento de elaboración de este último dista mucho del propio de las Constituciones liberal-democráticas⁸⁸. No es que el Pueblo haya participado poco, o que su presencia se haya visto matizada por el necesario e ineludible instrumento de la representación, sino que se tomo la decisión, absolutamente consciente, de apartarlo del proceso de elaboración de la norma, para evitar lo sucedido en 2004. A los ciudadanos de los distintos Estados

⁸⁶ Cfr. DE VERGOTTINI, G. *Diritto Costituzionale Comparato*.... p. 207. La cursiva y la traducción son mías. También el Profesor J. Ruiperez ha sostenido esto mismo en el último Congreso Iberoamericano celebrado en Tucumán, en Septiembre de 2013, en la comunicación titulada: ¿Podría aprobarse un auténtico texto constitucional para la actual Unión Europea? pendiente de publicación en un libro de actas.

⁸⁷ Cfr. MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J (2007). “Hacia un nuevo Tratado europeo: de cómo recuperar la esencia del Tratado Constitucional sin que realmente lo parezca” publicado en Internet: www.realinstitutoelcano.org.

⁸⁸ Es más, la forma en la que se llevó a cabo, es la propia, por paradójico que pueda resultar, ya que responde a los presupuestos del neoliberalismo tecnocrático, es la propia de las Constituciones soviéticas. Con la única diferencia de que aquí la iniciativa correspondió a la Comisión Europea (que es una institución que no representa al ciudadano sino el interés comunitario, según los propios Tratados de la Unión) y en las soviéticas – obviamente - al Partido Comunista, los demás elementos brillantemente expuestos por el Profesor P. Biscaretti di Ruffia, (Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*.... Pp. 449 y ss.), se dan tal cual. Así, fueron las Constituciones soviéticas las que establecieron, propiamente *el sistema de Comisión*, encargada de elaborar un proyecto de constitución que se da a conocer a la opinión pública (pues es cierto, que a través de internet los ciudadanos podían conocer el Estado de los debates e incluso enviar sugerencias por e-mail, pero que nunca sometían a referéndum, bastando simplemente, el visto bueno de la asamblea representativa (en nuestro caso actual, el Parlamento europeo y el Consejo). Como en el caso de los Tratados, que no prevén ningún límite a su reforma, también la posibilidad de la “revisión total” es una institución propia de las constituciones del este.

miembros se les está imponiendo una realidad que es totalmente ajena – por no decir contraria – a sus intereses⁸⁹.

Así pues, si no podemos hablar de Constitución en sentido material (pues falta unidad política), ni en sentido sustancial (pues no es la obra del pueblo), tampoco podemos hablar de constitución en sentido formal ni documental. El actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no prevé un procedimiento de reforma por mayoría, de tal forma que sus posibles modificaciones estarán sometidas al conseguimiento de la unanimidad. Y no lo es, tampoco, en sentido documental, puesto que junto a este Tratado continúa existiendo, el otro Tratado constitutivo (EURATOM), que a diferencia del llamado Tratado de la CECA no preveía una fecha de caducidad y, por supuesto, el Tratado de la Unión Europea.

Cuestión distinta, para el caso que nos ocupa, es el de la Gran Bretaña. Alguien puede preguntar qué ocurriría si empleásemos los mismos criterios con este país que con la UE. Pues bien, partiendo del hecho de que no es posible, en este caso, hablar – lógicamente – de constitución formal, pues falta el requisito de la *rigidez* (al menos si entendemos esta desde el punto de vista formalista de, por ejemplo, un Hugo Preuss), ni tampoco sentido documental, pues la constitución inglesa se considera conformada por varias normas que la doctrina considera de “rango constitucional” tiene sin embargo una Constitución (con mayúsculas) democrática pues, como dice el Profesor P. Biscaretti di Ruffia:

“En la Gran Bretaña consintieron, (...) adecuar progresivamente (...) las propias instituciones a las cambiantes exigencias de la sociedad británica. Haciendo así que la Gran Bretaña, siendo todavía celosísima de su tradicional monarquía parlamentaria, aparezca hoy en día dotada de un gobierno íntimamente democrático y una plena seguridad social para todos los ciudadanos”⁹⁰

Es más, porque, como afirma el Profesor G. de Vergottini⁹¹, los requisitos formales y materiales están en íntima conexión, existiendo éstos, casi se puede afirmar

⁸⁹ No hace falta ser un experto en Sociología para poder realizar, sin riesgo a equivocarme, esta afirmación. Por tres motivos: hay buenos motivos para pensar que el rechazo del pueblo francés y holandés a la constitución europea se debe a razones de carácter interno más que europeo (Cfr. PIRIS, J-C. *El Tratado Constitucional para Europa: un análisis jurídico*. Marcial Pons, Madrid, 2006 p. 55), así que su rechazo, no es un rechazo tanto a Europa como a sus gobernantes. Este hecho tiene una lectura positiva, la que mantiene el autor francés citado, pero tiene otra negativa, y es que si el rechazo fuese al contenido constitucional, al menos, reflejaría interés por la creación de una comunidad política constitucional supranacional. Creemos que la segunda lectura responde a un mejor análisis, pues, por poner un ejemplo, en un país como España donde el referéndum dio un claro resultado positivo, el barómetro del CIS de Noviembre de 2009 el 57% de los ciudadanos españoles está poco o nada interesado por los asuntos europeos.

⁹⁰ Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato...* P. 434. Traducción propia

⁹¹ Cfr. DE VERGOTTINI, G. *Diritto Costituzionale Comparato...* P. 239.

la existencia de los otros. Así pues, si los requisitos formales (de rigidez y supremacía constitucional) sirven para garantizar los elementos materiales y sustanciales constitucionales, estos valores constitucionales, profundamente enraizados – a diferencia de en Europa – en la sociedad británica, explican, por ejemplo, que la *Constitutional Act* haya sobrevivido desde 1215 a nuestros días. Desde este punto de vista es evidente que, para nosotros, la Gran Bretaña tiene Constitución, pues si el requisito indispensable es, como decimos, la rigidez, lo verdaderamente importante es que la Constitución no sea fácilmente reformable y no tanto que el procedimiento de reforma de ésta sea agravado.

Precisamente porque los requisitos formales y materiales están (o deben estar) íntimamente conectados, no se puede hablar de la *supremacía* de los Tratados respecto de las Normas Constitucionales de los Estados firmantes. En suma síntesis, podemos decir, que a este respecto existen tres posturas enfrentadas: la primera sería la postura del monismo jurídico, ya sea en su versión “radical” (Kelsen) de afirmar la primacía *en todo caso* de la norma internacional (*Grundnorm*) sobre las normas constitucionales nacionales, ya sea su vertiente moderada de afirmar la existencia de una Comunidad Internacional soberana. En el otro extremo nos encontramos con las posiciones que niegan *en todo caso* también la primacía de la normativa internacional, muy celosos de su orgullo nacional. En un plano intermedio, se situarían aquellos que como Mirkin-Guetzevitch defienden la primacía aquellas normas internacionales que favorecen el aseguramiento de la Paz. Esta postura es respetuosa tanto con el principio de soberanía popular (en tanto que se erige en garantía de su libertad) y es coherente, también, con los principios comúnmente aceptados de Derecho Internacional.

Una panorámica global nos muestra que también son muy distintas las posiciones de las Cortes Constitucionales en torno a los Tratados: una postura más celosa de la soberanía estatal parecen tener las cortes constitucionales de Latinoamérica: así por ejemplo, sólo recientemente la SCJN ha admitido la primacía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos priman sobre la ley ordinaria⁹²; y más radical aún es el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, que ha llegado incluso a

⁹² Vid. Tesis P IX/2007 XXV Abril 2007 En Semanario Judicial de la Federación 9ª época. p. 6. Para quien desee ver la evolución de la jurisprudencia en este país desde un primer pronunciamiento de 1992 Vid. LEON BASTOS, C. “Los Tratados Internacionales sobre Derecho Humanos en México: jerarquía y pauta de interpretación” en LEON BASTOS, C Y WONG MERAZ, A. *Teoría de la Constitución*.... Pp. 549-554.

recomendar la salida del Pacto de San José⁹³. En el caso específico de la Unión Europea, nos encontramos con dos tipos de posiciones, que van, desde la negación más o menos clara del principio de primacía afirmado por el TJCE (ahora TJUE), cuando se refiere a normas constitucionales, que defienden por ejemplo los Tribunales Constitucionales de Alemania (saga Solange y otras más recientes) e Italia (caso Simmenthal), a una posición más moderada como la mantenida por el Tribunal Constitucional español (que en su dictamen 1/2004 diferencia entre primacía y supremacía) o la Cámara de los Lores inglesa.

Cuestión distinta, por último, es cómo instrumentalizar esa primacía del Derecho Internacional Humanitario o Derecho Internacional de la Paz. Y en este sentido, también son dos las posturas que caben adoptar: o bien nos regimos por el *principio de subsidiariedad* (modelo europeo) de modo que, como reza por ejemplo el artículo 10.2 de la Constitución española las normas internacionales de Derechos Humanos inspiran en España las disposiciones de Derechos Fundamentales nacionales, debiendo el juez, en la medida de lo posible, interpretar las leyes en el sentido de los Tratados (o en caso de que sea imposible plantear cuestión de inconstitucionalidad), que es un sistema donde el ciudadano tiene siempre (desde la aprobación del protocolo nº 11) la posibilidad de recurrir al TEDH (cuya sentencia son obligatorias) en caso de que España viole algún principio del Tratado; o bien el sistema americano de *control de convencionalidad*⁹⁴ que consiste, en que los jueces nacionales deben *inaplicar* aquellas normas (incluso de carácter constitucional) que sean contrarias, no sólo a la letra del Pacto de San José, sino también a la interpretación de la CIDH. En el primer caso, en caso de que una STEDH, de ser llevada a cabo por el Estado miembro supusiera un quebrantamiento de su Constitución, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la

⁹³ En la Sentencia 1939, de 18 de Diciembre de 2008, además de declarar inejecutable una sentencia de la CIDH, afirma lo siguiente: “Igualmente, con base en el mismo principio y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar esta Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con el fallo objeto de la presente decisión; y el hecho de que tal actuación se fundamenta institucional y competencialmente en el aludido Tratado”

⁹⁴ En el caso Almonacid Arellanos y otros vs Chile, de 26 de Septiembre de 2006, la Corte estableció este principio de “control de convencionalidad” afirmando, literalmente: el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Vid. párr. 124); posición que fue matizada en la Sentencia Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú, de 24 de Noviembre del mismo año, pues dice, esta vez, “aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones” (Vid. párr. 128).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la modificación de su Constitución o la denuncia del Tratado. Otra diferencia es el alcance, *ad hoc* del primer modelo, y *erga homnes* del segundo.

En teoría, la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no puede entenderse nunca en sentido restrictivo de los derechos constitucionales de los Estados, como se especifica claramente en el articulado tanto de la Carta de Roma (art. 53) como del Pacto de San José (art. 29.b). Estas disposiciones no son, sin embargo, fáciles de llevar a la práctica. La razón no ha de ser – a nuestro juicio – muy difícil de comprender: en un juicio de Derechos Humanos (en los que normalmente hay dos derechos enfrentados) la interpretación más favorable de uno de los derechos (pretendida por una de las partes) resulta la más restrictiva del derecho que intentaba hacer valer la otra parte. Además, estas disposiciones tienen un alcance verdaderamente limitado dentro de un Derecho de integración como es el Derecho Comunitario. Prueba de ello es que una de las preguntas que en la primera cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ATC 86/2011) le preguntaba, entre otras cosas, si el artículo 53 de la Carta autoriza de forma general a que un Estado miembro aplique el estándar de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución cuando sea más elevado que el derivado de la Carta, y oponerlo en su caso a la aplicación de disposiciones del Derecho de la Unión. La respuesta del Tribunal fue la siguiente: “dicha interpretación del artículo 53 de la Carta menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado”⁹⁵.

I.2.2.3) Federalismo, Regionalismo y Devolution.

En materia de federalismo y forma política, de los tres “formantes” principales de la investigación comparada (legislativo, jurisprudencial y doctrinal) el menos útil de ellos es el primero, pues como ya hemos dicho, las autocalificaciones responden en no pocas ocasiones a cuestiones históricas, de “marketing político”⁹⁶ o de

⁹⁵ *Vid.*, Sentencia *Melloni*, de 26 de Febrero de 2013.

⁹⁶ Hablamos de “marketing político” porque como ha afirmado el Profesor J. Ruiperez [Cfr. RUIPEREZ ALAMILLO, J. *Entre el federalismo y el confederantismo*.... Pp. 198 y ss.] se tiende,

simple ignorancia. Por eso nosotros vamos a prestar mucha más atención al formante doctrinal (no exento tampoco, como veremos, de complicaciones), y al jurisprudencial.

Hemos citado ya en este Capítulo con las palabras de G. Jellinek acerca de cómo tuvo la Ciencia del Derecho que adaptarse para encajar dentro del tipo “Estado Federal” a las nuevas formaciones estatales (Alemania y Suiza) que estaban claramente inspiradas en la Unión americana. Y es que la Ciencia jurídica debe evolucionar ante la aparición de nuevas realidades. Por eso es necesario que los tipos sean *flexibles* y no debe la doctrina encasquillarse en viejas clasificaciones que ya no responden a una realidad comparada.

Cuando hablamos de federalismo o, más en general de forma de Estado, atender al formante doctrinal resulta, como decíamos, también difícil, pues si en el formante legislativo encontrábamos el término “federal” empleado vagamente, como señala el Profesor L. Pegoraro, en la doctrina, no sólo no hay acuerdo unánime sobre qué cosa significa “Estado Federal”, sino que, además, la doctrina española - por ejemplo - ha adoptado el término “Estado Autonómico” para referirse a su propio país, que se entendía, al momento de diseñar la Constitución, como una realidad distinta al “Estado Regional” italiano, e igualmente la doctrina inglesa habla de “*devolución*” etc. Sin embargo, si lo que vamos a hacer es una investigación comparatista, necesitamos que ¡los árboles nos dejen ver el bosque! Téngase en cuenta, además, por eso este tema difícilmente podrá estar nunca acabado, que desde 1947 y 1978 respectivamente se han producido reformas, ya que, - insistimos una vez más - los tipos evolucionan.

Nosotros proponemos, por las razones expuestas, una simple clasificación de los tipos de Estado según su forma política que distinga entre Estados Federales, por un lado, y Estados Unitarios (a los que habría que añadir aquellos con mayor o menor grado de descentralización administrativa) por otro⁹⁷. Ahora bien, y en relación con esta cuestión, hay dos formas de aproximarse al federalismo: o bien se adopta en planteamiento “estático” de Kelsen, o bien se entiende el federalismo, no como una

erróneamente, a asimilar Federalismo y Democracia, cuando lo cierto, es que si bien como decía H. Heller lo propio de las dictaduras es gobernar de modo centralizado, por lo que la descentralización no suele resultar compatible con su forma de gobierno, también lo es que mientras podemos encontrar Estados descentralizados y poco democráticos como lo fue el imperio guillermino, existen Estados democráticos con un alto grado de centralización, como Francia.

⁹⁷ Esta es, por citar sólo dos ejemplos bien representativos de la doctrina española e italiana, la metodología empleada por mi Maestro, desde que escribí, en 1994, *La Protección Constitucional de la Autonomía*. Tecnos. Madrid 1994 y de A. Reposo (Cfr. REPOSO, A. *Profili dello Stato Autonomico. Federalismo e regionalismo*. Giappichelli. Torino. 2005), aunque este los agrupa bajo el nombre “Estado Autonómico”, por entender, que la palabra “Estado descentralizado” da lugar a equívocos.

serie de instituciones, sino como *un proceso* (C. J. Friedrich)⁹⁸. Entendiéndolo así, es obvio, como señala el Profesor J. Ruiperez, que no se podrá, como hacen muchos, sostener la dicotomía Estado Federal/Estado Regional o autonómico en base a un criterio, por lo demás – a nuestro juicio – difícilmente justificable científicamente (por cuanto que estos Estados han alcanzado, en algún caso, mayores competencias que los clásicamente llamados federales) como es el de su historia política, diferenciando si tiene origen en una serie de Estados antes soberanos o en un único Estado unitario con vocación de descentralizarse (como lo eran España e Italia en 1978 y 1947 respectivamente)⁹⁹. Será menester más bien – a nuestro juicio – dividir la categoría genérica “Estado Federal” entre países de “federalismo agregativo” y “federalismo disgregativo”¹⁰⁰.

A la división entre Estados Federales y Unitarios hay que añadir, la Confederación de Estados donde, porque la soberanía pertenece a los Estados, y no a la Unión¹⁰¹, no puede considerarse – estrictamente hablando – una “forma de Estado”. No obstante, porque su conocimiento permite, por diferencias, comprender mejor el Estado Federal, la explicamos, brevemente, a continuación y con carácter previo al Estado Federal.

La Confederación de Estados es, hoy en día, un modelo histórico ya superado (hasta donde se nos alcanza, no conocemos ningún modelo de Confederación “arcaica” que exista en la actualidad) y que ha sido sustituido por lo que A. La Pégola,

⁹⁸ Cfr. por todos, LA PERGOLA, A. “Sguardo sul federalismo e i suoi dintorni (una célebre dicotomía: “stato federale -confederazione”, La Confederazione di tipo antico e moderno. L’idea europeistica di comunità). En *Diritto e Società*. 1992 (3). Pp.491-518. En concreto. 514-515.

⁹⁹. Cfr. RUIPÉREZ ALAMILLO, J. “La gran cuestión. Pp. 1031 y ss.

¹⁰⁰ Cfr., por todos DE VERGOTTINI, G. *Diritto Costituzionale Comparato*.... Pp. 391-392. Procediendo así, creemos que podemos afirmar – además - lo siguiente: siendo todos los Estados que hemos mencionado, a nuestro juicio federales, pues atendiendo a los elementos determinantes que a juicio del Profesor L. Pegoraro hay que tener en cuenta para la construcción de estos modelos (Cfr. PEGORARO, L. “El modelo de Estado en la perspectiva del Derecho comparado”, en ÁLVAREZ CONDE, E, *El futuro*... Pp. 65-81) en todos ellos hay raíces históricas que justifican la descentralización, minorías lingüísticas o étnicas, dos entes políticos diferenciados que permite distinguir un centro y una periferia, un reparto competencial de funciones (que en algunos casos es más descentralizado en aquellos países que se duda que lo sean) un nivel, mayor o menor de autonomía financiera y un sistema electoral propio. Sin embargo, mientras en los Estados federales agregativos nos encontramos a menudo un *modelo cerrado* o pacífico de descentralización (que da lugar a los que muchos llaman federalismo cooperativo), en el otro, nos encontramos, sin embargo, como por tratarse de Estados Unitarios con vocación de descentralizarse, parece que hay una pugna constante entre el centro y la periferia (lo que algunos llaman “federalismo competitivo). Y del mismo modo, en esta clasificación quedaría incluida la diferencia que algunos han establecido entre “federalismo simétrico” (los primeros) y “asimétrico” (los segundos).

¹⁰¹ Cfr., por todos, REPOSO, A. *Profili dello Stato Autonomico*.... P. 42.

calificó, refiriéndose a la Unión Europea, como “Confederación de Estados en sentido moderno”¹⁰². Es necesario conocer qué era la confederación arcaica para comprender, después, las diferencias entre este tipo antiguo y moderno de Confederación. La mejor definición – a nuestro modo de ver – de Confederación arcaica la ofrecía en su obra el Profesor de Heidelberg.

“La Confederación de Estados independientes, [es una] unión que descansa en un pacto por el que se unen los Estados con el fin de proteger el territorio de la confederación exteriormente y asegurar entre ellos la Paz interior. Puede además añadirse la prosecución de otros fines. Mediante la nota de permanencia la unión no está meramente limitada a determinados *casus foederis*, y por esto, así como la existencia de órganos permanentes, eleva la confederación sobre las formas de alianza defensiva. La federación no disminuye jurídicamente la soberanía de los Estados confederados, sino que más bien se obligan estos mutuamente con el fin de conservar su soberanía, bien sólo en común o bien a hacerlo en común, bajo determinadas circunstancias”¹⁰³

De esta definición nos interesa destacar, como ya se ha dicho, que lo que distingue el tipo Confederación de tipo Estado Federal es que “*la (con)federación no disminuye jurídicamente la soberanía de los Estados*”¹⁰⁴.

Si descendemos ahora de lo general a lo particular, encontramos que las diferencias entre ambos tipos de Confederación se centran, a nuestro juicio, en tres: el efecto directo de las normas dictadas, en virtud de sus competencias, por los órganos de la Unión (que obligan a los ciudadanos, no a los Estados), la adopción de decisiones por mayoría (cada vez también más, en el seno del Consejo) y el reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y penal (elevado ahora, a rango de Derecho originario en el Tratado de Lisboa¹⁰⁵). Estos elementos, casi la convierten, es verdad, en un Estado Federal, pero, sin ánimo de ser exhaustivos, debemos fijarnos, al menos, en otra serie de elementos (señalaremos ahora sólo los más característicos) que impiden claramente que se pueda hablar seriamente de una “Europa federal”, como hacen algunos. En primer lugar, la UE carece de Constitución en el sentido estricto que tiene en Derecho Público de norma jurídica superior, fruto de la voluntad del Poder Constituyente soberano. En

¹⁰² Cfr. LA PERGOLA, A. “Sguardo sul federalismo...”. P 500 y ss.

¹⁰³ JELLINEK, G *Teoría General del Estado...* P. 751. También, en el mismo sentido que destacamos nosotros, es decir, el de la retención de la soberanía por parte de los Estados, LA PERGOLA, A. “Sguardo sul federalismo...”. Pp. 493 y ss.

¹⁰⁴ Aunque esta cuestión no ha sido pacífica a lo largo de la Historia del concepto de Estado Federal. Pues, como señala el Profesor L. Pegoraro, (Cfr. PEGORARO, L. *La Costituzione brasiliana di 1998*. CCSDD. Bologna. 2008. P. 28) una de las tres posturas históricas en torno a este concepto, la sostenida por Calhoun en los EEUU, defendía que la soberanía permanecía en los Estados miembros. Lo que ocurre, como apunta el Profesor J. Ruipérez (Cfr. RUIPEREZ ALAMILLO, J. *Constitución y Autodeterminación*. Tecnos. Madrid. 1995. Pp. 82 y ss.) basándose en el célebre ensayo del Profesor italiano (Cfr. LA PERGOLA, A. “Sguardo sul federalismo...”. Pp. 497 y ss. es que la doctrina de Calhoun, y de su discípulo Von Seydel (que por cierto, condujo a la guerra civil), es una descripción perfecta de la Confederación de Estados, no del Estado Federal.

¹⁰⁵ Vid. Capítulos 3 y 4, (además del 5, acerca de cooperación policial) del Título V de la Tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

segundo lugar, consecuencia de lo anterior, la ciudadanía de la UE sigue sujeta a la pertenencia a un Estado Miembro, lo que demuestra que no existe *demos* europeo, por lo que podemos hablar todavía de “déficit democrático”. En tercer lugar, la ausencia de coerción (de policía y fuerza militar propia). En cuarto lugar, como se ha demostrado recientemente con la Guerra de Irak, de la capacidad de adoptar una postura exterior común.

El Estado Federal: Afirma el Profesor L. Pegoraro, que: “[en la actualidad] entra en crisis, la definición misma de “Estado Federal”, con la cual no puede definirse más un “Estado de Estados” provisto de soberanía interna y externa, sino un *ordenamiento ampliamente descentralizado*”¹⁰⁶. Y añade que – siguiendo al Profesor A. Reposo – quizás la única diferencia *cualitativa* entre Estado Federal y Regional sea, quizás, la participación de los entes federados en el proceso de revisión constitucional¹⁰⁷. Este es, por cierto, un planteamiento ampliamente aceptado por la doctrina. Sin embargo – a nuestro humilde parecer – tal afirmación, ausente de mayores matices, ignora una distinción fundamental entre revisión y destrucción de la Constitución¹⁰⁸. Lo importante es tener en cuenta que, si la razón por la que se sostiene esto, es que no parece lógico considerar Estado Federal un Estado donde desde los órganos centrales se pueda hacer desaparecer la autonomía política de los entes federados, en primer lugar, no se trataría de una simple revisión constitucional (pues es fácil comprender que una España o Italia unitarias no serían las mismas que vieron la luz tras las Constituciones de 1978 y 1947 respectivamente), y – en segundo lugar – que sólo nuestro entrañable, positivista, y esperpéntico jurista persa puede creer, en atención a la realidad jurídico-política de estos Estados, que desde Madrid y Roma se podría orquestar una modificación de la Constitución (por más que la Constitución española de

¹⁰⁶ Cfr. PEGORARO, L. *La Costituzione*....p. 30. La cursiva y la traducción son nuestras, por lo que aconsejamos confrontar el original y REPOSO, A. *óp. cit.* Pp. 41 a 49. Incluso, podría ser mejor afirmar como hace R. Blanco Valdes, que “el federalismo no existe” y que lo que queda, por tanto, es reconocer distintos tipos de federalismo allí donde encontremos una división del poder político sobre el territorio (Vid. BLANCO VALDES, R. “La Spagna, el federalismo e Godot” en *Politica del diritto*. 2006 (2) pp. 321-336.

¹⁰⁷ *Ibidem.* P. 33 y, sobre todo, REPOSO, A. *Profili dello Stato Autonomico*.... Pp. 101 y ss. en concreto 108.

¹⁰⁸ Por razones de espacio y sistematicidad, no podemos ahora detenernos en esta cuestión demasiado, y nos remitimos, con carácter general, a los siguientes trabajos: DE VEGA, P. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Tecnos. Madrid 1991. RUIPEREZ ALAMILLO, J. “Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales”. En ROURA, S Y TAJADURA, J. (dirs). *La Reforma Constitucional*. Biblioteca Nueva. Madrid 2004. NOGUEIRA ALCALÁ, H. “Consideraciones sobre el poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y práctica constitucional”. En *Revista Ius et Praxis*. Año 15 (2008). Nº 1. Pp. 229-263.

1978 prevea, en su artículo 168 la “reforma total” y la Constitución Italiana sólo haga recaer la cláusula de intangibilidad sobre la forma republicana de Estado, en su artículo 139), que implique la vuelta a un Estado unitario¹⁰⁹. Eso sí, respetando el principio de autonomía de los entes federados (de lo contrario estaríamos ante una destrucción de la Constitución) la responsabilidad de la reforma ordinaria de la Constitución que pueda suponer una alteración del reparto competencial entre los entes federados y el Estado central corresponde en última instancia a este último, por ser, como acertadamente ha argumentado el Profesor J. Ruiperez en un trabajo reciente, a él a quien debe corresponder el ejercicio de la competencia sobre la competencia¹¹⁰.

Vamos a continuación a dar una definición, teniendo en cuenta todo lo anterior, de lo que se debería entender, a nuestro juicio, y en una perspectiva comparada, por Estado Federal. Este sería, de acuerdo con la mejor doctrina: *aquel Estado que en su Constitución consagra el principio de autonomía y una distribución de competencias entre la Federación y los entes federados que viene asegurada por el principio de rigidez y supremacía constitucional*¹¹¹. Para mayor concreción, de la mano de K. Wheare¹¹² analizaremos los elementos que a menudo se consideran como configuradores del tipo “Estado federal”. Son los mismos que manejan otros expertos del federalismo de la talla de R. Watts¹¹³ y D. Elazar¹¹⁴ así como otros trabajos más recientes de autores como H-P Schneider¹¹⁵. Son los siguientes:

a) Dos niveles de gobierno, actuando cada uno de ellos directamente sobre los ciudadanos.

¹⁰⁹ Si de lo que se trata es, como afirmó ya en 1939 G. Lucatello (Cfr. LUCATELLO, G. *Lo Stato Federale...* P. 188) de que los entes federados participen del poder constituyente de la Federación, creemos, por las razones expuestas desde nuestra óptica antiformalista del Derecho, que este requisito se cumple en España e Italia.

¹¹⁰ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. *División de Competencias y Forma Territorial del Estado*. Reus. Madrid. 2012. Pp. 60-95.

¹¹¹ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. *La Constitución del Estado de las Autonomías*. Editorial Biblioteca Nueva, Madrid 2003. Pp. 228 y ss.

¹¹² Cfr., WHEARE, K. *Govern Federal*. Institut d'Estudis Autònoms. Traducció Dolors Udina. 2008. Pp. 167-196.

¹¹³ Cfr., WATTS, R.L. *Sistemas Federales Comparados*. Traducción de Esther Seijas. Marcial Pons. Madrid-Barcelona 2006. P. 106.

¹¹⁴ Cfr., ELAZAR, DJ. *Exploración del Federalismo*. Traducción de Josep M^a Sole Alseda. Hacer. Barcelona 1990. P. 201.

¹¹⁵ Cfr. SCHNEIDER, H-P. “Unitary and Federal States: Historical and Political Perspectives”. En Ferrer McGregor y Zaldivar Lelo de Lárrea, A, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho* Tomo XI. Marcial Pons. México 2008. Pp. 229-245.

b) Una división constitucional formal de poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y una asignación de ingresos y recursos entre los dos niveles de gobierno, garantizando algunas áreas de genuina autonomía para cada nivel de gobierno.

c) Disposiciones para integrar la representación de los distintos entes regionales en la elaboración de políticas de las instituciones federales, normalmente prevista a través de una forma particular de segunda cámara federal.

d) Una suprema constitución escrita no reformable unilateralmente, y que requiere para su reforma el consentimiento de la mayoría de las unidades constituidas o de sus representantes en la segunda cámara.

e) Un árbitro (en la forma de corte de justicia o previsión de referéndum) para mediar en las disputas entre los gobiernos.

f) Procedimientos e Instituciones para facilitar la colaboración intergubernamental en los ámbitos donde comparten responsabilidad gubernamental o donde las responsabilidades inevitablemente se solapan.

Esta es, hasta donde a nosotros se nos alcanza, la clasificación más habitual, todavía, entre la doctrina, aunque a nuestro juicio discutible y, de hecho, discutida. Recientemente, por ejemplo, el Profesor J. Ruiperez ha disertado sobre porqué el Senado, así como algunos otros de los elementos que habitual se incluyen como característicos del Estado Federal, no lo son en realidad, más que de los tipos específicos de Estados Unidos y Alemania¹¹⁶. Por eso algún otro académico, como el Profesor A. Reposo, propone una descripción del tipo general más simple y, a nuestro juicio, más correcta. La misma se compondría de tres elementos:

a) la existencia de distintos niveles de gobierno

b) una división de competencias en tres órdenes

c) una constitución escrita y rígida¹¹⁷.

A esta clasificación, que como decimos, entendemos más correcta, quisiéramos nosotros añadir tan sólo dos pequeños matices: a) en primer lugar, y por obvio que pueda resultar, la división de competencias deben ser legislativas, pues de lo contrario nos encontraríamos ante una mera descentralización administrativa y; b) esa distribución así como los dos niveles de gobierno deben abarcar la totalidad del Estado, porque una cosa es admitir un “federalismo asimétrico” (cuyo ejemplo paradigmático lo constituye Bélgica) y otra cosa distinta es que pueda – a nuestro juicio – considerarse

¹¹⁶ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. *División de Competencias...*Pp. 33-53.

¹¹⁷ Cfr., A. REPOSO, A. *Profili dello Stato Autonomico...*P. 91.

federales Estados en los que, como en Portugal y Gran Bretaña, se dan los requisitos mencionados respecto de unas Regiones mientras otras gozan tan sólo de una mera descentralización administrativa.

El problema que le surge al *iuscomparatista* al establecer las clasificaciones imprescindibles para realizar su labor es que otros académicos pueden no compartirlas, y establecer las suyas propias. Esto concretamente sucede, como puso de manifiesto A. La Pergola, en torno al concepto de Estado Federal. Sobre la primera de las clasificaciones que hemos ofrecido *supra*, tenemos realmente serias dudas de que todos y cada uno de esos elementos puedan ser considerados esenciales al tipo Estado federal.

Comenzando por el Senado como Cámara de Representación territorial, de la mano del Profesor J. Ruiperez, quien se basa en A. La Périgola¹¹⁸ y Ch. Durand¹¹⁹, tenemos que concluir que más que constituir, como habitualmente considera la doctrina, un elemento esencial del tipo Estado federal es un residuo contractualístico propio de la Confederación. Acertadamente, a nuestro juicio, sostiene el Profesor de la Universidad de La Coruña, que porque en el Estado federal existe un único soberano (que es el Pueblo del Estado en su conjunto) difícilmente pueden concebirse como esenciales unas Cámaras que tengan como objetivo – esta es la argumentación habitual – que las colectividades miembros recuperen parte del poder soberano que perdieron al cederlo a la federación. Es más, si como hemos dicho, es posible entender el surgimiento de un Estado federal tanto por la unión de Estados antes soberanos como por la descentralización de un Estado otrora unitario no le falta razón tampoco a nuestro autor cuando afirma que la argumentación se refuta, simplemente, porque es difícil concebir como alguien puede recuperar un poder que nunca tuvo.

En segundo lugar, la existencia de un Senado, así como el de procedimientos e instituciones que faciliten la cooperación intergubernamental (ultimo de los elementos de la lista más exhaustiva) son elementos convenientes y que facilitan el correcto funcionamiento de un Estado federal pero en modo alguno son esenciales al mismo. Estos elementos serán, en nuestra humilde opinión, más necesarios en aquellos Estados federales en los que hay un mayor número de competencias concurrentes, y menos necesarios, sin embargo, allí donde la división constitucional de competencias responde a un criterio más claro.

¹¹⁸ Cfr., LA PERGOLA, A. *Residui "contratutualistici" e struttura federale nell'ordinamento degli stati uniti*. Giuffrè. 1969. Pp. 265-289.

¹¹⁹ Cfr., DURAND, C. *Confédération d'états et état federal. Réalisations acquises et perspectives nouvelles*. Marcel Rivière et cie. Paris. 1955. Pp. 68-86.

La necesidad de que los entes descentralizados participen en el procedimiento de reforma tampoco puede considerarse una exigencia lógica y básica para la consideración de un Estado como federal. Ello porque lo esencial de un Estado Federal es, como decimos, que la autonomía de los entes descentralizados quede garantizada de modo que no pueda, mediante una reforma de la Constitución, pasarse a un Estado centralizado, y este objetivo puede conseguirse por otros medios. Además, y a los efectos que nos interesa en estas páginas, no es verdad que en todos los Estados pacíficamente reconocidos como federales reconozcan este derecho a los entes descentralizados. Lo hace, efectivamente la Constitución de los Estados Unidos (único Estado en que K. Wheare parece basarse), pero no la Constitución argentina ni austríaca.

Por último, la necesidad, o no, de la existencia de un árbitro es una cuestión un poco más compleja: lo que debe existir, insistimos una vez más, y en esto coinciden todos aquellos que se han ocupado del asunto, es una garantía jurídica de que el legislador ordinario no puede dejar sin efecto la autonomía de los entes federados¹²⁰. Esta protección jurídica de su autonomía puede llevarse a cabo, qué duda cabe, mediante el establecimiento de un Tribunal con facultades constitucionales. Donde se hace de este modo, si se trata de un Estado, como España, que ha llegado al federalismo desde una situación anterior de centralismo político y territorial, este Tribunal puede convertirse en protagonista indiscutible del proceso de descentralización. Sin embargo nosotros creemos que es más conveniente considerarlo, en todo caso, un corolario concreto de la garantía jurídica a la que antes nos referíamos, pues cualquier fórmula, establecida por el Poder Constituyente de un Estado cualquiera, que prestase de un modo razonable esta garantía, debería ser suficiente para considerarlo un Estado Federal.

En cualquier caso, y buscando el mayor consenso posible entre la doctrina, creemos que los Estados que hemos incluido en este estudio tienen todas y cada una de las características del Estado Federal según la primera clasificación. Ello es debido a que son Estados que tienen ya una cierta experiencia de descentralización política, a diferencia de otros más recientes como la ya mencionada Gran Bretaña. Porque una cosa es sostener, como venimos haciendo, que todos los elementos que figuran en las clasificaciones al uso basadas en la propuesta en el *Federal Government* de K. Wheare

¹²⁰ Esto, concretamente, lo lleva sosteniendo el Profesor J. Ruiperez desde que en 1994 escribió *La Protección Constitucional de la Autonomía*, ya citada.

no deben ser consideradas como “esenciales” al tipo “Estado Federal” y otra cosa es obviar que, junto con elementos esenciales existen otros elementos adicionales que a menudo se dan en los Estados políticamente descentralizados y que facilitan la gobernación.

Así pues, si repasamos cada una de estas características antes mencionadas:

a) se verifica en España dos niveles de gobierno, actuando directamente sobre los ciudadanos, pues como dice el Profesor M. Aragón, “[España] se trata de un Estado políticamente descentralizado, esto es, una especie singular dentro del género “Estado compuesto””¹²¹. Así pues, cada Comunidad Autónoma cuenta con un ejecutivo y un legislativo dotados de autonomía política. b) Se verifica también, como es fácil comprobar, la segunda de las características, es decir, una división formal de poderes; si bien hay un elemento problemático. Siguiendo de nuevo al ex Magistrado del Tribunal Constitucional podemos decir: “Esa descentralización política (...) ha alcanzado un nivel equiparable al máximo que sólo tienen algunos Estados Federales. La descentralización en cambio, *no alcanza al poder judicial*”¹²² [la cursiva es mía]. Efectivamente, no hay Poder Judicial en las Comunidades Autónomas, pero lo que sí hay, qué duda cabe, es división de poderes, asegurada por un estricto régimen de incompatibilidades. c) La rigidez de la Constitución española viene asegurada por el Título X, que establece un procedimiento de reforma más agravado y difícil que el previsto para las leyes ordinarias (art. 167), y un procedimiento mucho más complejo y difícil (art. 168) para algunas materias específicas. En ambos casos, y esto es lo importante, se requiere la voluntad del Senado, que, tal y como reza el artículo 69.1 CE, es *cámara de representación territorial*. d) El Tribunal Constitucional, según establece el artículo 161 CE, es el árbitro al que se refiere la primera de las clasificaciones para mediar en los conflictos que se susciten entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí. e) Existen procedimientos e instituciones de colaboración intergubernamental, formales e informales, encontrándose entre los primeros, por ejemplo, sin ir más lejos, el Fondo de compensación territorial previsto en el artículo 158 CE, y entre los segundos, de reciente creación, la Conferencia de

¹²¹ Cfr. ARAGÓN REYES, M. “La Construcción del Estado Autonomico”, en FERRER MCGREGOR Y E, Y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A *óp. cit.* Tomo XI. Marcial Pons. México 2008. Pp. 183-208. P. 199.

¹²² *Idem.*

Presidentes, a la que se invita al Presidente del gobierno¹²³. Debe tenerse presente, sin embargo, que en el momento de elaborarse la Constitución España era un Estado unitario con voluntad de descentralizarse, por lo que de alguna forma podemos decir que el federalismo se ha ido construyendo poco a poco. Por otra parte, las distintas posiciones irreconciliables acerca de la organización territorial del Estado, dieron lugar a una serie de problemas y vacilaciones que hacen de España un Estado cuyo modelo territorial es muy difícil de entender. Algunas de estas dificultades las señala el Profesor M. Aragón en el texto citado. La primera es que la descentralización general y simétrica tiene excepciones en los territorios de Ceuta y Melilla, y en algunos “hechos diferenciales”; en segundo lugar, el sistema de distribución de competencias, uno de los más difíciles de derecho comparado ha sido completado (hasta que recientemente destruido, como veremos, nos permitimos añadir nosotros) por el Tribunal Constitucional; y por último, la articulación jurídica de la estructura territorial del Estado no se contempla únicamente en la Constitución sino en los diecisiete Estatutos de Autonomía.

España si presenta, como Estado Federal o políticamente descentralizado una particularidad que no se da en ningún Estado de estas características excepto en Italia, y sólo respecto de los Estatutos de las Regiones autonomía especial. Y es la falta de autonomía plena en la elaboración de los Estatutos. Según el art. 81, 146 y 147 CE los Estatutos se aprueban por Ley Orgánica (lo cual requiere la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados) y, según el art. 116 CI los Estatutos Regionales de autonomía especial son aprobados por Ley Constitucional. En Italia, la razón parece ser el mayor halo competencial del que pueden gozar estas Regiones, mientras que en España la razón parece ser, según apunta el Profesor O. Alzaga, que los constituyentes creyeron que el proceso de elaboración de los Estatutos de Autonomía podía dar lugar a la comprensión de que eran normas paccionadas entre dos entes soberanos, y se quiso disipar las dudas al respecto otorgándoles el carácter formal de leyes estatales¹²⁴. Para este autor esto es una clara diferencia con las constituciones de los estados federados (p.

¹²³ Sobre la Conferencia de Presidentes, y en profundidad TAJADURA TEJADA, J. “La conferencia de Presidentes” en AAVV. *La cooperación intergubernamental en los Estados Compuestos*. Institut d’Estudis Autònomic. Barcelona 2006. Pp. 115-168 y también AJA, E. “La Conferencia de Presidentes en el Estado Autnómico”. En AAVV *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional (Libro Homenaje al Profesor Gurmésindo Trujillo)*. Tirant Lo Blanch. Valencia 2005. Pp. 823-840.

¹²⁴ ALZAGA VILLAMIL, O, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I, REVIRIEGO PICÓN, F, SALVADOR MARTÍNEZ, M. *Derecho Político español según la Constitución de 1978*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2011. P. 580.

ej., cita expresamente, Estados Unidos). Para nosotros, no se trata de una diferencia esencial, y por varios motivos: a) en primer lugar, porque, como él mismo reconoce, la naturaleza de ley estatal de los Estatutos de autonomía no obsta para que sean, también, normas autonómicas; b) en cualquier caso, cumplen las mismas funciones y, como veremos, sobre todo los de “segunda generación” aprobados después de 2006, que las constituciones de los Estados federados, en tanto que, según establecen, también, ambas Constituciones, son “la norma institucional básica” de cada Comunidad (art. 147 CE) y determinan la forma de gobierno, así como los principios fundamentales de organización y funcionamiento (art. 123 CI); c) ni siquiera la existencia de una constitución es esencial, y así, en otros Estados, como Bélgica, no existen, ni siquiera, constituciones de las Regiones sino que estas simplemente legislan sobre las materias atribuidas por una ley estatal aprobada con mayorías especiales¹²⁵.

Lo dicho para España – creemos – tampoco será muy difícil de verificar para el caso de Italia. Así pues, no puede haber duda de que cuenta con un Senado, que además, según reza el artículo 57 de la Constitución de 1948, “es elegido en base regional”, y que esta Cámara juega (a diferencia de España, donde el artículo 167 confiere cierta preminencia al Congreso de los Diputados en materia de reforma Constitucional) el mismo papel que la Cámara de los Diputados a la hora de aprobar una ley de reforma constitucional¹²⁶. Tampoco puede haber duda, a la vista 117 de la Carta

¹²⁵ *Vid.*, arts. 39 y 134 C.B.

¹²⁶ Nos formulamos ahora una pregunta: ¿Tienen España e Italia un Senado, entendiendo a este como una Cámara de Representación Territorial? La respuesta no es tan fácil como pudiera parecer. Por un lado, están las solemnes afirmaciones de los artículos 69.1 CE y 57 CI que parecerían conducirnos a un indudable sí. Sin embargo, la doctrina demuestra como esta afirmación resulta, cuanto menos dudosa (Para el caso de España, donde la bibliografía es cuantiosa Cfr., por todos, y sólo para una primera aproximación, CALZADA CONDE, R Y RUIPÉREZ ALAMILLO, J. “El Senado español: ¿auténtica cámara de representación territorial?”. En *Revista Jurídica de Navarra*, nº 6 (1988). Pp. 123-131. ROURA GOMEZ, S. “La reforma Constitucional del Senado en la VIII Legislatura” en ROURA GOMEZ, S, Y TAJADURA TEJADA, J. *La Reforma Constitucional...* pp. 337 a 364. Así como el número 17, monográfico, de la Revista TRC (2006). Dudas similares se presentan en Italia, donde, por ejemplo, el 20 de Febrero de 2003 se celebraba un Congreso en Roma con esta temática cuyas actas pueden consultarse en la publicación AAVV. *Un senato delle autonomie per l’Italia federale*. Edizione Scientifiche Italiane. Napoli. 2003. Lo cierto es que ambos Senados, intentan compaginar las dos modelos de Senado (como Cámara de Representación Territorial, propia de los Estados Unidos y Alemania, aunque su modo de elección y tipo de mandato sean antitéticos y como Cámara de segunda lectura, como lo es la Cámara de los Lores o el Senado de Francia y Chile entre otros), pero, de acuerdo con nuestra metodología, inspiración de C. Fiedrich, según la cuál entendemos el federalismo como un proceso, y atendemos a las últimas reformas legislativas y constitucionales en España e Italia sobre el funcionamiento y la naturaleza y representación de este órgano respectivamente (Cfr. en el caso de Italia REPOSO, A. *óp. cit.* P. 110 sobre las reformas introducidas por la Ley Constitucional 3/2001 y piénsese, en el caso de España, en la modificación en la forma de elegir a los magistrados del TC que propone este órgano, y que sea éste el foro que alberga la “Conferencia de Presidentes” (aunque no haya habido cambios formales en la Constitución)) se comprenderá porqué sí creemos que ambos Estados cumplen el

Fundamental, después de la redacción adoptada por la reforma operada con la Ley Constitucional 3/2001, que existen dos instancias políticas en la toma de decisiones y que cada una de éstas (el Estado y las Regiones) tienen delimitado un marco competencial propio que, en caso de conflicto, pueden defender delante de la Corte Constitucional (art. 134 CI, comma 3). Por último, si hemos visto que la Constitución española de 1978 establece un fondo de compensación territorial, la misma institución encontramos en el “*fondo periquativo*” regulado por el artículo 119 de la CI¹²⁷.

Pocas dudas pueden caber, entonces, de que procede la comparación entre los países seleccionados por poder ser considerados todos como “federales”. Como vemos, no sólo cumplen los tres requisitos (enunciados por el Profesor A. Reposo) que nosotros consideramos genuinamente caracterizadores del tipo Estado Federal, sino que tienen también aquellos elementos que a nuestro juicio son accesorios y que sirven simplemente para mejorar el funcionamiento del gobierno federal. Sin embargo, para los más escépticos, aún es menester que nos enfrentemos a dos últimas objeciones que a menudo se presentan para considerarlos tales. La primera de ellas es la objeción según la cual no puede considerarse federal al llamado Estado autonómico (España) y al llamado Estado Regional (Italia) por la existencia, en uno, del principio dispositivo, y en otro, de dos tipos de regiones constitucionalmente diferenciadas¹²⁸. Tampoco parece que tengan, al menos en la actualidad, fundamento alguno, pues, como señala la mejor doctrina, una vez que en España se alcanzó, en 1992, el mismo techo competencial para todas las Comunidades Autónomas, el principio dispositivo quedó sin efecto¹²⁹. En Italia la cuestión es mucho más compleja, pues tras la reforma de 2001 se da una esquizofrenia entre la teoría, según la cual las regiones de estatuto especial debían gozar de una mayor autonomía, y la práctica, en que ocurre todo lo contrario¹³⁰. Lo que ha

requisito de un Senado como Cámara de Representación Territorial; algo que quedará todavía más claro en los próximos años.

¹²⁷ Y desarrollado por la Ley 5/2009.

¹²⁸ Aquí sólo haremos un apunte, pero a quien quiera abordar esta cuestión de una manera mucho más amplia y sistemática de lo que podemos hacer ahora nosotros, le remitimos RUIPEREZ ALAMILLO, J “Estudio Preliminar”. En ROURA GOMEZ, S Y TAJADURA TEJADA, J (eds.) *Código de Derecho Constitucional Autonómico*. Biblioteca Nueva. Madrid 2004.

¹²⁹ Cfr. PÉREZ ROYO, J. “La reforma del Estado Autonómico” en FERRER MCGREGOR Y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Marcial Pons. México 2008, Tomo XI, Pp. 209-228. Concretamente. P. 226.

¹³⁰ A este respecto se puede ver un interesante artículo, titulado “Reformas Constitucionales y Descentralización de Poderes a las Autonomías Territoriales de Italia desde el punto de vista de la Teoría de la Constitución”, publicado en internet (http://www.centrodeestudiosandaluces.es/datos/factoriaideas/ponencia_reformas_constitucionales_descentralizacion.pdf).

ocurrido, es que al reformarse el reparto de competencias de tal forma que, ahora, las Regiones gozan de una facultad legislativa general sobre cualquier materia que no esté expresamente atribuida al Estado por la Constitución, se modifica por completo el significado de región de estatuto ordinario y de estatuto especial anterior a 2001 y que consistía en que mientras las primeras únicamente podían asumir las competencias que taxativamente marcaba la constitución las segundas (por eso su Estatuto era aprobado por Ley Constitucional) fijaban en el mismo su propia competencia. Además, tras la mencionada reforma, las regiones de estatuto ordinario pueden adaptarlo sin intervención (como antaño) del Parlamento nacional¹³¹. Por eso mismo la Ley 3/2001 establecía la “clausula equiparatoria” del art. 10, para extender, a las Regiones de Estatuto especial, las previsiones que incorporaba para la ordinaria¹³². A mayor abundamiento, el párrafo 3º del art. 116 ha establecido lo que la doctrina llama “regionalismo diferenciado” y que consiste, en suma síntesis, en la posibilidad, de que, mediante un pacto entre el Estado y la Región, se transfieran determinadas competencias. Como se puede apreciar, de todo ello resulta un embrollo difícil de clarificar, pero lo que parece poder afirmarse es – primero – que las diferencias entre las regiones de autonomía ordinaria y especial tienden a desaparecer (A. Ruggeri) y que, si es verdad, como sostiene el Profesor R. Scarciglia, que este “regionalismo diferenciado” está inspirado en la Constitución Española de 1978¹³³, igualmente deberá ocurrir, con el tiempo, que se consume la tendencia a la equiparación competencial de todos los entes subestatales.

Los otros Estados federales europeos que son objeto de este estudio son habitualmente considerados tales por la doctrina, quizás, porque ese es el nombre que concretamente le dan sus Constituciones, y por ello tal vez resultase innecesario exponer sus elementos definitorios de forma pormenorizada. De todos modos, en pro de una explicación sistemática pasamos brevemente a explicar los caracteres esenciales de Alemania, Austria y Bélgica.

Comenzando por el primero de ellos, diremos que, en primer lugar, que existen por supuesto dos niveles de gobierno recogidos en la Constitución, desde su

¹³¹ Cfr., sobre las repercusiones de esto CARRILLO, M. “Nota sobre la frustrada reforma constitucional italiana de 2006”. En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 19 (2007). P. 216.

¹³² Sin embargo, hay dudas de difícil solución en cuanto a temas de equilibrio entre las regiones de autonomía especial y los entes locales (Vid., a este respecto, la breve nota de D’ATENA, A. “le regioni speciali e i “loro” enti locali dopo la riforma del Titolo V”. En FERRARA, G (Dir). *Studi in onore de G. Ferrara*. Vol. 2 Giapichelli. Torino. 2005. Pp. 147-152.

¹³³ Cfr. SCARCIGLIA, R. “La forma di stato decentrato” en AAVV. *Diritto costituzionale e pubblico*. Giapichelli. Torino 2009. P. 224.

lacónico preámbulo, en donde se menciona a los 16 *Länder* que conforman la República Federal, al artículo 20 donde se prescribe la naturaleza federal del Estado. La autonomía legislativa de los *Länder* se establece en el artículo 70.1, donde se prescribe que “Los *Länder* poseen el derecho de legislar en tanto la presente Ley Fundamental no lo confiera a la Federación” y la separación de poderes, aparte de quedar asegurada en distintas disposiciones del articulado¹³⁴ como aquella que garantiza la independencia de los jueces¹³⁵ esta solemnemente afirmada en el artículo 1.3. Por otra parte, con una organización distinta – tal y como ya hemos mencionado - al modelo estadounidense, el *Bundesrat* queda configurado en Alemania como una Cámara de representación territorial, tal y como afirma el artículo 50 de la Constitución, que dice, literalmente: “Los *Länder* participarán, por medio del *Bundesrat*, en la legislación y en la administración de la Federación y en los asuntos de la Unión Europea”. Huelga también decir, que nos encontramos, como es obvio, ante una Constitución rígida como se aprecia en el artículo 79, que establece una mayoría de 2/3 en cada cámara para la aprobación de una ley que proponga la reforma constitucional. El Tribunal Constitucional Federal, según establece el artículo 93 de la Carta Magna, es el árbitro competente para solventar los litigios que se produzcan entre la Federación y los *Länder*. Por último, existen varios procedimientos de cooperación entre la Federación y los *Länder* entre los que podemos destacar, entre otros: las leyes del artículo 91.a y los convenios a los que hace referencia los artículo 91.b¹³⁶ y 91.c¹³⁷, así como la previsión del artículo 91.d¹³⁸ en lo que se refiere a la cooperación de la Federación y los *Länder* respecto de la necesaria reforma de la Administración. Existen, así mismo, al igual – como veremos – que en los demás Estados Federales, formas de cooperación informal que se manifiestan en la celebración de conferencias entre presidentes y ministros de la federación y los entes territoriales¹³⁹.

¹³⁴ Entre ellas, quizá nos interesa destacar, porque es una diferencia radical respecto de otros Estados Federales que los *Länder* tienen, tal y como reconoce el artículo 92 de la Carta Fundamental, un poder judicial propio.

¹³⁵ Vid. artículo 97.

¹³⁶ Estos artículos fueron insertados en la Constitución en 1969 (Cfr. GARCIA MORALES, M^aJ. *Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos. Estudio comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica*. McGraw Hill. Madrid 1998. P. 2. Para una relación de los convenios que se han firmado entre la federación y los *Länder* P. 300 y ss.

¹³⁷ Introducido por la recentísima reforma de 2009 (Vid. ARROYO GIL, A. “La reforma Constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* en la República Federal de Alemania” en *Revista d’estudis autonòmics i federals*. Nº 10 (abril 2010) P. 63.

¹³⁸ *Ibidem*. P. 64.

¹³⁹ Vid. SCHEFOLD, D. “Il federalismo tedesco e la sua riforma” en D’ATENA, A (Ed.). *I cantieri del federalismo in Europa*. Giuffrè. Milano 2008. P. 76.

Sobre la reforma constitucional alemana del 2006, que supuso un cambio importante en la forma de entender el federalismo, vamos a volver después en estas mismas páginas cuando más adelante abordemos el “laberinto de las competencias”. Ahora, lo que nos interesa destacar es que aunque fue esta una reforma compleja de analizar por el gran número de medidas nueva que incorporó a la Constitución y, como es lógico, los juicios sobre la misma son muy dispares¹⁴⁰. En este momento, y a los meros efectos de contextualizar el federalismo alemán plasmado en la Constitución de 1949 en la dinámica constitucional nos interesa destacar los siguientes aspectos: primero, la reducción de los supuestos de colaboración recogidos en los artículos 91.a y 91.b en la redacción que les había dado la reforma de 1969, aunque estos supuestos se han vuelto a ver ampliados en la reforma 2009 (que es ya la quincuagésima tercera desde que se aprobó la Constitución); segundo, la pérdida de importancia del Consejo de los Estados en la legislación federal, pues si antes podía bloquear en torno al 60% de las leyes federales, su poder de veto queda ahora constreñido a un 35% de las leyes¹⁴¹ lo que acrecienta el bicameralismo imperfecto que ya imperaba en la República Federal Alemana; en tercer lugar un reparto de competencias mejor definido y; por último, el derecho de participación de los *Länder* en los asuntos de su competencia se ve elevado a categoría constitucional (art. 23.6).

Austria es también un Estado Federal aunque por razones históricas¹⁴² mucho más centralizado, a pesar de la paulatina descentralización que ha conocido desde los años 70, que otros de la misma naturaleza. Con todo, encontramos también presentes todos aquellos elementos que hemos predicado de un Estado Federal: El artículo 2 de la Carta Fundamental expresa la naturaleza federal del Estado y, al igual que la Alemana, identifica cada uno de los 9 *Länder* que componen la Federación.

¹⁴⁰ Solamente en una primera aproximación podemos encontrar en la doctrina podemos encontrar desde quienes afirman que “el poder federal resulta ampliado mientras el rol del Bundesrat y de la dinámica federal disminuido” porque pone el acento, fundamentalmente, en la modificación del artículo 84.1 de la Ley Fundamental (Vid. SCHEFOLD, D. “Il federalismo tedesco...”. p. 84) a los que consideran que el objetivo fue “la simplificación de un sistema de relaciones intergubernamentales devenido demasiado complejo” y por la necesidad de adaptar el federalismo alemán a la lógica del Estado de partidos (Vid. BIFULCO, R. “La riforma costituzionale del federalismo tedesco del 2006” en D’ATENA (ed) *I cantieri*.... pp. 118-119) poniendo el acento también el acento sobre el rol que a partir de entonces juega el Consejo, otros como P. Häberle, fijándose en las reformas de los artículos 91.a y 91. b así como en el nuevo reparto competencial del artículo 72 juzgan la reforma como un desmantelamiento del federalismo cooperativo (Cfr. HÄBERLE, P. “Comparación Constitucional y Cultural de los sistemas federales” en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. nº 8 (Julio-Diciembre de 2007), p. 176.

¹⁴¹ Cfr. GRAGNANI, A. “Il nuovo ordine delle competenze legislative e la giurisdizione costituzionale sui titoli di competenza nella riforma del federalismo tedesco” en D’ATENA (ed) *óp. cit.* p. 194.

¹⁴² Nos referimos al momento de la segunda república (Vid. PALERMO, F. “Il federalismo austriaco. Un cantiere sempre aperto” en D’ATENA (ed) *I cantieri*.... Pp. 12 y ss).

Existe una división de poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial a nivel federal si bien, al igual que en España, Italia y Bélgica, los *Länder*, que tienen competencia legislativa en todas aquellas materias que la Constitución no reserva a la Federación (artículo 15) no tienen, sin embargo, un poder judicial propio¹⁴³. Aunque el bicameralismo austríaco es sumamente imperfecto¹⁴⁴ existe un *Bundesrat* o Consejo Federal en el que se encuentran representados los Estados y que, aunque de forma muy limitada, participa de la legislación federal¹⁴⁵, incluyendo el poder de veto que el artículo 44, en concordancia con el 42 de la Carta Fundamental le confiere sobre las posibles propuestas de reforma constitucional. También como en la Constitución alemana, el Tribunal Constitucional es el árbitro designado para mediar en los conflictos entre *Länder* y entre estos y la Federación¹⁴⁶. Por último, es cierto que no existen demasiados órganos e instituciones que faciliten la cooperación intergubernamental por las características antes señaladas sobre el federalismo austríaco, pero sin embargo, aunque no de carácter jurídico, se producen con carácter informal, al igual que ocurre en España, una serie de conferencias, entre las que cabe destacar la Conferencia de Presidentes que otorgan a los *Länder* un impulso e influencia notables, en la práctica, en la legislación federal¹⁴⁷. Y junto a ellas encontramos la Oficina de coordinación de los *Länder*, creada en 1951, y que funciona como una plataforma de colaboración no sólo horizontal sino también vertical desde que fue reconocida en 1966 por la Federación¹⁴⁸. Por otra parte, desde 1974 está inserta en la Constitución (artículo 15.a) la posibilidad de que los *Länder* lleven a cabo convenios con la Federación y no sólo entre ellos¹⁴⁹.

A diferencia, como hemos dicho, de Bélgica (1993), Italia (1999), y Alemania (2006) la Constitución Austríaca, que se reformó en 1999 para establecer un mecanismo de consulta (artículo 15) a nivel financiero y en 2007 con un paquete de reformas sin relevancia federal, aún está pendiente, al igual que España, de una reforma

¹⁴³ Vid. art. 82.

¹⁴⁴ Vid., por todos, PACHO BLANCO, JM. “Apuntes en torno a la realidad de las segundas cámaras en Derecho Comparado: entre una Cámara de Notables y una Cámara de Representación Territorial” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N° 104 (2002) Concretamente Pp. 462-465 y, respecto de las propuestas para su reforma, que van desde la necesidad de reformar el papel del Consejo Federal en la política federal a la sorprendente propuesta (en un Estado Federal) de eliminación de la segunda cámara SCHÄFFER, H. “La Riforma della Costituzione Federale, la riforma del Bundesrat e la partecipazione dei *Länder* alla legislazione federale” en D’ATENA (ed) *I cantieri...* y en concreto pp. 33 y ss.

¹⁴⁵ Vid. arts. 34 y ss.

¹⁴⁶ Vid. artículo 138.

¹⁴⁷ Cfr. SCHÄFFER, H. “La riforma della Costituzione Federale...”. Pp. 32-33.

¹⁴⁸ Cfr. GARCIA MORALES, M^aJ. *Convenios de Colaboración...* P. 25.

¹⁴⁹ *Ibidem*. Pp. 26-27, y para la relación de los mismos, 316 y ss.

constitucional que dote de coherencia al sistema federal. Pero en todo caso, a diferencia de la reforma en 2006 que acabamos de comentar en Alemania, las propuestas que están sobre la mesa, parecen, más bien, de profundización de la descentralización.

Seguimos el mismo esquema que nos hemos trazado y lo aplicamos – en este caso - a Bélgica: El carácter federal, desde la reforma de 1993, viene reconocido en el artículo 1 y más que de 2 niveles de gobierno podemos hablar de 3 niveles de gobierno o de dos federalismos superpuestos¹⁵⁰, y esta configuración queda asegurada por un procedimiento agravado de reforma constitucional respecto de las leyes ordinarias¹⁵¹. La Constitución establece¹⁵², al igual que la austríaca, una estricta separación de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial a nivel federal, porque a nivel regional sólo existe una separación de poderes en legislativo y ejecutivo¹⁵³, siendo todo el poder judicial competencia federal¹⁵⁴. Aunque tampoco se trata de un bicameralismo perfecto¹⁵⁵, puesto que para la aprobación de la mayoría de proyectos legislativos la Cámara de Representantes tiene prevalencia, el Senado (verdaderamente Cámara de representación territorial a la luz de la composición regulada en el artículo 67 aunque el artículo 42 establece la representatividad nacional de ambas cámaras) comparte en pie de igualdad la competencia para la reforma constitucional *ex* artículo 77.1. Se estableció, en 1983, con la adopción de las primeras medidas de carácter federal, un Tribunal de Arbitraje¹⁵⁶, ajeno al organigrama del poder judicial, competente para la resolución de conflictos entre legislaciones. La cooperación intergubernamental se ha articulado, con la peculiaridad de que se establecen mecanismos de cooperación forzada, a nivel infraconstitucional sobre todo en la Ley Especial de Reformas Institucionales de 8 de Agosto de 1980, reformada por la Ley Especial de 8 de Agosto de 1988 (que coincide con una modificación constitucional) y en algunos preceptos constitucionales, como el 167 (acerca de lo que la doctrina belga llama tratados mixtos)¹⁵⁷.

Para finalizar, un apunte sobre la “*Devolution*”, entendida como el proceso de descentralización que ha conocido Gran Bretaña en los últimos años. La doctrina

¹⁵⁰ Cfr. LEROY, M. “Il federalismo Belga” en D’ATENA (ed) *I cantieri*....P. 59.

¹⁵¹ Vid. Título VIII.

¹⁵² Vid. arts. 36 a 41.

¹⁵³ Vid. Cap. IV, del Título III de la Carta Fundamental.

¹⁵⁴ Vid. art. 40.

¹⁵⁵ Vid. artículo 78.

¹⁵⁶ Vid. Artículo 142

¹⁵⁷ Cfr. GARCÍA MORALES, M^ªJ. *Convenios de colaboración*... Pp. 35-39 y una relación de los convenios en 329 y ss.

comparatística suele caracterizarla por tres elementos, a saber: la existencia de dos entes políticos, con base territorial, y la transferencia de poderes de carácter político de uno a otro. Sin embargo, son muchas las particularidades de la Gran Bretaña: su constitución formalmente flexible y que tenga una cámara legislativa de naturaleza no democrática, la cual ejerce una suerte de justicia constitucional, entre otras, lo convierte – a nuestro juicio - en un *caso sui generis* que, sin embargo, por tratarse de la descentralización política de un Estado otrora unitario, donde hay tensiones descentralizadoras constantes, casi podríamos englobar en la categoría más amplia de Estados Federales disgregativos¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Está claro, que pensando nosotros – como hemos expuesto – que, por un lado, la clasificación más correcta entre tipos de Estado es la que simplemente distingue entre Estado Unitario y Estado Federal, entendido este último como políticamente descentralizado y, segundo, entendiendo el federalismo como un proceso (K. Fiedrich), Gran Bretaña entraría probablemente en la categoría de Estado Federal [no hace falta, para afirmar esto, tener una visión tan negativa de la devolution como el Profesor V. Bogdanor (Cfr. BOGDANOR, V. *Devolution in United Kingdom*. Oxford. 2001. Pp. 287 y ss, y en concreto 293 donde habla de un Estado quiasi-federal) para afirmar esto]. Pues resulta evidente que: primero, Escocia e Irlanda del Norte han podido establecer un Parlamento que tiene potestad legislativa sobre una serie de materias (devueltas y compartidas) estándole únicamente vetadas las materias reservadas a Westminster y las que son competencia de las instituciones europeas. Segundo, en algunos aspectos esta descentralización es muy acusada: piénsese, por ejemplo, que Escocia tiene un sistema judicial propio (que no admite apelación en el orden penal) y un sistema educativo diferenciado (Cfr. HIMSWORTH, A.M. “Devolution and its jurisdictional asymmetries” en *The Modern Law Review*. 2007. Pp. 33 y ss, y LEYLAND, P. “La devolution británica: integrazione, responsabilità e controlli” (traducción de Michelle Abrescia) en SCARCIGLIA, R (ed) *Unione europea e autonomie regionali. Prospettive per una Costituzione europea. Atti del convegno di Diritto Pubblico e Comparato. Trieste Università degli studi. 18-19 oct. 2002*. P. 93) lo que no se puede decir de otros países con los que tanto para nosotros, como para la doctrina experta en *devolution*, cabe la comparación, como son España, Italia y Bélgica (Cfr., por todos, KEATING, M. “Policy convergence and divergence in Scotland under devolution” en *Regional Studies*, 39 (2005) pp. 453-463.

Siendo ello así ¿Por qué no analizamos pormenorizadamente el caso del Reino Unido? Las razones son sencillas de comprender: Primero, en Reino Unido no existe una Constitución escrita, o mejor dicho, existe una constitución flexible. Como consecuencia de esto la autonomía de las regiones no está asegurada por el principio de supremacía y rigidez constitucional, sino por una serie de convenciones constitucionales, facilitadas además, como señala la mejor doctrina, por el hecho de que tanto en Escocia como en Londres hay un gobierno laborista. Ahora que en 2010 ha cambiado el signo de este gobierno, la evolución de la *devolution* está por ver. Porque, consecuentemente, existen sí, órganos de control de legitimidad de la legislación de las regiones pero no, hasta donde sabemos, un órgano constitucional que se erija árbitro de los conflictos centro-periferia (que no tendría sentido si “formalmente” Westminster puede cambiar la *Scotland Act* por un proceso ordinario (Cfr., para todo esto (LEYLAND, P. “Intergovernmental Relations Post-Devolution in the UK: Coordination, Cooperation and Concordats” en ALVAREZ CONDE, E, PEGORARO, L Y RINELLA, A (eds.) *Regional Councils and Devolved Forms of Government*, Clueb, Bologna, 2006. P. 176. CORNES, R. “Devolution and England: What is offer? En BAMFORTH, N AND LEYLAND, P 'Public Law in a Multi-Layered Constitution' in BAMFORTH, N y LEYLAND, P. (eds) *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford Hart Publishing, 2003. Pp. 119-121. y, sobre todo LEYLAND, P. “La Devolution britannica...” Pp. 102-106). En segundo lugar, como es sabido, en tanto que Escocia e Irlanda del Norte tienen un poder legislativo primario, podemos hablar (con las cautelas que se derivan del punto anterior) de “descentralización política” mientras que Gales y las regiones inglesas siguen teniendo una mera descentralización administrativa. Por último, aunque las regiones inglesas, al igual que ocurre en España, Italia, Méjico y Alemania buscan su legitimidad política a través de la *política social* (Cfr., por último, PARRY, R. "The Scottish Executive and the Challenges of Complex Policy-Making' *Political Quarterly* , 2003, 450-458 y TORRE, A. “Dalla devolution classica alla regionalizzazione dell Inghilterra. I Profili costituzionali”. En *Rivista di diritto pubblico comparato*

El caso de Portugal es, hasta cierto punto, y por lo que respecta estrictamente a la organización territorial del Estado, similar: la autonomía política de determinadas Regiones puede decirse que responde a una técnica federal. Pero más que de un “Estado federal”, y dado que esta organización se da sólo en algunas Regiones, y en este caso, por razones históricas evidentes, mientras que no existe en la mayoría del territorio (aunque está previsto), habría que hablar de un Estado con elementos federales o que puede evolucionar hacia un efectivo federalismo.

Por su parte, Francia, si no puede ser considerada tampoco tal, es plausible pensar que pueda evolucionar, al igual que los demás países mencionados, en este sentido¹⁵⁹.

I.2.2.4) Derechos Humanos o Derechos Fundamentales.

Somos de la opinión, por lo demás bastante difundida, de que es mejor no teorizar mucho sobre los derechos, y pasar directamente a protegerlos. Por esa razón, el objetivo de las páginas que van a seguir a este Capítulo no será tanto analizar la tipología y los caracteres de los derechos como el denunciar que, a pesar de que estos se presentan como un instrumento de legitimidad política tanto de las instancias *supra* como *infra* estatales, por una serie de razones que veremos, su eficacia y protección queda, al menos en el ámbito comunitario y regional de algunos Estados como España e Italia, muchas veces en entredicho. La razón, la adelantamos ya aquí, se debe – más en España y la UE - a la pretensión imposible de hacer efectiva la libertad garantizada por

ed europeo. 2003 (1) 121-137 donde además se afirma claramente, que la *devolution* británica comienza a tomar tintes de clara regionalización), no encontramos en aquellas, como en estas, un catálogo de derechos donde se de especial importancia a los derechos sociales.

En definitiva, teniendo en cuenta que la nuestra no es una tesis sobre el federalismo, incluir de forma rigurosa el Reino Unido en el mismo nos obligaría a realizar continuas matizaciones, aclaraciones y cautelas que confundirían al lector y oscurecerían nuestro discurso.

¹⁵⁹ Evidentemente, según nuestra metodología, se trata, sin lugar a dudas, de un Estado Unitario, sin embargo, quizás por esta razón resultado todavía más llamativo llamar la atención sobre algunos hechos: el primero, es la reforma, llevada a cabo en 2003 sobre el artículo primero de la Constitución de 1958 para reconocer la organización descentralizada del Estado y, en segundo lugar, las reivindicaciones políticas de la isla de Córcega. Sobre estas cuestiones, Cfr., sólo para una primera aproximación: GAROT, M-J. “Los procesos de regionalización en la Unión Europea. Dos casos: España e Italia”. En *IE Working Paper* del 10 de Junio de 2003 (disponible en Internet). También, para una información acerca de cómo se llevó a cabo la mencionada reforma IACOMETTI, M. “La V República francesa verso un’efectiva decentralization” En *rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*. 2003 (1) pp. 143-160. Sobre la isla de Córcega BERTOLINO, C. “Córcega, una Regione autónoma nella Francia unitaria?” en *rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*. 2002 (4) PP. 1425-1441.

unos catálogos de derechos considerablemente amplios establecidos siguiendo pautas que poco tienen que ver con procedimientos democráticos. Todo esto lo veremos con detenimiento a lo largo de este trabajo, por eso, en estas páginas introductorias, nos limitaremos a efectuar algunas precisiones conceptuales.

Hablaremos, en primer lugar, de la dicotomía entre *Derechos Humanos*, y *Derechos Fundamentales*. Uno de los defensores más señalados del empleo de este segundo término, por resultar más actual¹⁶⁰, menos *iusnaturalista*, menos filosófico es, el Profesor G. Peces-Barba¹⁶¹. Ahora bien, debemos señalar inmediatamente que la misma expresión toma un cariz diferente en España que, por ejemplo, en la Carta de Niza de 2000. Esto es así, porque la Carta de Niza, cuyo título exacto es “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” lo que hace es recoger un extenso catálogo de derechos, agrupados en distintas seis categorías distintas (Libertad, Dignidades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía y Justicia) que gozan todos en el seno de la Unión, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 51.2 de dicho texto, de la misma protección, tal y como ocurre, por ejemplo en la Constitución de Alemania, que recoge en sus artículos 1 a 19 una serie de “Derechos básicos” que gozan todos de la misma protección. Cosa distinta ocurre, como es sabido, en España, donde el Constituyente quiso al rotular con la expresión “Derechos Fundamentales y Libertades Públicas” dotar a estos derechos, comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, y, de acuerdo al art. 53 CE, los art. 14 y 30.2CE, de una protección mayor, concedida por el procedimiento de amparo ante los tribunales ordinarios (que será de tramitación preferente) y, en su caso, ante el Tribunal Constitucional. La Sección segunda, con el título “De los derechos y deberes de los ciudadanos”, no gozaría de esta protección preferente, mientras que, el capítulo III del mismo Título, bajo el nombre “De los Principios rectores de la política social y económica” no son ejercitables ante los Tribunales aunque tampoco puedan asimilarse, de acuerdo con la mejor doctrina, a meras *normas programáticas*¹⁶². Ahora bien, hay que hacer notar que

¹⁶⁰ Ciertamente, como señala la Profesora J. Delgado, la utilización de la categoría “Derechos Fundamentales” es una categoría reciente propia de Constituciones modernas como España y Portugal, latinoamericanas, - añadimos nosotros, por influencia seguramente de la primera- y de los países del este tras la caída del muro de Berlín (Cfr. PEGORARO, L Y DELGADO, J. “Derechos «fundamentales»: consideraciones sobre la elaboración del concepto y su implicación positiva en el contexto del constitucionalismo contemporáneo”, en *Revista Derecho del Estado*, n. 10 (2001), pp. 41-52. Epígrafe 4.

¹⁶¹ Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de Derechos Fundamentales*. Universidad Carlos III. Madrid 1999. P. 37.

¹⁶² GUTIERREZ GUTIERREZ, I. (coord.). *Elementos de Derecho Constitucional español*. Marcial Pons. Madrid. 2014. Pp. 367 y ss.

este tipo de textos constitucionales donde el adjetivo “fundamentales” implica una mayor protección de unos derechos frente a otros, se debe a una opción tomada conscientemente por el Constituyente de un Estado concreto probablemente de acuerdo con las circunstancias históricas y sociales, de incluir, como en el caso de España, derechos de primera, segunda, y tercera generación¹⁶³. Es decir, que no cabe de hablar *universalismo* alguno en los Derechos Fundamentales¹⁶⁴. En Latinoamérica existe una tendencia, en las nuevas constituciones de Venezuela Bolivia y Ecuador, a la superación de la doctrina de las normas programáticas incluidas en los textos constitucionales¹⁶⁵; y así, los nuevos textos constitucionales de Venezuela (1999), Ecuador (2008), y Bolivia (2009) incorporan extensos catálogos de derechos que convierten a sus Constituciones en normas muy extensas con derechos de todo tipo que en principio tienen todos el mismo rango constitucional y, por tanto, la misma protección. Incluso, se otorga acción judicial a cualquier persona para poder instar la protección de los llamados “derechos difusos” La realidad de esta idea tan sugerente está todavía por constatar. En un orden de consideraciones político-constitucionales, no nos resistimos a mostrar nuestro escepticismo ante esta posibilidad, sobre todo, teniendo en cuenta el cariz populista que están tomando los gobiernos de estos países, y sus consecuencias democráticas.

En Europa se llega a una situación similar pero por otros caminos: las Constituciones siguen manteniendo los catálogos tradicionales de derechos, pero se

¹⁶³ Cfr. PEGORARO, L Y DELGADO, J. “Derechos «fundamentales»... epígrafe 5.

¹⁶⁴ *Ibidem*. p. 42. Allí dice el Profesor L. Pegoraro: “Si, en efecto, existe una materia en la cual las pretensiones de universalidad y criterio absoluto han demostrado ser infundadas, fuera de las consideraciones de la retórica iusnaturalísticas y de las reivindicaciones eurocentristas (sic) desde la Declaración de 1789 en adelante, ésta es verdaderamente la materia de derechos. Confirma la historia (sic), en efecto, que los derechos inmutables y eternos consagrados en los textos constitucionales, en sus preámbulos, y justamente en las Declaraciones, han sido objeto de continuas revisiones y actualizaciones”.

Es más, el mismo autor, en su trabajo “Metodología y modelos por una investigación sobre derechos fundamentales (con especial referencia a las transiciones constitucionales)”, en AA.VV., *Ponencias Desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Adrus, Arequipa, 2008, pp. 3-19 (Traducción de Cecilia Rosado Villaverde y Sabrina Ragone) afirma que los derechos no son únicamente lo que la Constitución y las leyes dicen, sino que los Tribunales Constitucionales juegan también un papel importante y, en definitiva, que los derechos son siempre “*hijos de la cultura*” (la cursiva es mía).

¹⁶⁵ Vid. Sentencia nº 51 de la Sala Electoral del TSJ de Venezuela de 19/05/2000. Pero debemos volver a insistir, dada la enorme extensión de los catálogos de derechos de estas nuevas constituciones, en la idea del *marketing*. ¿Se va a otorgar una vivienda digna a todo ecuatoriano que no tenga los medios para proporcionarse una (art. 375)? No parece que ninguna economía estatal, mucho menos las débiles economías latinoamericanas puedan permitirse ese ideal. [Vid. Actas de las Jornadas sobre Nuevas Tendencias en el Constitucionalismo de América Latina celebradas en México D.F el 18, 19 y 20 de Marzo de 2009, (Cfr. CARBONELL, M Y CARPIZO, J. *Nuevas Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*. IJ-UNAM. México 2009. o, si se prefiere, la crónica de las mismas en FONDEVILA MARON, M. “Crónica del Seminario nuevas tendencias del Constitucionalismo en América Latina” en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade de A Coruña*. nº 13 (2009). Pp. 1039-1048].

produce igualmente una inflación por su reconocimiento en normas de carácter supra e infra estatal. Ya hemos mencionado la Carta de Niza por un lado, y por otro tenemos las declaraciones de derechos de los Estatutos de Autonomía de España e Italia, así como las Constituciones de los *Länder* alemanes. También en México, a partir de la constitución veracruzana del año 2000 muchas constituciones estatales han establecido derechos y tribunales para su efectiva protección. En Suiza, por el contrario, eran las constituciones cantonales las que tenían un amplio catálogo de derechos y no fue hasta 1999 que la Constitución federal adoptó uno. Y el problema reside en que por paradójico que pueda resultar, esto no se transforma en un mayor nivel de protección para el ciudadano, sino que, al contrario, está conllevando, como apunta el Profesor S. Sánchez González, *una crisis del concepto mismo de derecho*, agudizada en buena medida como consecuencia de la globalización¹⁶⁶.

Como vamos a volver sobre ello, y con más profundidad, en páginas sucesivas de este trabajo, lo importante ahora es retener la idea, en segundo lugar, de que, porque como decimos, no hay universalismo alguno predicable acerca de los Derechos Fundamentales, consecuencia lógico de ello será, también, que *los derechos sociales, así como los derechos llamados de cuarta generación no son, en esencia, ni más ni menos fundamentales que cualquier otro*. Ahora bien, si esto es así, no es menos cierto que declaraciones de derechos amplísimas, todos del mismo rango, puede dar lugar, aunque sea por razones más políticas que jurídicas, a efectos no deseados. Por ejemplo, al analizar la Carta de Niza, ponía el Profesor A. Cantaro el acento sobre esta cuestión, llegando a la conclusión que este hecho provoca que sea difícil establecer una gradación entre los derechos, y por lo tanto una correcta ponderación judicial¹⁶⁷. Pero ello, en nuestra humilde opinión, se debe más al hecho de que, siendo los derechos sociales, habitualmente, considerados como dignos de menor protección, unos catálogos amplios de derechos, que sin distinciones junten unos y otros, corren el riesgo de ser considerados, todos ellos, en bloque, recomendaciones al legislador en lugar de derechos propiamente dichos. Es lo que ha pasado, como veremos en el próximo Capítulo, con los derechos de los Estatutos regionales italianos. No negamos, por supuesto, la doctrina internacional – pues se deduce de la Declaración Universal de

¹⁶⁶ Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. “¿Todavía más derechos? ¿De qué derechos hablamos?” En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 25 (primer semestre 2010). P. 304.

¹⁶⁷ Cfr. CANTARO, A. *Europa Soberana. La Constitución de la Unión entre guerra y derechos*. El Viejo Topo. Barcelona 2006. P. 136.

Derechos Humanos de 1948 - de la “indivisibilidad” de los derechos sociales¹⁶⁸, pero nadie puede negar, incluso los que sostenemos la judicialidad de los derechos sociales, que no rigen las mismas reglas en su protección. Que una Constitución, o un texto estatutario, establezcan, por ejemplo, “el derecho a una vivienda digna”, no puede dar lugar a que el Estado o poder público regional le proporcione a todo ciudadano, por el mero hecho de serlo, una vivienda en propiedad, aunque tampoco sea admisible reducir la expresión a la mera retórica¹⁶⁹. A este respecto, el Profesor G. Pisarello indica que, si bien no cabe pedir imposibles, los órganos políticos contra los que se dirigiese una acción judicial deberían demostrar: a) que están empleando el máximo de sus esfuerzos y hasta el máximo de sus recursos para satisfacer los derechos en cuestión; b) que están recogiendo y difundiendo información suficiente acerca de las necesidades existentes; c) que están supervisando el cumplimiento de los planes existentes y formulando planes futuros; d) que tanto unos como otros prevén soluciones, de corto, medio y largo plazo para los grupos más necesitados”¹⁷⁰. Por eso, esto no quiere decir, ni mucho menos, que los derechos civiles y políticos deban tener, en nuestra opinión, un rango mayor que los derechos sociales o viceversa: y ello, por la sencilla razón, de que la distinción misma entre derechos civiles y políticos por un lado y derechos sociales, por otro, obedece, sí, a un criterio histórico de cuando estos aparecieron en los textos constitucionales y otras declaraciones, y también en cierto modo, a una temática. Todos los juristas entendemos perfectamente cuales son las libertades civiles (expresión, libre circulación, integridad física, religión etc.), cuales son los derechos políticos (manifestación, reunión, sufragio etc.) y cuales, por último, los derechos sociales (educación, protección de la salud, vivienda digna etc.). Pero más allá de estas consideraciones generales, la pretendida distinción entre derechos de libertad y derechos sociales no supera un examen estricto de filosofía analítica¹⁷¹. Por otro lado, a nadie puede extrañar esto, pues aunque los

¹⁶⁸ Cfr., por todos, ESCOBAR ROCA, G. “Indivisibilidad y Derechos Sociales: De la Declaración Universal a la Constitución”. En TEROL BECERRA, M. y JIMENA QUESADA, L. *Tratado sobre protección de Derechos Sociales*. Tirant. Lo Blanch. Valencia. 2014. Pp. 75- 87.

¹⁶⁹ En contra: RUIZ RICO, G. “Derechos sociales y reforma de los estatutos de autonomía: El derecho a la vivienda” En *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*. Nº 2 (2006). Pp. 74-95.

¹⁷⁰ Cfr., PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Trotta. Madrid 2007. P. 102.

¹⁷¹ Como demuestra, en un brillante trabajo, el Profesor E. Diciotti. (Cfr. DICCIOTTI, E. “Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analítica”. En *quaderni costituzionali*. nº 4 (Diciembre 2004). Pp. 733 a 762. En concreto demuestra, en primer lugar, que no es posible sostener que todos los derechos de libertad se correspondan (como a menudo se cree) a prestaciones negativas y los derechos sociales exclusivamente a prestaciones positivas (Pp. 739 y 744); tampoco es cierto, como afirma este Profesor, en contra también de una opinión bastante generalizada,

derechos sociales tienen un origen histórico claro, – de sobra es conocido por todos que aunque aparecen por primera vez en la Constitución de 1793 para desaparecer de la escena política hasta la Constitución mexicana de 1917, y muy especialmente, la llamada Constitución de Weimar de 1919 – como demuestra el Profesor G. Peces-Barba, en el sustrato filosófico-jurídico de los derechos, que tiene su raíz en la Grecia clásica, y cobra forma durante el renacimiento, no existía una antítesis entre uno y otro tipo de libertades, formando ambas una unidad; situación que se mantendrá hasta el momento en que A. Smith publica, en 1776, su célebre obra sobre la riqueza de las naciones¹⁷².

Recordar estas dos ideas nos permitirá entender mejor el tema de los derechos cuando los estudiamos en el marco de Estados federales o políticamente descentralizados. Pues, porque los derechos no tienen un *valor natural* que dote a cualquier norma, ya sea una Constitución, Tratado Internacional, Estatuto de Autonomía, o Reglamento Municipal de un rango superior al que formalmente tiene, los derechos reconocidos en normas, tanto de rango supra, como infra estatal deberán ser juzgados a la luz del reparto de poder entre las distintas esferas políticas¹⁷³. Solo así se comprenderá, por ejemplo, la disposición del artículo 51.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se reproduce en los nuevos Estatutos de Autonomía aprobados en España¹⁷⁴.

Al margen de la juridicidad o no de los derechos sociales, también veremos en las próximas páginas que podemos encontrar, en perspectiva comparada, dos modelos de protección de derechos: El modelo estadounidense, que la doctrina ha denominado *nuevo federalismo judicial* que consistiría, en suma síntesis, en el entendimiento de que los derechos en la Constitución federal, así como la interpretación que el Tribunal Supremo hace de los mismos reconocen un mínimo de protección que puede ser ampliado por los catálogos de derechos y las cortes supremas de los

que los derechos de libertad se concedan a todas las personas en general mientras los derechos sociales a los ciudadanos, y para afirmar ello se basa en varios ejemplos de la Constitución italiana (p. 745); ni lo es tampoco, como afirman algunos, que los derechos sociales estén siempre en conflicto con el libre mercado mientras que los derechos de libertad o lo desarrollen o no se sientan afectados por él, y ello (también con base a numerosos ejemplos de la Constitución italiana) porque muchos derechos de libertad requieren una apropiada limitación del libre mercado (p. 753).

¹⁷² Cfr. PECES-BARBA, G. “Diritti sociali: origine e concetto”. En *Sociología del Diritto*. Nº 1 (2000) Traducción del castellano por Andrea Greppi. Pp. 33 a 50. Concretamente 33 a 41. Para quien desee ampliar esta idea, le remito, con carácter general, a la monografía breve del Profesor Ruiperez, *Libertad Civil e Ideología Democrática...*

¹⁷³ A este respecto Cfr. PEGORARO, L, “Metodología y modelos....” Epígrafe 5.

¹⁷⁴ Vid. 37.4 EAC, 13.3 EAIB, 13 EAA, 6.3 EAAR, y 8.3 EAEL.

Estados¹⁷⁵. Hay que destacar que, como afirma el Profesor D. Barceló en el trabajo ahora citado, este sistema de protección de derechos no se encuentra establecido en las normas constitucionales, sino que ha sido fruto de una postura adoptada por parte de la jurisprudencia y la doctrina a partir de los años setenta del siglo pasado. Y El modelo alemán, que es un poco diferente: téngase en cuenta que, a diferencia de los Estados Unidos (de control difuso de constitucionalidad, y por tanto, de protección de Derechos Fundamentales), la cultura jurídica alemana sigue el modelo austríaco de control concentrado de constitucionalidad por parte de un Tribunal Constitucional, y la protección de los Derechos Fundamentales se hace, entonces, mediante un procedimiento de amparo ante estos tribunales. Como en los Estados Unidos, el redescubrimiento del constitucionalismo estatal es también reciente, y buena parte de culpa lo tiene la saturación sufrida por el Tribunal Federal desde el aumento de casos tras la reunificación¹⁷⁶ (lo que por cierto, podría ser una buena lección para España, ya que nuestro Tribunal Constitucional emplea unos 10 años en la resolución de amparos). En síntesis, el modelo alemán de protección de Derechos Fundamentales de los *Länder* se basa en la existencia de un catálogo de derechos en las constituciones estatales, la existencia de un Tribunal Constitucional del *Länder* y un procedimiento de amparo ante el mismo¹⁷⁷. Debe hacerse notar que el sistema no es, sin embargo, uniforme, pues ni todos los *Länder* tienen un Tribunal Constitucional propio (no lo tiene *Schewing-Holstein*), ni tampoco todos (como Bremen) los que tienen un Tribunal Constitucional, tienen un procedimiento de amparo previsto para el mismo¹⁷⁸. En el sistema general de protección de derechos que hemos descrito se plantea la posibilidad de un amparo *alternativo* entre el Tribunal Constitucional Federal o estatal; y aquí encontramos también una excepción, como *Saarland*, en donde su amparo tiene carácter

¹⁷⁵ Cfr., a este respecto TARR, A. *Comprendiendo las Constituciones estatales*. Traducción de Daniel Barceló Rojas. IJ-UNAM. México 2009. Pp. 245 y ss. Y BARCELO ROJAS, D. *Introducción al Derecho Constitucional estatal estadounidense*. IJ-UNAM. México 2005. Pp. 75 y ss. También, CASTELLÁ ANDREU, JM. “Constituciones estatales y declaraciones de derechos en el federalismo americano” En GAVARA DE CARA, J.C (ed) *Los Derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*. Bosch. Barcelona 2010. Pp. 215 y ss. En concreto, 222 a 225.

¹⁷⁶ Cfr. DOMÉNECH PASCUAL, G. “El Desarrollo Jurisprudencial de los Derechos Jurisprudenciales contenidos en las Constituciones de los Länder alemanes” En GAVARA DE CARA, J.C (ed) *Los Derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*. Bosch. Barcelona 2010. Pp. 187 y 189.

¹⁷⁷ Cfr. GAVARA DE CARA, J.C. “Los Derechos Fundamentales en las Constituciones de los Länder”. En GAVARA DE CARA, J.C (ed) *Los Derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*. Bosch. Barcelona 2010. P. 161.

¹⁷⁸ *Ibidem*. pp. 163 y 164.

subsidiario¹⁷⁹. Dado que la Ley Fundamental de Bonn no recoge expresamente derechos sociales, muchos Länder, sobre todo los anteriores a la aprobación de la LFB (por influencia de la Constitución de Weimar) y los posteriores se han centrado en la protección de estos derechos. Por lo demás, algunos, pero no todos, los Länder recogen los derechos ya recogidos a nivel federal¹⁸⁰. En estos casos, la regla que se establece es simple: la Constitución Federal y las leyes que desarrollan los derechos básicos que la misma contempla, *priman* sobre las constituciones de los *Länder*, que no podrán, en ningún caso, dar una protección menor, pero sí igual o mayor que la prevista a nivel federal¹⁸¹ (por lo que nos encontramos aquí también con la problemática que hemos abordado páginas atrás).

En el próximo Capítulo veremos cómo los modelos de protección de Derechos Fundamentales, a nivel distinto del estatal, en países como España Italia México o Argentina, así como la propia Unión Europea, se inspiran más o menos en estos modelos de referencia.

I.3) (Micro-comparación) Notas sobre las particularidades de cada Estado. El papel de las cortes constitucionales.

Los aspectos micro-comparativos, es decir, las particularidades legislativas y la jurisprudencia sobre las mismas en los distintos Estados que nos hemos propuesto estudiar se desarrollarán en las páginas correspondientes de esta tesis, pues se tratan de los aspectos siempre más arduos, que exigen un mayor esfuerzo de comprensión y profundización. Sin embargo, a fin de no dejar este epígrafe “sin contenido” y para ir introduciendo las cuestiones que se desarrollaran en su lugar oportuno hacemos ahora unas más que sucintas acotaciones sobre los aspectos particulares de cada Estado que más problemáticos resultan.

Comenzamos por el primero de los cuatro pilares de nuestro trabajo: la soberanía: La palabra soberanía aparece en el artículo 24 de la Constitución alemana, para hacer referencia a que la Federación transfiere a la Comunidad Internacional

¹⁷⁹ *Ibidem.* p. 165.

¹⁸⁰ *Ibidem.* pp. 162 y 176.

¹⁸¹ *Ibidem.* pp. 175 a 180.

poderes soberanos y consiente en la limitación de su soberanía. Esta disposición es equiparable a la famosa contenida en el artículo 11 de la Constitución italiana, y a nuestro juicio, merecen ambas la misma interpretación. Afirma el Profesor A. Caese, sobre ese artículo de la Constitución de su país, que la expresión limitación de la soberanía no puede entenderse en un sentido técnico¹⁸². Más técnica en ese sentido, es la Constitución española, que en su artículo 93 habla de cesión de “competencias derivadas de la Constitución”. Una vez más – no nos cansaremos de insistir sobre ello – vemos como en las Constituciones, que son normas jurídicas superiores, las consideraciones de carácter político, fruto de momentos históricos determinados (no olvidemos en qué condiciones se aprobaron las Constituciones de los dos Estados perdedores en la II Guerra Mundial), complican la labor del investigador que quiere trabajar estrictamente apegado a la letra de la norma.

Sobre el término Constitución no haremos ninguna consideración, pues las razones por la que uno de nuestros elementos de estudio (la UE) no tiene Constitución ya han sido tratadas, y los otros cinco elementos de nuestro estudio tienen una Constitución del tipo liberal-democrática. Respecto a los Tratados Internacionales ya hemos visto que en Italia, Alemania y España se intentan adoptar distintas posiciones de compromiso para lograr un equilibrio entre Constitución y Tratados, mientras, y ello resulta llamativo, en México, así como en otros países latinoamericanos sólo recientemente la CSJN ha reconocido a los Tratados un rango superior al de la Ley, conforme a una nueva interpretación del artículo 133 de su Norma Fundamental¹⁸³. Que los mismos tienen un rango inferior a la Constitución, ni se plantea.

Por cuanto se refiere a las características particulares de los Estados que afectan a su naturaleza federal, aquí procede únicamente llamar la atención sobre un aspecto que diferencian a España de los otros cuatro Estado estudiados: Se trata de la clausula de supletoriedad española, realmente *sui generis*. Así, si en Estados Unidos, Alemania, México, y (después de 2001) Italia, sus Constituciones enumeran qué materias corresponden al Estado, tanto de forme exclusiva como de manera compartida con los entes federados, estableciendo además que lo no mencionado en la Constitución es competencia de los entes federados; en España se afirma, primero, que lo no atribuida podrá ser asumido por las Comunidades Autónomas en sus respectivos estatutos, y,

¹⁸² Cfr. CAESE, A. “Art. 11”. In BRANCA, G (ed). *Principi fondamentali. Arts. 1-12*. Zanichelli. Bologna 1975. Pp. 577 y ss.

¹⁸³ Vid. Tesis IX/2007 (Aislada) del Pleno. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXV Abril 2007. P. 6. Nótese que todavía no es jurisprudencia sino sólo una tesis aislada...

segundo, qué sólo cuando estas tampoco lo hagan, y no sea una competencia exclusiva de las Comunidades, se hará cargo el Estado¹⁸⁴. La paradoja surge cuando ponemos en relación esta disposición con la prevista en el artículo 147.3 de que los Estatutos sean aprobados mediante Ley Orgánica, de igual modo que aún ocurre en Italia con las regiones de autonomía especial, que como vimos deben aprobarse por Ley Constitucional. Como es sabido, en EEUU (“doctrina filadelfia”), Alemania, y México, los Estados son libres de darse, siempre respetando el Pacto Federal, sus propias Constituciones.

Por último, sobre los Derechos Humanos, tan sólo una brevísima consideración: A diferencia de las Constituciones alemanas y estadounidense, las Constituciones mexicana, española e italiana sí contenían (si bien, en algún caso, como norma programática) en su texto los derechos sociales. Las razones por las que, habiendo querido imitar el sistema de protección de derechos regionales de Estados Unidos (en el caso de México) y Alemania (caso de Italia y España) no se consiguió, se debe a la trasposición parcial de instituciones, ignorando otras, o a no haber calibrado el efecto de instituciones propias. Así, en el caso de México, que como los Estados Unidos tiene en cada Estado TSJ que son la cúspide del poder judicial estatal de cada uno de los estados, no se valoró sin embargo, que la Ley de Amparo establecía un elemento de “concentración” del control de constitucionalidad, teóricamente difuso, a favor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que iba a provocar problemas para el otorgamiento de amparo por los tribunales superiores. En el caso de España (así como en Italia), ni siquiera hay, señalaba el Profesor S. Roura “tribunales estatutarios”¹⁸⁵ que pudieran proteger a los particulares de violaciones contra los derechos. Téngase en cuenta que en ambos Estados, y a diferencia de Alemania, el Poder Judicial es unitario y federal¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Vid. art. 149.3 CE

¹⁸⁵ Vid., ROURA GÓMEZ, S. *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978 el Tribunal Constitucional y las Comunidades Autónomas*. Biblioteca Nueva. Madrid 2003. Pp. 188-200. Sin embargo, el Profesor de la Universidad de la Coruña parte de lo que su Maestro y el mío había dicho en 1994, criticando el sistema de justicia constitucional que, a su juicio copia sólo parcialmente el modelo alemán, e impide que las minorías regionales interpongan recursos de inconstitucionalidad, no sólo frente a normas del poder central, lo cual puede ser más o menos admisible, sino incluso contra las propias normas autonómicas. [Cfr. RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *La protección...* pp. 155 y ss.

¹⁸⁶ Como curiosidad, sobre el hecho de la naturaleza de los TSJ de las Comunidades Autónomas. Cfr. FERREIRO BAHAMONDE, X. “As competencias da Comunidade Autónoma de Galiza na denominada “Materia de Xustiza”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* nº 4 (2000), Pp. 167-195.

Por supuesto, las consecuencias de todos estos elementos que aquí hemos simplemente enunciado son el hilo de nuestro trabajo y se irán analizando pormenorizadamente en las siguientes páginas.

I.4) Conclusiones preliminares.

El objetivo de este Capítulo era simplemente hacer una introducción a todos los elementos que van a ir surgiendo a lo largo de las siguientes páginas, definiéndolos y, en algún caso, clasificándolos en torno a las distintas concepciones que sobre ellos mantienen los legisladores, jueces, y la doctrina comparada. Nuestro tema nos obligaba a hacerlo así, pues sobre ninguno de los conceptos clave que manejamos existe una convención común entre los Profesores de Derecho Constitucional sobre su definición y elementos característicos.

Los interrogantes que esperamos haber suscitado al lector se irán, lógicamente, respondiendo a lo largo de las siguientes páginas y nos conformamos ahora con que se hayan retenido las siguientes ideas:

Primero, que las Ciencias Sociales, y en particular la Teoría del Estado no puede permanecer, durante décadas o siglos, ancladas en viejas categorías dogmáticas, pues es muy posible, que por un lado el *thymos* de los políticos y gobernantes, y los anhelos de los Pueblos de un mayor grado de libertad por otro, hayan modificado la realidad volviendo a estas categorías obsoletas. Esto ocurre especialmente en un mundo globalizado, donde a menudo las instituciones más reputadas de un Estado son imitadas por otros Estados. En estos casos el jurista comparatista debe afinar su perspicacia para poder distinguir cuando nos encontramos ante la aparición de un nuevo tipo particular que se encuadra en un más amplio tipo general y cuando la imitación no supera el más simple examen analítico.

Segundo, la necesidad de un estudio histórico, filosófico, y jurídico sobre la soberanía, pues este es un concepto imprescindible para una Teoría del Estado y un Derecho Constitucional que pretenden ser axiológicos. La dificultad de tal estudio deriva del hecho de que hunde sus raíces en la antigüedad, y a lo largo de más de veinte siglos de historia su concepción moderna es fruto de distintas influencias que han servido para adaptar aquella soberanía que se ejercitaba por unos cientos de habitantes en las ciudades griegas, a los masivos Estado Nación actuales.

Tercero, que una noción científicamente asumible de soberanía es clave para construir una teoría constitucional tanto de la Constitución como del Estado Federal. Así si la soberanía emana del pueblo que la deposita en unos representantes legítimos encargados de plasmarla en un documento solemne, hablaremos de una Constitución democrática. Cuando la pretendida constitución no garantice este principio sólo podremos emplear este término en sentido impropio o semántico. Por otro lado, la diferencia, tan poco conocida, entre Federación y Confederación se basa en si la soberanía emana de un único Pueblo Federal, o sigue perteneciendo al Pueblo de los Estados miembros.

Cuarto, y último, que los Derechos Humanos, los Derechos Fundamentales, o simplemente los derechos (entre los que no es posible, científicamente hablando, hacer mayores distinciones que impliquen la primacía de unas categorías sobre otras) sólo cobran verdadera entidad cuando son positivizados en Textos Fundamentales por el cauce de mecanismos democráticos. Porque la Libertad tampoco admite, en rigor, mayores dicotomías (como a menudo se hace, entre positiva y negativa).

Capítulo II: Los tipos de Estados políticamente descentralizados.

“Y sin embargo, se mueve”

Galileo Galilei.

II.1 Introducción.

El estudio del federalismo es, como ya hemos indicado, el estudio de una realidad política, jurídica y social en constante evolución. Por esta razón a la hora de estudiar, en este capítulo, los Estados Políticamente descentralizados que forman parte de la Unión Europea, tenemos muy presente los hechos que han tenido lugar la década pasada y los retos que hemos de afrontar en la presente. Como es sabido, España ha conocido un proceso de modificaciones estatutarias posibilitadas por el cambio de política estatal tras las elecciones de marzo de 2004, cuando llegó al Poder Jose Luis Rodríguez Zapatero. El primer Estatuto en ser reformado fue el de la Comunidad Valenciana (L.O 1/2006 de 10 de Abril), al que siguió el Estatuto de Autonomía de Cataluña (L.O 6/2006, de 19 de Julio), el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (L.O 1/2007 de 28 de Febrero), el Estatuto de Autonomía de Andalucía (L.O 2/2007 de 19 de Marzo), el Estatuto de Autonomía de Aragón (L.O 5/2007 de 20 de Abril) y finalmente el Estatuto de la Comunidad Autónoma de Castilla-León (L.O 14/2007 de 30 de Noviembre)¹.

De ellos destaca el Estatuto de Autonomía de Cataluña, por la transcendencia política que tuvo tanto su aprobación como el posterior proceso de impugnación de gran parte de su articulado por parte del principal partido de la oposición, que implicó también un considerable desgaste del Tribunal Constitucional, sometido a presiones políticas como pocas veces en su Historia, y que concluyó con la

¹ Puede consultarse todos los Estatutos de Autonomía, actualizados en el portal de la administración pública española, área de legislación. http://www.060.es/te_ayudamos_a/legislacion/disposiciones/comunidades_autonomas-ides-idweb.html.

El Estatuto de la Región de Murcia, en 2013, y el Estatuto de Castilla y la Mancha en 2014 fueron reformados en aspectos que no tiene que ver con lo que tratamos aquí (ampliación de competencias, relaciones con la UE, derechos etc.) y por ello ni siquiera lo mencionamos en el texto principal.

STC 31/2010 (la cual no contentó a casi nadie), donde el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales 14 preceptos de la Constitución pero sometió a interpretación conforme más de 50², y que causó un importante malestar a una parte importante de la clase política y la sociedad civil catalanas.

Junto a lo que ha ocurrido en nuestro país es preciso tener en consideración lo que puede que ocurra en un futuro y lo que ha sucedido en otros países de nuestro entorno. Nos referimos, en concreto, a:

a) Bélgica se convirtió oficialmente en un Estado federal en el verano de 1993³ (aunque las reformas de 1970, 1980 y 1989 habían ya ido en esa dirección). Las reformas de 2001 y 2003 han profundizado este carácter federal.

b) El proceso iniciado en la Gran Bretaña en 1998⁴ y que se conoce con el nombre de “*devolution*” por el cual las regiones de Escocia, Irlanda del Norte y Gales han obtenido del Parlamento británico autonomía política, frente a las regiones inglesas, las cuales se mantienen en un estatus de autonomía administrativa.

c) Tras las reformas constitucionales en Italia de 1999 y 2001⁵ las regiones han ido también aprobando nuevos Estatutos de Autonomía.

d) Tal y como hemos dicho en el capítulo anterior, Francia no puede ser considerado un Estado políticamente descentralizado sino que cuenta, únicamente, con una amplia descentralización administrativa. Sin embargo, dejando incluso al margen el hecho de la histórica reivindicación de mayor autonomía por parte de la isla de Córcega, lo cierto es que la reforma constitucional de 2003 para reconocer la organización descentralizada del Estado tiene, al menos, un valor simbólico considerable en el Estado otrora centralista y jacobino por excelencia⁶.

e) Por último, la reforma alemana de 2006, ha reforzado el poder de Federación al reducir las competencias del *Bundesrat*, aun cuando, en contraposición, se haya clarificado el reparto competencial y los *Länder* tengan ahora derecho constitucional a la participación en los asuntos de su competencia.

De este modo podemos confirmar de toda la doctrina que se ha encargado clásicamente del fenómeno del federalismo que los Estados federales (de integración)

² Véase especialmente el voto particular de Jorge Rodríguez-Zapata a dicha sentencia.

³ Vid. art. 1 de la Constitución.

⁴ Vid., *Scotland Act* (1998, modificada en 2012), *Northern Ireland Act* (1998-2009) y *Government of Wales Act* (2006).

⁵ Vid. Leyes Constitucionales: 1/1999, 2/2001 y 3/2001.

⁶ Vid., art. 1 de la Constitución de Francia.

siguen presentando una tendencia a la mayor centralización de competencias, pero tenemos que añadir que en los que hemos denominado Estados federales por desintegración, hasta el momento, y esto es especialmente acusado en España y Bélgica, sólo se ha profundizado cada vez en una mayor descentralización, llegando hasta la frontera en la cual el Estado dejaría de ser tal para pasar a ser una Confederación⁷.

Por esto mismo se hace necesario introducir aquí una precisión acerca de las tendencias centrífugas y centrípetas que naturalmente se darán en todo Estado federal o políticamente descentralizado. Reconocerlas como un reto para el Derecho Constitucional tanto comparado como de los concretos Estados no es sino consecuencia de la concepción del federalismo – tal y como hemos explicado en el Capítulo anterior – como un proceso dinámico. Lo que se impone ahora es determinar si la modificación del reparto competencial entre el Estado y los entes descentralizados – sobre todo teniendo en cuenta que la modificación de las competencias de uno afectan a los otros y viceversa – corresponde a los órganos de la federación o puede ser llevada a cabo por los entes descentralizados. Es decir, debemos determinar si la competencia para determinar la propia competencia recae en una u otra instancia de poder. Si como hemos dicho en el primer Capítulo de este trabajo, la soberanía reside en el Pueblo del Estado federal en su conjunto y, también, que no es imprescindible para hablar de Estado federal que en el procedimiento de reforma participen los entes descentralizados, a nadie podrá extrañar que afirmemos, pues, que el responsable último del ejercicio de la competencia de la competencia son los órganos del Estado central.

Se nos podrá objetar que, aun cuando entendamos (lo hemos explicado en el Capítulo anterior) que la participación de los entes federados en el procedimiento de reforma constitucional no es un elemento consustancial a la categoría de Estado federal algunos de ellos si presentan la característica de hacer participar a los órganos de la federación en la reforma de la Constitución. Pero esta objeción no invalida nuestro argumento, y ello por varios motivos: en primer lugar, como indica el Profesor P. De Vega, “si la reforma constitucional expresa la continuidad jurídica del Estado y, por lo tanto, más que un acto de soberanía del poder constituyente originario debe ser interpretada como un acto del poder constituido (...) parece lo más razonable y lógico

⁷ Para el caso de Bélgica, el memorándum de los Profesores de Derecho Constitucional Vande Lanotte & Van Parijs sugería un Estado confederal con cuatro Comunidades, todas con total competencia, de acuerdo con el modelo de *Länder* alemán (Cfr., CARDOES, M. “El Sistema Constitucional de Bélgica” *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. nº 15(2011). Ver nota nº 84).

que ningún órgano constituido asuma en exclusiva la función de reforma”⁸. En segundo lugar porque aun cuando los órganos de los entes federados participen en el procedimiento de reforma constitucional, se comprende fácilmente que lo hacen como órganos de la federación y en defensa de los intereses comunes, que se plasmarán en la norma de normas vinculante para todos, y no como órganos de poder territorial para el autogobierno de los intereses particulares. En tercer lugar, cabe una última posibilidad y es que (como ocurre en los Estados Unidos de América) la reforma constitucional, llevada a cabo por un órgano especial, tenga que ser aprobada por las propias legislaturas de los estados (en lugar de participando dentro de un órgano federal): tampoco en este caso el principio general que hemos establecido queda desvirtuado, pues una correcta comprensión de la reforma constitucional como facultad limitada por el Poder Constituyente (Pueblo del Estado Federal) nos lleva a concluir, sin demasiada dificultad, que una de las limitaciones que el Pueblo soberano puede imponer al poder de reforma es contar con la aquiescencia de los entes territoriales, sin que ello signifique que esta imposición tenga que ser connatural a la tipología “Estado federal” y, ni siquiera, que esa competencia no pertenezca esencialmente a los poderes de la federación, aunque puedan – por voluntad del constituyente – estar constreñidos en este sentido⁹.

Precisamente, si como acabamos de ver las tendencias centrífugas que en la última década hemos podido percibir en España no son, ni mucho menos, una excepción, sí lo es, sin embargo, que en España esas tendencias centrífugas no se hayan traducido en una reforma de la Constitución orquestada de acuerdo al procedimiento del artículo 167 de la Carta Fundamental. Si se hubiese procedido así, nos hubiésemos ahorrado seguramente muchos de los problemas jurídicos y políticos que la impugnación del Estatuto de Autonomía de Cataluña ante el Tribunal Constitucional trajo consigo.

Debemos aclarar, así mismo, que “competencia de la competencia” no es un término asimilable, como gran parte de la doctrina considera¹⁰, al de soberanía. A este

⁸ DE VEGA, P. *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Tecnos. Madrid 1988. P. 90.

⁹ Sobre esto: RUIPEREZ ALAMILLO, J. *División de Competencias y Forma Territorial del Estado*. Reus. Madrid. 2012. Pp. 53 y ss.

¹⁰ Vid., por todos, HERRERO Y RODRIGUEZ DE MIÑON, M. “A vueltas con la soberanía (la soberanía en la Constitución” en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. N° 84 (2007).

respecto quizás nadie como C. Schmitt ha expresado con mayor claridad la contradicción intrínseca a tal concepción. Dice así:

“El concepto de “competencia de competencias” entendido como soberanía, es, en sí mismo, contradictorio. Soberanía no es competencia, ni siquiera competencia de competencias. No hay ninguna competencia ilimitada si la palabra debe designar su sentido y designar una facultad regulada de antemano por normas, circunscrita con arreglo a una figura y, por tanto, delimitada. La palabra “competencia de competencias”, o significa una competencia auténtica, en cuyo caso no tiene nada que ver con la soberanía, ni puede ser empleada como fórmula de la soberanía, o es una denominación general de un poder soberano y entonces no se comprende porqué ha de hablarse de “competencia”¹¹.

Con más rigor, a nuestro juicio, define el Profesor J. Ruiperez la competencia de la competencia como “la facultad que se atribuye a alguno de los entes políticos territoriales que integran el Estado Federal para decidir en última instancia sobre su propio ámbito de poder condicionando, y esto es lo importante, con su decisión la extensión de la competencia de los otros entes políticos en los que se divida aquel Estado”¹². De esta forma, y por ello es importante tener en cuenta que el soberano, en un Estado Federal, no es sino el Pueblo en su conjunto, nos dirá, el Profesor de la Universidad de La Coruña, que el titular de la *kompetenz-kompetenz* únicamente puede ser el Pueblo en su conjunto dado que se presenta como:

“La única instancia de decisión política que sería capaz de llevar a cabo la defensa de los intereses comunes y generales de la Comunidad Política. Y es, en efecto, a ella [a la organización política central], a quien le corresponde tal tarea, toda vez que, dicho sea con el mayor de los respetos, y desde la más elevada objetividad, lo que a las organizaciones políticas regionales interesa no es tanto, o, al menos, no directamente, el interés general cuanto la satisfacción de sus propios intereses o fines”¹³.

Pero lógicamente no podrá llevar a cabo esta alteración de las competencias que corresponden a una y otra instancia de poder sin límite. Y es en este punto donde se aprecia plenamente la diferencia entre el titular de la competencia de la competencia y el soberano: mientras que aquel está limitado, formal y materialmente, explícita o implícitamente, por los condicionamientos propios del poder de reforma, mientras que éste es absolutamente libre en el ejercicio de su voluntad. Así pues, el problema de la competencia sobre la competencia remite al de la reforma, como operación jurídicamente limitada. No vamos a profundizar sobre ello en este lugar, excepto para aclarar, dado lo ocurrido en España la década pasada, especialmente con la aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que porque el reparto competencial aparece en los Estados federales fijado en la Constitución es sólo mediante la modificación formal de ésta como se puede llevar a cabo la alteración del mismo, y no, como proponían

¹¹ SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Alianza. Madrid. 1992. P 367.

¹² RUIPEREZ ALAMILLO, J. *División de Competencias...* p. 59.

¹³ *Ibidem*. Pp. 104 - 105.

teóricos y prácticos de la política catalana, y como en buena medida aceptó hacer el máximo custodio constitucional, mediante una “interpretación generosa” de la Constitución (que no es sino un eufemismo que esconde un verdadero falseamiento de la misma) para satisfacer los intereses de una o varias Regiones concretas. Algunos autores han visto en ello una mutación constitucional¹⁴, pero para nosotros es algo más que eso, sobre todo teniendo en cuenta, que tanto la STC 247/2007 como la STC 31/2010 proceden de dos impugnaciones de Estatutos de Autonomía, y que, como indica el Profesor P. De Vega, “Repugna y es contraria a la estructura y los esquemas racionalizadores del Estado Constitucional, la creación de mutaciones a través de actos normativos”¹⁵.

De acuerdo con nuestra definición de Estado Federal y con las premisas metodológicas expresadas en el Capítulo anterior, trataremos de exponer los modelos de descentralización política de los Estados seleccionados en base a la constatación de que disponen de una Constitución rígida, una división de competencias en dos o más ordenes garantizada por esta Constitución, y un sistema de justicia constitucional que garantiza esta descentralización política. Lo haremos, de acuerdo con la frase del científico que demostró la rotación de la Tierra alrededor del sol que encabeza este capítulo, fijándonos en los aspectos dinámicos de su modelo de descentralización política (reformas y cambios recientes), lo que, en los países seleccionados, exige fijarse en un elemento, que si no definidor de la tipología “Estado federal”, tiene que ser, sin lugar a dudas, considerado un elemento complementario de vital importancia. La explicación responde a un doble orden de consideraciones: por un lado, como se verá, la problemática sobre la integración de los catálogos de derechos de distintos niveles de gobierno, y la división de competencias es el mayor reto al que se tienen que enfrentar tanto Estados como Organizaciones supranacionales como lo es la Unión Europea para responder racionalmente a las demandas de una sociedad, cada vez, más globalizada y, a su vez, descentralizada¹⁶. Por otro lado, pero relacionado con lo anterior, ello es lo que justifica las interesantes producciones doctrinales, y las resoluciones judiciales que abordan los conflictos (hipotéticos o reales) que se producen.

¹⁴ Cfr. CANOSA USERA, R. “Preparando una mutación constitucional. Comentario a la STC 247/2007, de 13 de Diciembre. En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 22 (2008).

¹⁵ DE VEGA, P. *La reforma constitucional...* p. 194.

¹⁶ Cfr., FONDEVILA MARÓN, M. *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea*. Prolegomenos de Javier Ruiperez. Reus. Madrid. 2014. P. 201.

Siguiendo ahora con la introducción, la tendencia, en los Estados federales consecuencia de una progresiva descentralización de un Estado otrora unitario, a una mayor descentralización de competencias puede deberse a una suerte de creencia según la cual existiría una relación entre Federalismo y Democracia. El argumento suele consistir en defender como “más democrático” aquel gobierno más cercano a los ciudadanos. Tal relación, sin embargo, no existe en rigor. Aun cuando es verdad que la verificación de un aumento del centralismo puede ser consecuencia de un retroceso en las garantías democráticas (esto se aprecia claramente en algunos gobiernos populistas latinoamericanos como el de Venezuela)¹⁷, como acertadamente ha puesto de manifiesto el Profesor J. Ruiperez, existen ejemplos históricos de gobiernos centralistas y democráticos (p. ej. Francia tras la Constitución de 1958) e igualmente ejemplos de gobiernos federales antidemocráticos (por ejemplo el imperio guillermino tras 1871)¹⁸. Autores como W. Kägi han querido ver esta relación entre Federalismo y Democracia, en que los tradicionales Estados Federales (Estados Unidos, Suiza), basados en la idea de Estado de derecho liberal han experimentado un giro rectificador, de modo que la Democracia ha absorbido los contenidos tradicionales del liberalismo en esos Estados¹⁹.

En cualquier caso, resulta evidente que la descentralización en la toma de decisiones parece afirmarse como un principio político indiscutible en nuestros días. Para verificar esto basta tan sólo con tomar en consideración que muy pocos Estados europeos son puramente unitarios (Grecia es la excepción que confirma la regla), sin presentar ningún tipo de descentralización política o administrativa.

En este Capítulo vamos a comenzar describiendo brevemente los tipos de Estados federales que encontramos en el continente latinoamericano. Como advertíamos en el capítulo anterior esto nos sirve únicamente para comparar lo propio con lo ajeno, así como para reforzar nuestra tesis de que se han dado en ambos continentes procesos de imitación. En segundo lugar exponemos la tipología de los Estados puramente federales de la Unión Europea. Se comprenderá fácilmente que en ellos centremos el foco de nuestra atención pues serán sobre los que, posteriormente, proyectaremos nuestra tesis de que su descentralización política recibe influencias del proceso de

¹⁷ Cfr., FERNANDEZ SEGADO, F. *El Federalismo en América Latina*. Universidad Autónoma de México. 2003. P. 8.

¹⁸ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. *Entre el Federalismo y el Confederantismo. Dificultades y problemas para la formulación de una teoría constitucional del Estado de las Autonomías*. Biblioteca Nueva. Madrid 2010. Pp. 201-209.

¹⁹ Cfr., LUCAS VERDU, P. *Curso de Derecho Político*. Vol. II. 3ª ed. Revisada. Tecnos. Madrid. 1981. P. 280.

integración europea y viceversa. Por último, y dado que como hemos indicado el federalismo es un proceso dinámico, terminaremos con una referencia breve a otros Estados de la Unión Europea que, a nuestro juicio, podrían estar encaminándose cara una efectiva descentralización política.

II.2) Federalismo y federalismos en el continente americano.

Hemos anunciado que compararíamos “lo propio” con “lo ajeno”. Sin embargo habiendo indicado que el federalismo, o si se prefiere la descentralización política, es un fenómeno bastante extendido, es menester justificar porqué precisamente hemos elegido los países que siguen a continuación para realizar la comparación. La razón es que ello nos permitirá afirmar la tesis de que cuando existe dentro de un continente (incluso no integrado a nivel supranacional como el americano) un país de referencia (porque la historia ha demostrado una experiencia satisfactoria) se producen efectos de imitación por otros países aunque las consecuencias de importar modelos foráneos y adaptarlos a una realidad distinta no siempre sean las esperadas.

II.2.1) El modelo perfecto: Estados Unidos.

Utilizamos perfecto no en el sentido de carente de imperfecciones, lo que en todo caso sería un juicio subjetivo carente de rigor jurídico y que podría no ser compartido por quienes, por ejemplo, aún desean la independencia del estado de Texas. Lo empleamos, pues, en el sentido de cerrado, estable (desde 1787), y por lo tanto, modelo de imitación para otros Estados.

Es sabido que los Estados Unidos surgen en la Historia consecuencia de la independencia de las antiguas trece colonias británicas en un proceso que se inicia en 1776, con la famosa declaración de independencia, y que culmina en 1781. Es por lo tanto el arquetipo de Estado federal de integración. Ello pudo tener lugar porque, como indica el Profesor M. García Pelayo, a pesar de sus divergencias y antagonismos, las trece colonias tenían en común: i) la ausencia de grupos aristocráticos y, en general, estamentales en su seno, estando en cambio llevadas hasta sus últimas consecuencias las

relaciones de clase (incluso existía servidumbre temporal blanca); ii) por lo general el predominio de la lengua inglesa; iii) por una homogeneidad en los principios e instituciones político-jurídicas de cada colonia; iv) por un orden jurídico de contenido y formas comunes, que hacía de las trece colonias países del *Common Law*²⁰. Es importante traerlos aquí a colación porque, como ya indicó en su día H. Heller, para el éxito de una Comunidad Política es necesario que se de en la misma un cierto grado de Democracia y de homogeneidad social²¹. La Democracia y el ejercicio de la soberanía popular es, como puso de manifiesto en su célebre obra *La Democracia en América*, A De Toqueville, lo que caracterizó la vida de esas colonias de Nueva Inglaterra incluso antes de su independencia²².

De este modo, y tras la primera declaración de independencia, se creó un Comité encargado de elaborar los *Articles of Confederation*, que fueron aprobados en Noviembre de 1777, si bien no fue ratificado por todos los Estados hasta 1781. Sin embargo, acabada la guerra, este instrumento se mostró francamente insuficiente, tanto por motivos económicos²³ como políticos²⁴. Así, en Febrero de 1787 el Congreso convoca una Asamblea para revisar los *Articles* pero el fruto de la misma superó ampliamente la mera operación de reforma del Tratado confederativo para dar lugar a la Constitución política de un nuevo Estado.

Esta circunstancia fue expresada en una clásica sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos cuya *opinio* fue redactada por el juez Marshall en 1819. Nos referimos en concreto al caso *Mcculloch vs Maryland*²⁵. Establece, de un modo correcto en lo fundamental, la diferencia entre Confederación y Estado Federal. De acuerdo con la tesis del abogado del Estado de Maryland los poderes del gobierno federal se ejercían por delegación de los estados federados soberanos, y por tanto, de forma subordinada a ellos. Con una argumentación impecable indica el juez Marshall que la Constitución de 1787 es imputable al conjunto del Pueblo de los Estados Unidos;

²⁰ Cfr., GARCIA PELAYO, M. "Derecho Constitucional Comparado"...p. 492.

²¹ Cfr. HELLER H. "Democracia, política y Homogeneidad social" en Escritos Políticos. Alianza Universidad, 1983. Pp. 257-268.

²² DE TOQUEVILLE, A. *La Democracia en América*. Edición Crítica preparada y traducida por Eduardo Nolla. Aguilar. Madrid. 1989. Pp. 30 a 44 y 56 a 60.

²³ A este respecto *Vid.*, el clásico BEARD, Ch. A. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States. With a new introduction by Forest McDonald.* (1913). The Free Press. New York. 1986.

²⁴ Las razones políticas de los federalistas quedaron recogidas en HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J. *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica. México. 1994.

²⁵ 17 US, 316, consultable en el sitio web http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0017_0316_ZO.html.

que si bien la decisión de establecer una Comisión para la reforma de los artículos de la Confederación fue un acto de la legislatura de los estados, dicha Comisión, que superó las expectativas iniciales a fin – dice citando el preámbulo de la Constitución - de formar una unión más perfecta, una vez que fue aprobada por el Pueblo (que bien pudo rechazarla) sólo a éste pertenece. Con base en la Constitución, y en concreto con lo dispuesto en la sección octava del Artículo I, esta importante Sentencia estableció el principio de los poderes implícitos del Congreso de los Estados Unidos, con capacidad para legislar y tomar las medidas de ejecución que estime oportunas no sólo de aquellas competencias expresamente conferidas en la Carta Magna, sino todas aquellas que resulten “necesarias y convenientes” para los objetivos de la Federación. En caso de conflicto²⁶, el Tribunal indica que el principio de supremacía de la Constitución federal es motivo para eliminar las trabas que las legislaciones estatales puedan poner a la ejecución del Derecho federal. Este conflicto ni siquiera cabía formularse, al menos en los términos que lo hace el Tribunal²⁷. El ponente de esta sentencia, que es fruto de un tiempo y un lugar, no pudo superar los esquemas de pensamiento en torno a la soberanía dentro del Estado federal que los padres de la Constitución habían adoptado, y que consistían en la idea de soberanía dividida o co-soberanía entre la federación y los estados.

Desde las premisas de las que partía, y sucintamente hemos expuesto *supra*, debiera haber llegado el juez a la conclusión de que, porque la Constitución federal es la obra del Pueblo que surge justo en el momento anterior a crearse la Constitución²⁸, la supremacía de ésta se afirma en su condición de soberano, al que la legislación de los estados debe someterse. Todo conflicto en un Estado federal es, de este modo, un conflicto de competencias, no de soberanías (excepto que comience un proceso revolucionario), y por ello es a un órgano federal (El Tribunal Supremo), en representación del Pueblo soberano, a quien corresponde dirimirlo. Dado que las

²⁶ Como el que se da en este caso por la pretensión del gobierno federal de poner en marcha un banco en el estado de Maryland (para lo que el tribunal afirma que tiene competencia) y el del estado en imponer un gravamen.

²⁷ “The sovereignty of a State extends to everything which exists by its own authority or is introduced by its permission, but does it extend to those means which are employed by Congress to carry into execution powers conferred on that body by the people of the United States? We think it demonstrable that it does not. Those powers are not given by the people of a single State. They are given by the people of the United States, to a Government whose laws, made in pursuance of the Constitution, are declared to be supreme. Consequently, the people of a single State cannot confer a sovereignty which will extend over them”.

²⁸ Lo explique con más detalle en FONDEVILA MARÓN, M. “Pobo, Estado, Nación”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Nº 15 (2011). Pp. 199 a 207.

conclusiones a las que llegan son plenamente compartidas por nosotros, pues en el fondo afirma lo que con precisión ha indicado el Profesor J. Ruiperez en un trabajo reciente, esto es, que la Confederación supone una limitación *al ejercicio de la soberanía* por parte de los Estados, pero no una traslación de la misma a la federación, mientras que en el Estado federal los antiguos estados soberanos pierden la condición de tales para formar parte de un ente englobador de todos ellos²⁹, es justo indicar que hablar de dos soberanías enfrentadas se trata de un mero error formal, o de estilo, o simplemente a que aún no se había establecido en la ciencia jurídica la distinción entre soberanía y autonomía, que en modo alguno ensombrece la gran aportación que supuso esta sentencia para la Teoría del Estado Federal.

En otra Sentencia tan antigua como bien conocida, *Texas v. White* (1869)³⁰, de plena actualidad en los Estados Unidos de América, y desgraciadamente también en España, se afirma que los Estados Unidos son una Unión “eterna” y que por tanto son ilegales y nulos los decretos de independencia aprobados por la legislatura de un Estado. La secesión, indica, sólo puede llevarse a cabo con una revolución o el consentimiento de los demás Estados. Aunque la sentencia, en este caso, no se expresa en estos términos, pues en ella ni siquiera se hace alusión al término soberanía (aunque sí al de estado para indicar, que ese término, en la Constitución de los Estados Unidos, no hace referencia más que a una comunidad política dotada de un gobierno propio) es evidente que es el corolario lógico de considerar, pese a la dogmática académica al uso, que los estados no son soberanos. En caso contrario, resulta evidente, que no se les podría negar el derecho de secesión.

Probablemente la idea de una soberanía compartida entre la Federación y los miembros fue adoptada por los autores de los artículos recogidos en *el Federalista* para ser respetuosos, de algún modo, con “la dignidad” (si se nos permite la expresión) de los estados si bien, en realidad, no resulta muy difícil de aceptar que cuando se utiliza la expresión de dos soberanías distintas, o decimos, por ejemplo, que tanto el poder central como los estados miembros tienen derechos soberanos propios, en realidad aludimos a dos conjuntos competenciales diversos, y protegidos constitucionalmente. La soberanía, desde su origen medieval, hace referencia a un poder absoluto e ilimitado. Más aún: debemos a T. Hobbes la idea de que el soberano funda el derecho.

²⁹ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. *División de Competencias...* p. 8.

³⁰ 74 U.S., 700, consultable en internet en el sitio web: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0074_0700_ZS.html

Ahora bien, aunque sea criticable el empleo, por parte de los padres fundadores, del término soberanía, que como hemos dicho, al menos desde la Edad Media, alude a un concepto absoluto, ilimitado e indivisible; su teoría acerca de la nueva forma de Estado surgida con la Constitución de 1787 es bastante correcta. De hecho, sustituyendo soberanía por competencia, e indicando de este modo que existen dos ámbitos propios e independientes de competencia encontraríamos en ellos una explicación bastante adecuada del Estado federal norteamericano. De hecho, y como ejemplo práctico de la aplicación de la teoría, en las sentencias que hemos mencionado, aun cuando se sigue nominalmente la teoría de los padres fundadores, se llega a unos corolarios prácticamente unánimemente aceptados por todos en la actualidad. Sin embargo, en el momento posterior a la aprobación de la Constitución la postura federalista no fue pacíficamente aceptada. Por su trascendencia intelectual y política merece la pena al respecto en las tesis de John C. Calhoun (1782-1850), las cuales bien pueden decirse que condujeron, en buena medida, a la guerra de secesión.

La teoría constitucional de este político y ensayista decimonónico la podemos resumir, con el Profesor C. Closa, en: a) La Constitución es el resultado de la evolución de la Confederación de la cuál retiene un rasgo esencial, su naturaleza pactista, es decir, es el resultado de un pacto entre Estados soberanos. La ratificación mantuvo – según este autor - ese carácter; b) De la soberanía de los Estados se derivan los derechos claves: la interposición y la nulificación. Para el Profesor del CSIC, algunos hechos históricos avalan las tesis del autor norteamericano, especialmente el hecho de que la nueva Constitución tuviese que ser ratificada por los distintos Estados, y no pudiera ser impuesta al que no la hiciese³¹. Visto desde el momento actual, la comparación con el actual proceso de integración europea resulta inevitable. De hecho, nosotros creemos que, con algunos matices³², aunque el Proyecto de Constitución Europea de 2004 hubiese salido adelante, *grosso modo*, las tesis calhounianas le serían aplicables. Pero ello se debe, primero, no conviene olvidarlo, a que en Europa, como veremos más adelante, no se da la homogeneidad política y social que hemos visto, de la mano del primer presidente del TC, en las trece colonias norteamericanas. Una ausencia de homogeneidad política y social, que impide verificar la conclusión del

³¹ Cfr., para todo el párrafo, el estudio introductorio en CALHOUN, J.C. *Libertad y Unión. La teoría de la Confederación*. CEPC. Madrid. 2010.

³² Ya hemos defendido, en otro lugar, que aunque el Proyecto de Constitución europea hubiese sido aprobado por los pueblos de los Estados Miembros, la falta de homogeneidad política y social, así como la ausencia de Democracia en el proceso, impediría hablar, con rigor constitucional, de Constitución.

necesario pacto social para conformar una Comunidad Política nueva. Segundo, al propio proceso de elaboración de la mal llamada constitución, llevado a cabo por una Comisión intergubernamental “secuestrada” por un grupo de tecnócratas³³, muy diferente al debate público y constituyente de los Estados Unidos donde, como es sabido, y se refleja en los papeles que han dejado tanto federalistas como anti-federalistas, el debate fue absolutamente público. El tantas veces mencionado, y no por ello paliado, déficit democrático de la Unión es, en buena medida, causante de ello. Tercero, porque la propia mal llamada constitución reconocía el derecho de separación de cualquier Estado, sin recoger tampoco ninguna suerte de “ejecución federal” para los casos de incumplimiento más allá del mecanismo (propio de Organizaciones Internacionales) de la expulsión. De hecho, no podría hacerlo pues para ser la Constitución de una federación, esto es, de un Estado, tendría que poder imponerse, en última instancia, mediante el monopolio del uso de la fuerza, lo que resulta imposible a una Unión Europea que carece de poder de coerción.

La doctrina de J. C. Calhoun en Norteamérica, como la de C. Schmitt³⁴ en Europa, son exposiciones más o menos correctas de la Confederación de Estados, que es lo que se corresponde con su concepto de Federación, y por ello no resultan adecuadas para la realidad que intentaban explicar. El punto aparentemente más fuerte de su tesis, es decir, que la nueva Constitución de 1787 no hubiera podido ser aplicada a aquellos Estados cuyos pueblos no la ratificasen (lo cual es absolutamente cierto) es refutado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos con la tesis de que previamente al momento de ratificación se erigió un único Pueblo en los Estados Unidos, aunque se organizó por estados para ratificar la nueva Constitución; lo cual, por cierto, y aunque con algunas dificultades, tuvo lugar por unanimidad. El argumento, si bien puede parecer rebuscado es, sin embargo correcto. Ya hemos dicho que el Pueblo debe surgir lógicamente en un momento previo a la aprobación de la Constitución. La alternativa, esto es, que sea la Constitución la que genera un Pueblo, y no éste el que aprueba aquella es a todas luces impensable. Por supuesto, para aceptar este argumento hay que partir de las bases sociológicas que hemos indicado *supra*, acerca de la homogeneidad político-social; lo que tampoco debe extrañar a nadie puesto que, como puso de manifiesto H. Heller, y ya

³³ Vid., PEREIRA MENAUT, A.C. *Política, Estado, Derecho*. Colex. Madrid 2008. P. 70.

³⁴ Su definición de federación como “Unión permanente, basada en el libre convenio y al servicio del fin común de la autoconservación de todos los miembros, mediante el cual se cambia el estatus político de cada uno de los miembros en atención al bien común” así como su afirmación categórica de que los EUA o el Reich alemán en la Constitución de Weimar no son ya federaciones (Cfr., SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución...* 348 y 368 respectivamente) son bien ilustrativas al respecto.

hemos mencionado: “todo problema jurídico, sin excepción, tiene sus raíces, de un lado, en la sociología, y del otro, mirando hacia arriba, en la esfera de lo ético-político”³⁵.

Desde el punto de vista estático, la Constitución de los Estados Unidos establece una serie de competencias exclusivas de las autoridades federales y otras concurrentes con los Estados y, en la décima enmienda una cláusula residual, sobre todo aquello no reservado a la Federación ni prohibido a los estados, en favor de éstos. Además hay que tener en cuenta los ya mencionados “poderes implícitos y resultantes”³⁶

Nos interesa destacar, sin embargo, desde el punto de vista dinámico que en los Estados Unidos es el ejemplo paradigmático de Estado Federal donde sucesivamente el poder central ha ido adoptando, cada vez, mayores competencias. Tendencia que se puede apreciar en múltiples ámbitos que van, desde la paulatina centralización de sectores estratégicos como por ejemplo el de las telecomunicaciones, a la aplicación de los Derechos Fundamentales (a la que prestaremos, por su especial trascendencia para el Derecho Constitucional, una especial atención a continuación), pasando por la regulación, con base en la cláusula de comercio interestatal, de todas las actividades económicas que tengan un efecto sustancial en el comercio interestatal. Una tendencia que se ha visto reforzada también por el *New Deal*, y es que la implantación, en el territorio de un Estado, de derechos sociales que garanticen un estatus de igualdad entre todos los ciudadanos, se realiza de un modo más eficaz y eficiente desde el poder federal, único capacitado para establecer una legislación homogénea en todo el territorio. Esta tendencia sólo se ha visto matizada en épocas más recientes con el llamado *Nuevo Federalismo*, y que implica un fortalecimiento del autogobierno de los Estados. Pero para que este Nuevo Federalismo se desarrolle sin que suponga una quiebra en el principio de igualdad, se han tenido que poner en marcha mecanismos de cooperación interestatal, como por ejemplo la *Conferencia Nacional de Comisionados para la Uniformidad de las Leyes Estatales*³⁷, que tiene por objetivo conseguir que las leyes estatales sobre materias importantes sean homogéneas en el territorio, a la vez que

³⁵ Cfr. H. HELLER, H. *La Soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional. Fondo de Cultura Económica. México 1927.* P. 111

³⁶ Para mayor abundamiento Cfr., GARCÍA PELAYO, M. “Derecho Constitucional Comparado...” P. 521.

³⁷ También conocida como *Comisión para la Uniformidad de las Leyes Estatales*, *NCCUSL*, *NCL* o Conferencia nacional de comisionados.

se respeta la autonomía de los estados que son los que, finalmente, aprueban a través de sus legislaturas dichas normativas³⁸.

Este nuevo federalismo se ha plasmado de modo muy gráfico en la aplicación de los Derechos Fundamentales. Tal y como anunciábamos, vamos a continuación a comentar la evolución experimentada.

En los Estados Unidos, se entiende que, consecuencia de la doctrina Filadelfia, por la cual los estados son libres para darse una constitución propia siempre que no choque con la Constitución Federal, éstos pueden proclamar en sus constituciones estatales derechos. Ahora bien, por cuanto respecta a la salvaguarda de dichos derechos podemos distinguir, de la mano del Profesor D. Barceló, tres etapas diferenciadas³⁹: Así, una primera etapa iría desde la constitución de los Estados Unidos hasta la aprobación de las diez primeras enmiendas, y se caracterizaría por la separación total de la esfera federal y estatal, de modo que los derechos que se declaraban en las constituciones estatales se podían hacer valer sólo frente a las autoridades de los estados, y los derechos que se derivasen de la Constitución federal sólo serían oponibles frente a estas autoridades. Una segunda etapa toma forma con la aprobación de las llamadas “enmiendas de guerra” (13, 14 y 15) pero no se verifica hasta el siglo XX cuando el juez Warren es elegido presidente del Tribunal Supremo. Esta etapa se caracteriza porque los derechos de la Constitución federal son también de obligado cumplimiento para las autoridades estatales. La tercera etapa, se inicia en los años 70 del siglo pasado y llega hasta nuestros días y se caracteriza porque los ciudadanos pueden hacer valer sus derechos estatales y federales en ambos foros judiciales. Esta etapa es la que se corresponde con el “*nuevo federalismo judicial*”. Dos son, fundamentalmente las ideas que subyacen: por un lado, la necesaria colaboración de ambas instancias, y por otro, que la Constitución federal establece un mínimo para toda la Federación, que puede ser ampliado por los estados. Junto a ellas una interesante consecuencia, aportada por el Profesor A. Tarr: Es posible que, supuesta la duplicidad de un mismo derecho declarado en términos similares tanto en la Constitución federal como en la constitución estatal, los tribunales supremos estatales le otorguen un contenido distinto al del Tribunal Supremo federal puesto que están interpretando “un

³⁸ Sobre esto *Vid.*, VALERO HEREDIA, A. “Federalismo y *state law* en los Estados Unidos: el papel de “la conferencia nacional de comisionados para uniformizar la legislación de los Estados””. En *Indret*. 2/2010. Artículo consultable en internet. Pp. 10 y ss.

³⁹ Cfr., para todo lo que sigue la nota del traductor en TARR, A. *Comprendiendo las Constituciones estatales*. Traducción de D.A. Barceló Rojas. IIJ-UNAM. México 2009. P. 248.

documento distinto, con una historia propia, y su singularidad puede justificar una decisión diferente”⁴⁰ y sus sentencias a este respecto son firmes, puesto que, de acuerdo con la doctrina legal de los “fundamentos estatales adecuados e independientes”⁴¹ las sentencias basadas únicamente en la ley estatal no son revisables por los tribunales federales. Por lo tanto, se trata de una cuestión de “estrategia” en manos de los abogados de derechos civiles el intentar la satisfacción del derecho presuntamente vulnerado, tomando muy en cuenta – como advierte el Profesor norteamericano – las composiciones más o menos progresistas de los Tribunales Supremos federales y estatales respectivamente.

Así pues, y recapitulando, el modelo paradigmático de Estado Federal se caracteriza, en los aspectos que a nosotros nos interesa: primero, por un reparto competencial y funcional del poder público entre la Federación y los estados, consagrado en la Constitución, aun cuando interpretado por el Tribunal Supremo de diferentes maneras a lo largo de la Historia y por una clausula residual en favor de los estados; segundo, en materia de Derechos Fundamentales, por un sistema alternativo de protección de Derechos Fundamentales entre la vía federal y estatal, a elección de los recurrentes, que admite incluso una interpretación diversa por parte de los Tribunales de aquellos derechos de contenido análogo en la constitución estatal y federal; tercero, y último, por una tendencia histórica a una cada vez mayor centralización de competencias que recientemente se ha visto contrarrestada por la puesta en marcha de mecanismos políticos de coordinación legislativa entre los estados y la Federación.

⁴⁰ Cfr., TARR, A. “Federalismo y la Protección de los Derechos en los Estados Unidos” en APARICIO, M.A (ed) *APARICIO, M.A (ed). Derechos y Libertades en los Estados Compuestos. Atelier. Barcelona 2005* p. 59.

⁴¹ Esta doctrina da lugar a otros resultados complejos. Ya sabemos que los Tribunales federales no revisan las sentencias basadas exclusivamente en la ley estatal. Pero, además, con el Profesor C.M Vázquez podemos distinguir varios supuestos: 1) Que los litigantes aleguen vulneración tanto de los derechos de la Constitución federal como de la constitución estatal y que el Tribunal supremo estatal entienda que sus derechos no han sido vulnerados de acuerdo con la Constitución federal. Entonces, y esto es lógico según el principio de supremacía constitucional el Tribunal Supremo de los Estados Unidos podrá revisar la Sentencia. 2) Pero si se considera que los derechos fueron violados según la constitución estatal, entonces el Tribunal Supremo no podrá revisar la sentencia. Porque los Tribunales federales no pueden emitir opiniones consultivas, si el Tribunal estatal entiende que se vulneraron tanto los derechos federales como estatales, por errónea que pudiera resultar la interpretación de la Constitución federal, el Tribunal Supremo no puede corregirla, pues su Sentencia no alteraría el resultado del pleito. (Cfr., VAZQUEZ, C.M. “La protección de los derechos en el sistema federal de los Estados Undos” *Revista Vasca de Administración Pública*. N° 82 (II). P. 315).

II.2.2) Los modelos imperfectos.

Huelga decir que en este caso tampoco con el término “imperfecto” hacemos ningún tipo de juicio de valor sino referencia, simplemente, a algún elemento que distorsiona o dificulta la práctica normal del federalismo. En algunos casos esto se debe a que, como hemos dicho en el primer Capítulo, la simple importación de modelos extranjeros no produce idénticas consecuencias en el Estado importador y, en otros casos, a la introducción de novedades, perfectamente legítimas, pero que producen distorsiones cuando se quiere, a pesar de ellas, llegar a resultados similares. De hecho, y fijándonos, como había anunciado, en el sistema federal de protección de derechos (aunque cabrían otros ejemplos) poco antes de que en la VIII legislatura se aprobasen las reformas estatutarias a las que nos hemos referido en la primera página de este Capítulo en el año 2000 el Estado de Veracruz (México) aprobaba una nueva Constitución estatal con la particularidad de que en la misma se contenía un catálogo de Derechos Humanos para los veracruzanos. Esta primera Constitución produjo una oleada de procesos constituyentes locales. Tanto es así, que en la actualidad, únicamente los Estados de Campeche, Guerrero, Tamaulipas, Yucatán y Zacatecas, no han declarado derechos en sus constituciones estatales. En el caso de Canadá, que como vamos a ver a continuación, aunque brevemente, tiene un modelo federal bastante racional de protección de Derechos Fundamentales a nivel federal y provincial, su inclusión en este apartado se debe más por las fuertes asimetrías entre las Provincias, y entre éstas y los territorios.

II.2.2.1) Canadá.

Canadá es un modelo constitucional que ha recibido influencias (por lo que a la organización territorial federal del Estado se refiere) de Estados Unidos y (por lo que se refiere al ordenamiento jurídico en general) de Gran Bretaña. Pero, como es sabido, es, además, un Estado donde se deben conciliar la cultura inglesa y francesa, así como diferentes etnias y culturas religiosas. Según señala el Profesor P. Lucas, probablemente el factor decisivo para la integración fue el temor a una invasión por parte de Norteamérica, y así, en 1864 se reunieron en Quebec delegados de todas las

colonias para elaborar las *Quebec resolutions*, de las que procede la *British North America Act*, de 1867 que establece el Dominio de Canadá en cuatro provincias (Ontario, Quebec, Brunswick y Terranova), a la que con los años se fueron añadiendo las demás⁴². Con el Acta Constitucional de 1982, Canadá se independizó formalmente de Gran Bretaña. Desde ese momento, Canadá es un Estado federal en el que a todos los efectos (aunque en la práctica ya lo era antes) la soberanía pertenece al pueblo canadiense en su conjunto. A este respecto, en un pronunciamiento de 20 de Agosto de 1998, que ha servido de referente comparatístico para el TC español en la STC 42/2014, rechazó que Quebec pudiese independizarse del país, de acuerdo ni con la Constitución ni con el Derecho Internacional⁴³.

Las especificidades constitucionales de este país, entre las que podríamos destacar, a los efectos que aquí nos interesan, el hecho de que la cláusula residual lo sea, a diferencia de lo que es habitual – como vemos – en los Estados Federales, en favor de la Federación⁴⁴ así como el que las provincias carezcan de constituciones en sentido formal excepto en la parte de las mismas que pertenecen a la Constitución federal, o que a nivel federal no existiese una parte dogmática de la Constitución hasta 1982, justifica una menor atención por nuestra parte, sin que podamos excluirlo completamente de nuestro estudio, en tanto que, como actualmente se ha demostrado⁴⁵, también del Derecho Constitucional de este Estado es posible tomar lecciones en clave comparada. Una de estas lecciones, a pesar de tratarse de un modelo constitucional *sui generis*, que combina dinámicas propias del *Common Law* y Derecho continental, la filosofía de la soberanía del Parlamento y el principio de supremacía constitucional y, también, dos visiones contrapuestas del federalismo⁴⁶, es que si las provincias pueden (y de hecho lo han hecho) aprobar *Bill of Rights*, es porque tienen (a diferencia de lo que veremos que ocurre en nuestro país), expresa competencia en derechos civiles *ex art. 92.13 C.CA.* Cuestión distinta es, por supuesto, que esa competencia no se solape, como es habitual y veremos que ocurre en la mayoría en los Estados Federales, con la competencia de la

⁴² Cfr., LUCAS VERDU, P. *Curso de Derecho Político*. Vol. II...p. 320.

⁴³ Para profundizar sobre este pronunciamiento, Vid., RUIZ ROBLEDO, A Y CHACÓN PIQUERAS, C. “Comentario al dictamen del Tribunal Supremo Canadiense de 20 de Agosto de 1998 sobre la secesión de Quebec”. En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 3 (1999). Pp. 275-283.

⁴⁴ Art. 91. C.CA.

⁴⁵ Nos referimos a la mención al Dictamen de 20 del Agosto de 1998 (*Re Secession Quebec [1998]*, 2 SCR 217).

⁴⁶ Sobre todo esto, Cfr., CASTELLA ANDREU, J. M^a. “Canadá: un laboratorio del federalismo” en SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J.J. (ed.). *La Reforma Federal. España y sus siete espejos*. Biblioteca Nueva. Madrid. Pp. 259-309.

Federación, pues su Constitución incorpora, aunque solamente desde 1982 (año a partir del cual, recordamos, deja de ser las ulteriores reformas necesariamente formalmente aprobadas por el *British Parliament*), la denominada la Carta canadiense de Derechos y Libertades. De hecho, “en Canadá, se considera con carácter general que los derechos y libertades no constituyen un ámbito de competencia como tal, que podría ser atribuido a un orden de gobierno o a otro, se trata más bien de una materia según la cual el gobierno federal y las provincias pueden ejercer sus competencias, ya sea para proteger los derechos y libertades, para modificarlos o, en fin, para limitarlos”⁴⁷. Piénsese además que los distintos instrumentos para la protección de los Derechos Fundamentales (nivel federal y provincial) en Canadá responden a distintas concepciones acerca de los mismos⁴⁸. De este modo, nos indica el Profesor J. Woehrling, tanto la Federación, como concretamente tres provincias (Quebec, Sakatchewan y Alberta) y uno de los tres territorios (Yukon), han adoptado tanto códigos antidiscriminatorios (que son los documentos clásicos referentes a derechos en este estado), así como las más modernas Declaraciones de Derechos que, además, en el caso de Quebec, incluye, también, derechos sociales⁴⁹. Una última ventaja, frente a la Carta Canadiense, de las declaraciones provinciales, es que a diferencia de aquellas, éstas se aplican también en las relaciones *inter privatos*⁵⁰. Pero desgraciadamente, al igual que veremos que ocurre en todos los Estados analizados donde se han reconocidos derechos sociales a nivel infraestatal, tampoco aquí pueden ser considerados como verdaderos y propios derechos, pues la cláusula de primacía de la ley quebequesa de derechos civiles, políticos y sociales afecta sólo a los dos primeros tipos de derechos, de manera que no se pueden impugnar leyes provinciales por violación de la Carta con base a preceptos relativos a derechos sociales.

En cualquier caso, los restantes derechos reconocidos tanto a nivel federal como a nivel estatal se protegen normalmente por los Tribunales ordinarios. Sin embargo, que Canadá tenga una organización judicial muy diferente a los Estados

⁴⁷ Cfr., WOEHLING, J. “Superposición y Complementariedad de los Instrumentos Nacionales y Provinciales de Protección de los Derechos del Hombre en Canadá” en APARICIO, M.A. *Derechos y Libertades en los Estados Compuestos*. Atelier. Barcelona 2005. P. 71.

⁴⁸ Vid., GRAMMOND, S. “Canadian Federalism, Cultural Diversity and Conceptions of Fundamental Rights”. En CASTELLA ANDREU, J. M^a Y GRAMMOND, S. *Diversidad, Derechos Fundamentales y Federalismo. Un diálogo entre Canadá y España*. Atelier. Barcelona. 2010. Pp. 30-35.

⁴⁹ Cfr., WOEHLING, J. “Superposición y Complementariedad...” P. 77 y ss.

⁵⁰ Cfr., FRÉMONT, J. “Derechos fundamentales en el sistema constitucional canadiense: entre la Carta constitucional y los códigos provinciales”. *Revista Vasca de Administración Pública*. N° 82 (II). P. 192.

Unidos y a México, mucho más simplificada en el sentido de que en lugar de dos niveles judiciales (estatal o local y federal) con competencia en uno y otro Derecho respectivamente, por más que pueda resultar más racional en ciertos sentidos⁵¹, no deja tampoco de generar alguna cuestión paradójica. La Constitución establece que los Tribunales ordinarios y los de apelación son competencia de las provincias mientras los Tribunales superiores lo son de la Federación, terminando la organización judicial en una única Corte Suprema⁵². Lógicamente, con esta organización judicial los particulares que se ven afectados en sus derechos deben recurrir a los tribunales e impugnar el acto o disposición lesiva, pudiendo basarse en la carta de derechos provincial contra actos o disposiciones de derecho provincial adoptadas por las autoridades de la Provincia y en la Carta Canadiense de Derechos Fundamentales de 1982 en todo caso, pudiendo incluso (y esto es lo paradójico) presentar un doble recurso ante el mismo Tribunal, que deberá analizarlo de modo independiente, pudiendo decretar la doble anulación del acto o disposición, o su anulación en virtud de uno de los instrumentos de derechos mencionados⁵³. Con esta organización judicial se produce, a diferencia de en los otros Estados federales que analizamos, un efecto centralizador⁵⁴, y en buena medida porque es muy difícil (a nuestro juicio resultaría incluso esquizofrénico), como afirma el Profesor J.C Grant, aplicar la doctrina de la interpretación independiente (que hemos visto rige en los Estados Unidos) cuando son los mismos Tribunales los que interpretan las constituciones de uno y otro nivel territorial. Lo que si permite, la diversidad de derechos que estamos analizando, es la posibilidad de experimentación, innovación e imitación cuando los resultados son satisfactorios entre instancias de poder, lo que puede revitalizar el ejercicio de los derechos⁵⁵.

⁵¹ El Profesor J. C Grant admira el modelo, simplificado no obstante federal, desde el razonamiento, que no es incorrecto, de que la duplicidad de dos niveles jurisdiccionales puede resultar problemático en los ámbitos que, como ocurre en todos los sistemas federales, son difícilmente encuadrables en uno u otro orden competencial (*Vid.*, GRANT, J.C. “El poder judicial y el problema de las leyes en un sistema federal. Un caso de interpretación constitucional” En AAVV. *La Interpretación Constitucional*. IJ-UNAM. México. 1975. Pp. 59-72.

⁵² *Vid.*, arts. 96-101 C.C.A.

⁵³ Cfr., WOEHLING, J. “Superposición y Complementariedad de los Instrumentos...” P. 88.

⁵⁴ Cfr., WHOERLING, J. “Las consecuencias de la aplicación de la carta canadiense de derechos y libertades para la vida política y democrática y para el equilibrio del sistema federal”. En GAGNON, A-G. *El federalismo canadiense contemporáneo. Fundamentos, tradiciones e instituciones*. Tirant Lo Blanch. Valencia 2010. Pp. 267-303.

⁵⁵ Cfr., WOEHLING, J. “Superposición y Complementariedad de los Instrumentos...” P. 91.

II.2.2.2) México⁵⁶.

Como indicábamos páginas atrás, es el objetivo de estos epígrafes mostrar cómo al igual que en Europa, se producen en el continente norteamericano fenómenos de imitación del modelo federal estadounidense. Tanto en México, que analizamos a continuación, como en Argentina, que abordaremos después, la trasposición del modelo incluyó, no obstante, características propias. En el caso de México las enseñanzas de una comparación con España son notables⁵⁷, en primer lugar, porque su diseño institucional es más similar al nuestro y, en segundo lugar porque las últimas tendencias en el desarrollo de su sistema federal, y especialmente en la proclamación de derechos a nivel infraestatal muestra una evolución, temporal y material, también prácticamente idénticas, con la notable diferencia de que en el país centroamericano esta evolución estaba expresamente permitida por la norma constitucional. Allí, sin embargo, como aquí, se han planteado bastantes dificultades en la *praxis* constitucional para el despliegue de la efectividad de estos derechos.

No es menester aquí, como se comprenderá, desarrollar la historia del federalismo mexicano, pero si nos interesa dejar constancia de que se aprecia la misma evolución que en los Estados Unidos y Argentina. Esto es: a la fundación (o en este caso refundación) del Estado federal con la Constitución de 1917 sucedió un periodo de centralización de competencias y fortalecimiento del Estado federal, con una consiguiente pérdida de protagonismo jurídico y político de los entes federados, que se ha invertido en los últimos años.

Tanto en la Constitución de 1857 como en la de 1917 se establece, en su artículo 40, que:

⁵⁶ Este epígrafe se redactó gracias a una estancia de investigación en la Universidad Anáhuac de Xalapa (Veracruz) y en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México D.F). Quiero dejar constancia de mi sincero agradecimiento a los Profesores Ruy Rodríguez- Gabarrón Hernández, Ricardo Murga Contreras, Daniel Barceló Rojas y Cesar Astudillo Reyes por su hospitalidad y sabios consejos durante la misma. Y también, un recuerdo muy especial para el Profesor Jorge Carpizo, tristemente ya fallecido, por todas las atenciones que me brindó.

⁵⁷ Precisamente debido a esta posible retroalimentación entre modelos escribí, en la obra homenaje al Profesor J. Carpizo, quien fue mi anfitrión en México D.F durante mis investigaciones en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Me refiero al trabajo: FONDEVILA MARÓN, M. "Las declaraciones de derechos en las constituciones estatales. Una comparativa México-España". En LEÓN BASTOS, C. Y WONG MERAZ, A . *Teoría de la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Jorge Carpizo en Madrid*. Porrúa 2010. Pp. 333-413.

Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental⁵⁸

Aunque, y como cualquiera puede imaginarse, durante la dictadura de Porfirio Díaz la realidad del federalismo quedo reducida a la nada, lo que, como es sabido, supuso el surgimiento de algunas fuerzas centrífugas que dieron lugar al proceso revolucionario que desembocó en una nueva Constitución. Siguiendo a la Profesora A. Hernández, habría que indicar que en Congreso de Querétaro no existía únicamente la representación de estas tendencias sino que existía también quienes apostaban por lo que ella califica de “federalismo administrativo” con una esfera competencial más reducida en manos de los estados⁵⁹. Pero la Constitución de 1917 instauraba, junto con el Estado Federal un Estado Democrático y Social que reconocía un catálogo de los derechos que habitualmente se llaman de “tercera generación”⁶⁰. Este hecho es relevante porque, de acuerdo también con esta autora, la posterior centralización comenzó con dos procesos: El primero fue el cambio en la designación de los Magistrados de la Suprema Corte, que pasaron de ser elegidos por el Congreso, a propuesta de las legislaturas de los estados, a ser elegidos directamente por el Ejecutivo, con la aprobación del Senado, que supuso una reforma constitucional en 1928. En segundo lugar, la transferencia a la Federación de competencias económicas (lo que nos recuerda en cierto modo a lo que ocurrió en el país vecino) y laborales, por considerar que las diferentes legislaciones suponían un perjuicio al comercio⁶¹. Pero junto con estas cuestiones más jurídicas existieron igualmente factores políticos que favorecieron esta tendencia centralizadora cuyo auge sitúa la Profesora del Colegio de México en los años 60: el hiperpresidencialismo, y a este respecto hay que recordar que la Constitución de 1917 fortaleció el papel del Presidente, entre otras cosas, eliminando la vicepresidencia de la Nación. En segundo lugar, la predominancia del PRI durante décadas. El punto de inflexión llegó en la década de los ochenta, con algunas reformas como la del art. 115 para fomentar el papel de los municipios, la reforma agraria y la federalización de la educación básica, junto con también la propia redefinición del

⁵⁸ Como es sabido, este artículo se ha reformado recientemente (DOF 30-11-2012) para añadir el adjetivo “laica”.

⁵⁹ Cfr., HERNÁNDEZ CHAVEZ, A. “Federalismo y Gobernabilidad en México” en CARMAGNANI, M (ed). *Federalismos latinoamericanos: México/Brasil/Argentina*. Fondo de Cultura Económica. México. P. 266.

⁶⁰ Para mayor profundización y, también, sobre las teorías doctrinales de los mismos remitimos a DE VEGA GARCÍA, P. “El problema de los derechos sociales en el Estado social”. En *Anuario Jurídico de la Rioja*. Nº 3 (1997). Pp. 365-386.

⁶¹ HERNÁNDEZ CHAVEZ, A. “Federalismo y Gobernabilidad... p. 281.

Partido Revolucionario Institucional⁶². En las próximas páginas vamos a tratar de exponer las últimas manifestaciones de este federalismo de corte descentralizador, especialmente con la aparición, en el año 2000, de lo que podríamos denominar, un nuevo constitucionalismo local.

Como en España, Italia y Argentina, el constitucionalismo estatal mexicano de la década pasada se ha caracterizado por innovar sobre todo en el aspecto social, incluso aun cuando, como es sabido, la Constitución Federal mexicana fue la primera en proclamar derechos sociales en 1917. Ello no quiere decir que no contengan, también, derechos de los llamados de primera y segunda generación, y así casi todas las constituciones estatales recogen el derecho clásico de igualdad de sexo y prohibición de discriminación, el derecho de información, a la protección de datos y a la libertad de expresión. El estado de Puebla, reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Al menos seis Estados reconocen expresamente el derecho a la vida, que en alguno de ellos (Durango y Morelos) tiene el sentido de prohibición del aborto. También algunos Estados prohíben expresamente la pena de muerte. El derecho a la intimidad sólo es reconocido expresamente en un Estado. Además, Sinaloa, reconoce el derecho a la investigación y la publicación de los resultados (es decir, con otras palabras, la libertad de Cátedra). Por su parte, Nayarit y Oaxaca reconocen el derecho a la libertad religiosa y de culto. También Nayarit reconoce el derecho a la libre circulación. Además, varios Estados, hacen una enumeración, normalmente bastante exhaustiva, de los derechos de la víctima y del ofendido en los procesos penales (para los que tienen competencia). Por último, el estado de México reconoce el derecho al Honor. Es muy común encontrar también los clásicos derechos políticos (voto, asociación, participación), junto con el derecho de petición, muy común en los nuevos catálogos de derechos. Algún estado, como Oaxaca, reconoce además el derecho a portar armas. La mayoría de estos derechos están generalizados a pesar de que, de una u otra manera, ya están reconocidos en la Constitución Federal. También, a pesar de la regulación, por lo demás bastante exhaustiva que hace la CPEUM, la regla general es que todos los Estados reconocen su composición cultural, y, en consecuencia, reconocen unos derechos típicamente indígenas. Pero sobre todo, al igual que España, las constituciones estatales que han reconocido derechos se han centrado fundamentalmente en los derechos sociales, entre los que destacan: el derecho al trabajo, derecho de

⁶² *Ibidem.* p. 295.

menores, derecho de ancianos, deporte y cultura, medio ambiente, distintos derechos de familia (matrimonio, protección de los hijos), a la no violencia, derecho a la educación. A diferencia de por ejemplo España, donde todos los nuevos Estatutos de Autonomía excepto Castilla y León han declarado el derecho a una vivienda, este derecho solamente aparece reconocido en las constituciones de Durango, Oaxaca, y San Luis Potosí. Por último, y de forma casi anecdótica, es interesante el derecho al uso de la tierra que reconoce el Estado de Hidalgo.

Ahora bien, el modo de aplicarlos, por las particularidades de la Constitución mexicana, será algo diferente al de los Estados Unidos. La cláusula residual en favor de los Estados que contiene el art. 124 CPEUM supone que nadie dude (a diferencia de en España) de que la proclamación de derechos en las constituciones estatales es perfectamente legítima. De hecho, nos sorprende la relativa poca importancia que la doctrina ha dado a este fenómeno. Una notable excepción la constituye la obra del Profesor D.A Barceló. Según este autor, en México es aplicable la doctrina, forjada en los Estados Unidos de los años 70, del “*nuevo federalismo judicial*”, según la cual, la Constitución Federal establece un mínimo de derechos, los cuales pueden ser ampliados por las constituciones estatales, al igual que ocurre con la interpretación de los mismos: los poderes judiciales locales, cuando exista duplicidad de declaraciones de derechos podrán interpretar los derechos consagrados en sus constituciones estatales, de contenido análogo a un precepto de la Constitución federal de una forma más generosa a como los tribunales federales han interpretado aquellos, pero nunca de una forma más restrictiva⁶³. La misma opinión comparte el Profesor M. Carbonell, que añade, sin embargo, un matiz a la forma en que las entidades federativas deben declarar estos derechos:

“Al redactar o modificar sus catálogos de Derechos Fundamentales las entidades federativas pueden y deben ir más allá de lo que establece la Constitución federal. Pueden innovar. Ahora bien, lo primero que deben hacer al intentar dotarse de un régimen moderno de Derechos Fundamentales es *acudir a las fuentes autorizadas de inspiración*. (...) Estas fuentes son el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...) y el Derecho Constitucional comparado”⁶⁴

⁶³ Cfr. BARCELÓ ROJAS, D.A. “La función de los Derechos Fundamentales de las Constituciones estatales mexicanas, contribución a la teoría de la constitución estatal”. En FERRER MCGREGOR, E y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Marcial Pons. México 2008. Tomo IV. Pp. 119-120.

⁶⁴ Cfr. CARBONELL, M. M. *Los Derechos Fundamentales y el Constitucionalismo Local*. (documento de trabajo). UNAM 2009. p. 7. (la cursiva es mía). Esta afirmación es diferente a la que sostenía en su libro sobre constitucionalismo estatal J.B Alberdi, que expondremos en el siguiente epígrafe, y con el que coincidimos en mayor medida.

Afirma además el Profesor D. A. Barceló, que de no proclamar e interpretar sus propios derechos, algo que considera un deber para los entes federados mexicanos, estos estarían cediendo la soberanía que les atribuye la Constitución Federal⁶⁵.

Aquí hay, como puede apreciarse, tres afirmaciones distintas que conviene comentar por separado: La primera es, que las constituciones estatales pueden contener catálogos de derechos que vengán a ampliar (nunca reducir) el catálogo federal. La segunda, que los Tribunales estatales, al interpretar los derechos duplicados, pueden hacer una interpretación más amplia, nunca menos, de los derechos. La tercera, que esto es un deber de soberano.

Comenzando por el final, rechazamos la tercera de las afirmaciones porque los Estados mexicanos no son, como hemos sostenido, soberanos, tal como acabamos de exponer; por ello, a fin de evitar inútiles reiteraciones, nos remitimos a lo dicho en párrafos anteriores para un mayor abundamiento. Analizaremos ahora las otras dos cuestiones.

Siguiendo el orden inverso que hemos establecido en el párrafo anterior, debemos decir, con el mayor de los respetos, que tampoco estamos de acuerdo con la segunda afirmación. Y ello por tres razones:

En primer lugar, y en un orden de ideas general, esgrimimos un primer argumento de carácter axiológico: porque todo derecho subjetivo en poder de una persona implica un deber para otro es difícil determinar que se entiende por una interpretación más generosa. Habrá casos en los que exista cierto consenso a nivel internacional, pero esta regla es inaplicable, como siempre, a los supuestos límite. Por ejemplo, hacer una interpretación del derecho a la vida tal que permita el aborto en un buen número de supuestos, ¿es una interpretación más laxa, en tanto que otorga a las mujeres un mayor control sobre su propio cuerpo, y les concede la decisión última acerca de su maternidad, o es una interpretación más restrictiva en lo que se refiere al derecho del *nasciturus*? Para que no se nos acuse de poner reiteradamente un supuesto límite para discrepar de las opiniones que no compartimos acudiremos a un Derecho Fundamental clásico, por ejemplo, la libertad de prensa: una interpretación de la libertad de prensa que ampare un mayor número posible de expresiones que pueden ser divulgadas por los medios ¿es una interpretación más amplia de este derecho o es una restricción del derecho al honor del sujeto protagonista de la noticia? La interpretación

⁶⁵ Cfr. BARCELÓ ROJAS, DA. “La función de los Derechos....”. p. 137.

de los Derechos Fundamentales, y esto es un pensamiento unánime en la doctrina, exige de una *ponderación* entre los derechos, lo cual no quiere decir sino que no es posible una interpretación más amplia de todos ellos. Si los Tribunales de un estado interpretasen de modo más amplio, en juicio, el Derecho Fundamental de una persona estaría necesariamente limitando el Derecho Fundamental de otra, lo que nunca es admisible dentro de un mismo Estado. Una interpretación más amplia de los derechos que están duplicados respecto de la Constitución Federal sólo cabría respecto de Derechos Fundamentales (por ejemplo, de acceso a la información) que se ejerciten contra la Administración Pública estatal.

El segundo argumento en contra, de carácter también general, pero formal, hace alusión al principio de *supremacía constitucional*. Si ya hemos asentado que los derechos de las Constituciones estatales se ven limitados, no sólo territorial, sino también competencialmente, y aunque, como con acierto señala el Profesor D. Barceló, el artículo 124 de la CPEUM reserva todos aquellos derechos no atribuidos a las autoridades federales a las entidades federativas, esto se traduce en que si bien pueden – por más que ello suponga una pésima técnica legislativa – reproducir o remitirse a los derechos consagrados en la Constitución federal, la interpretación habrá de ser la misma, pues, en caso contrario, están falseando el contenido de la voluntad soberana expresado en la Constitución de la Federación. Los Tribunales estatales, son, evidentemente, independientes, y en virtud de ello podrán interpretar sin injerencia federal ninguna los derechos propios consagrados en sus constituciones estatales, pero en cuanto a los derechos de contenido análogo a la Constitución Federal deberán estar a la interpretación que de los mismos hagan estos, no porque exista ningún tipo de jerarquía orgánica entre uno y otro poder judicial, sino, porque lo contrario supondría un *falseamiento de la Constitución*. Una cosa es decir, como hemos señalado por la pluma del Profesor M. Carbonell que los Derechos Fundamentales deben ser protegidos por todos los poderes públicos, y otra es afirmar que la interpretación de los mismos puede variar dentro de un mismo Estado federal, puesto que ellos supondría, una invasión en las competencias federales. Porque si una Garantía Individual consagrada en la CPEUM tuviera en México treinta y una interpretaciones divergentes, no habría espacio territorial donde la interpretación federal fuese aplicable. Aquí se impone, de nuevo, la misma matización que en el párrafo anterior: igual que defendemos la posibilidad de que las Constituciones estatales contengan, para todos, un catálogo de derechos más amplio (nunca más reducido) que el de la Constitución federal, en aquellos supuestos

donde una interpretación más favorable no vaya a suponer un estatus menor de derechos para ningún ciudadano (de nuevo, especialmente los derechos que se ejercitan frente a los poderes públicos) la tesis del Profesor D. Barceló será admisible.

El último de los argumentos en contra de la tesis según la cual los Tribunales estatales podrían hacer una interpretación más amplia de los derechos duplicados es de carácter formal, y de carácter concreto exclusivamente para el caso de México. Como ya hemos tenido ocasión de ver, el Constituyente de Querétaro quiso regular el recurso de amparo, si bien de forma criticable, de manera que únicamente pudieran conceder el amparo ante la vulneración de las Garantías por cualquier poder público, federal o estatal, los tribunales federales. Por lo tanto, ocioso debiera resultar decir, que si las Constituciones estatales reproducen Garantías Individuales consagradas en la Constitución Federal, y los tribunales estatales amparan (¡incluso aunque fuera de la misma forma que los tribunales federales!) estos derechos, se estaría produciendo una flagrante vulneración de lo dispuesto en los artículos 103 y 107 CPEUM. Para que los Tribunales estatales pudieran amparar derechos que son reconducibles a las Garantías Individuales, sujetos, claro está, a la interpretación que de estos hiciesen los Tribunales federales, sería necesario reformar la CPEUM y la Ley de Amparo.

Como no podía ser de otro modo, nada tenemos que objetar a que las constituciones estatales proclamen derechos que amplíen – insistimos – sin entrar (por las particularidades de la Constitución mexicana, en especial los art. 103 y 107 constitucionales) en contradicción con la Constitución Federal el mínimo que ésta establece, tal y como ocurre – tal y como tratamos de mostrar en este trabajo – en muchos Estados federales, y que recojan su propio modo de protegerlos aunque esto, en México, como vamos a ver a continuación, ha supuesto no pocos problemas.

Con base, de un lado, en lo dispuesto en los artículos 40 y 41 CPEUM concerniente a la autonomía política de los Estados, y de otro, en lo dispuesto en el artículo 116 del mismo texto jurídico concerniente a la organización interna de los mismos, a partir del 2000 los Estados mexicanos han ido desarrollando, de forma tan legítima como problemática, las propias declaraciones de derechos y diversos sistemas de justicia constitucional, aunque las limitaciones constituciones suponen que a nuestro juicio, estos resulten bastante insatisfactorios. Si bien no existe un único modelo de justicia constitucional, pudiendo apreciarse diferencias entre los Estados que sintetizaremos a continuación, sí existe, sin embargo, un común denominador a la mayoría de ellos: de una u otra forma, todos los estados mexicanos han establecido,

como órgano constitucional último, una sala constitucional inserta dentro de la planta de sus respectivos Tribunales Superiores de Justicia. Las razones por las que, con los inconvenientes que tiene decantarse por esta opción híbrida entre el control difuso de la tradición americana y el control concentrado en un Tribunal Constitucional al modelo kelseniano propio de la tradición europea, que ya hemos señalado páginas más arriba, son, a juicio del Profesor C. Astudillo, quién ha estudiado a fondo el asunto, las siguientes: a) La tradición mexicana de confiar al Poder Judicial de la Federación la salvaguarda de las “garantías individuales”, b) una lectura restrictiva del principio de división de poderes, de tal forma que la creación de un poder al margen de la triada montesquiana es vista con cierto escepticismo, c) ello supone que sea difícil de aceptar la existencia de un tribunal constitucional autónomo e independiente del Poder Judicial, d) la “atrofia” del poder político local, consecuencia de lo que antes hemos referido respecto de la preponderancia del PRI, sometido a décadas de “dominación” propicia la poca originalidad de las reformas posteriores a 2000, e) finalmente, la idea [restrictiva] que en México se tiene de los Tribunales Constitucionales, porque, entendidos éstos simplemente como el intérprete último de la Constitución, no resulta que los órganos creados en las entidades federativas se proclamen Tribunales Constitucionales a todos los efectos⁶⁶.

Estas Salas Constitucionales tienen competencias distintas que ejercen de un modo también diferente, pero como se entiende fácilmente, el objetivo de este trabajo es tan sólo comparar aquellos Estados que han otorgado a sus Salas Constitucionales competencia un juicio de protección de Derechos Humanos, configurando así una especie de amparo local, a saber: Veracruz y Tlaxcala.

El Estado de Veracruz, el primero en reformar su Constitución en Febrero de 2000 para incorporar Derechos Humanos, es además el caso más paradigmático, por haber incorporado el juicio de Protección de los Derechos Humanos como una competencia de la Sala Constitucional de su Tribunal Superior de Justicia. La regulación básica de dicho “amparo local”⁶⁷ se encuentra contenida en el artículo 64.1 CV que establece lo siguiente:

⁶⁶ Cfr. ASTUDILLO REYES, C. “Las Salas Constitucionales en México” en GONZÁLEZ OROPEZA Y FERRER MC-GREGOR. *La Justicia Constitucional en las Entidades Federativas*. Editorial Porrúa. México 2006. Pp. 13-35. pp. 24-25.

⁶⁷ Por cierto, el amparo en México tiene, como en Argentina, un origen local. (Yucatán 1841). Cfr. GONZÁLEZ OROPEZA, M. “Yucatán: origen del amparo local”. *Revista Jurídica Jalisciense*, num. 5. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad de Guadalajara. p. 30.

“Para el cumplimiento de las atribuciones señaladas en las fracciones I y II del artículo 56 de esta Constitución, el Tribunal Superior de Justicia contará con una Sala Constitucional, integrada por tres magistrados, que tendrá competencia para:

I. Conocer y resolver, en los términos de la ley respectiva, del juicio de protección de derechos humanos, por actos o normas de carácter general que conculquen derechos humanos que el pueblo de Veracruz se reserve, provenientes de:

- a) El Congreso del Estado;
- b) El Gobernador del Estado; y
- c) Los titulares de las dependencias o entidades de la administración pública estatal, municipal y de los organismos autónomos de Estado”. (...)

Este precepto contiene algunos elementos problemáticos: Desde un punto de vista amplio, podemos criticar que esta especie de amparo local se erija sólo con respecto de actos emanados de las administraciones públicas, cuando, en la actualidad, es tanto o más probable que las vulneraciones a los Derechos Humanos, sobre todo los de nueva generación procedan de sujetos particulares⁶⁸. Por ejemplo, sin salirnos de Veracruz, es muchísimo más probable, entendemos, que la vulneración del Derecho a un Medio Ambiente saludable contenida en el artículo 8 de su constitución se produzca por la acción de un particular (vertido de empresa, por ejemplo), que por la acción de un poder público. No entendemos tal opción, y más cuando el juicio de protección de Derechos Humanos está encaminado a satisfacer económicamente al ofendido, no a buscar la derogación de la Ley supuestamente violadora de Derechos Humanos. Ésta es una de las razones, quizás, por lo que la experiencia de la Sala Constitucional de Veracruz en lo que se refiere a este juicio de protección puede denominarse, sin paliativos, como un fracaso. A pesar de que el juicio puede ser sustentado tanto por la persona agravada como por la Comisión Estatal de Derechos Humanos, tal y como reza la Ley de 5 de Julio de 2002, con posterioridad a esta ley, en 2003, únicamente se sustentaron dos juicios de esta naturaleza ante la Sala Constitucional. Podría pensarse, que es algo común, cuando se establece un órgano de naturaleza constitucional, que, sobre todo, al principio, los operadores jurídicos, por desconocimiento de las posibilidades jurídicas que ofrece, no promuevan procesos ante el mismo. Pero ocurre, que hasta que en sus primeros 9 años de actividad, esta sala constitucional apenas había concluido treinta juicios de protección de Derechos Humanos, y todos ellos para rechazar la pretensión del demandante. Es cierto, se podrá alegar, que hay casos que no

⁶⁸ En el mismo sentido RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *Libertad civil e ideología democrática. De la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación liberalismo-democracia*. IJ-UNAM. México 2008. pp. 98 y ss. Claro que, al parecer, no cabía otra opción, pues a la hora de promulgar la Ley de 5 de Febrero de 2002 se ponderó, los argumentos que los Magistrados del voto discrepante a la tesis de la constitucionalidad de la nueva regulación constitucional-local del Estado de Veracruz acerca de que este juicio pudiera versar de violaciones directas a la Constitución. Cfr. MORALES CARRASCO, R. “Medios de control constitucional en Veracruz”, en GONZÁLEZ OROPEZA Y FERRER MC-GREGOR. *La Justicia Constitucional...* pp. 921-958. P. 945.

llegaron a una resolución definitiva porque las partes llegaron a un acuerdo, y que estos eran precisamente aquellos casos en que la parte procesal de la autoridad pública podía prever un desenlace desfavorable a sus intereses, pero este argumento no es, de modo alguno, suficiente para justificar la existencia de este proceso judicial. Ésta puede ser, en definitiva, una de las razones del fracaso, la otra, es apuntada por la Magistrada Haydée González, integrante de esta sala:

“Era ya tan común, tan conocido, tan promovido el juicio de amparo, y además, tan difícil separar los derechos humanos de las garantías individuales, que todo litigante prefería promover un amparo, pues le interesaba más la suspensión del acto reclamado que la indemnización económica del daño y el perjuicio aún moral ocasionado, y por esa razón nuestro “amparito” no ha funcionado como se tenía previsto”⁶⁹

En aquel momento (2004), la señora magistrada aún sostenía que el futuro una norma no puede quedar condicionado a su eficacia, pues “en los años venideros podría llegarse al perfeccionamiento de este instrumento constitucional estatal, situación que aconteció con el propio juicio de amparo”. Hoy por hoy, podemos afirmar, a la luz de lo expuesto que esto no ha ocurrido, y de hecho, las recientes reformas constitucionales en México no han adoptado este instrumento procesal. Creemos por lo tanto, que si éste ha de persistir, debe procederse a alguna reforma en aras de su efectividad, si bien, confesamos humildemente, no tenemos una fórmula precisa que proponer.

El segundo aspecto criticable, ya desde una perspectiva particular, del citado precepto, es esa oscura y misteriosa expresión de “*Derechos Humanos que el Pueblo de Veracruz se reserve*”. No vamos aquí a hacer una disertación sobre la función exacta que los Tribunales Constitucionales deben cumplir en la actualidad. Lo que nos interesa, por el contrario, es simplemente advertir contra el riesgo de este órgano se convierta en un súper-legislador. Esto se puede producir, qué duda cabe, cuando el Tribunal Constitucional, obviando el deber de auto-contención inherente a la posición que ocupa en el ordenamiento jurídico va más allá de lo que es la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, para dar recomendaciones, o fijar límites al legislador. Pero ocurre también, y esto es lo que ahora nos interesa, cuando el legislador pone en manos de este órgano unas competencias exorbitantes, que, por otra parte, y en tanto que son ley, el órgano constitucional no puede dejar de ejercer. Así pues, cuando dejamos, *última ratio*, que sea el órgano constitucional el que intérprete cuáles son los derechos que el Pueblo de Veracruz se reserva, ocurre que convertimos a este órgano, ni

⁶⁹ GONZÁLEZ REBOLLEDO, H. “Los juicios de Protección de Derechos Humanos en Veracruz. Análisis de los problemas en la resolución de los casos presentados en el 2003”. En GONZALEZ OROPEZA Y FERRER MC-GREGOR *La Justicia Constitucional...* p. 910.

más ni menos, que en el soberano del Estado. Dependerá, como se entiende fácilmente, de la composición ideológica de la Sala, que se reconozca que debajo de esta expresión se encuentran contenidos más o menos derechos. Y esto es algo que repugna a la teoría democrática.

Conviene subrayar que, aunque no se estipule en la constitución de un Estado el juicio de protección de Derechos Humanos, y en tanto que éste, se sustenta únicamente con el fin de perseguir una indemnización económica, el ciudadano no está nunca, de ningún modo, indefenso frente a la vulneración de los derechos establecidos en la constitución estatal. De un lado, cuando se trate de actos legislativos, dos cuestiones importantes deben señalarse: En primer lugar, cabrá siempre un amparo ante el juez federal, que puede ser revisado por el Tribunal Colegiado de Circuito, y a este respecto, es destacable que la Corte Suprema se despreocupa del conocimiento de tales asuntos⁷⁰. En segundo lugar, siendo esto así, se da una circunstancia: tratándose de una vulneración indirecta a la Constitución Federal, este amparo ante el juez federal se debe hacer, tras agotar todos los cauces ordinarios, incluido el juicio de protección de derechos humanos, según ha defendido tanto la doctrina como la jurisprudencia, de forma tal que se crea una nueva oportunidad procesal para el agraviado que, tras el juicio de protección puede acudir al amparo, tras haber conseguido antes una indemnización económica⁷¹. Esto demuestra que no era del todo cierta la explicación que para el fracaso de este instrumento vimos que ofrecía la Magistrada de la Sala Constitucional de Veracruz: sólo lo es, en el sentido en el que la experiencia demuestra que lo que urge al particular es la nulidad del acto antes que ninguna compensación, y no desea esperar por ella. Ahora bien, si esto es así, debemos entonces preguntarnos la compatibilidad de este proceso tradicional con el juicio de protección de los Derechos Humanos, y a tal efecto una cuestión relevante: Teniendo en cuenta que el artículo 60 de la Ley del Juicio de Protección de Derechos Humanos de Veracruz establece que “Las sentencias dictadas por la Sala Constitucional no admitirán recurso alguno”, aunque aún no ha habido pronunciamiento de la Suprema Corte sobre este precepto, cabe esperarlo, por cuanto, creemos, a pesar de que un Tribunal Colegiado de Circuito se ha

⁷⁰ *Vid.* artículos 107, fracción VIII, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 84, fracción I, inciso a), de la Ley de Amparo y 10, fracción II, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y Tesis 2a. LIX/98, de la Sala Segunda de la Suprema Corte de la Nación, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VII, Abril de 1998, p. 246.

⁷¹ Cfr. MORALES CARRASCO, R. “Medios de control...”. Pp. 943-954.

pronunciado en sentido contrario⁷², que se vulnera la Ley de Amparo en su artículo 1o Sección III. De otro lado, para los demás actos de otras autoridades, gozará con la protección de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos, institución común (a diferencia de España donde el Ombudsman autonómico es excepcional) en los Estados.

Cabe preguntarse si esta figura constitucional vulnera lo dispuesto en la CPEUM acerca del juicio de amparo, que ya hemos comentado. La respuesta, como es sabido, que ha dado la Corte Suprema de Justicia de México a esta pregunta es negativa. Asumiendo la teoría del “nuevo federalismo judicial”, que ya hemos explicado, en una tesis aislada se sostiene que:

“De la interpretación armónica y sistemática de lo dispuesto en los artículos 4o., párrafo tercero, 56, fracciones I y II y 64, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Veracruz-Llave, así como de la exposición de motivos del decreto que aprobó la Ley Número 53 mediante la cual aquéllos fueron reformados, se desprende que la competencia que la Constitución Local le otorga a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave, se circunscribe a conocer y resolver el juicio de protección de derechos humanos, pero únicamente por cuanto hace a la salvaguarda de los previstos en la Constitución de aquella entidad federativa, por lo que dicha Sala no cuenta con facultades para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Acorde con lo anterior, se concluye que los preceptos citados no invaden las atribuciones de los tribunales de la Federación, en tanto que el instrumento para salvaguardar los derechos humanos que prevé la Constitución Local citada, se limita exclusivamente a proteger los derechos humanos que dicha Constitución reserve a los gobernados de esa entidad federativa; mientras que el juicio de amparo, consagrado en los artículos 103 y 107 de la propia Constitución Federal, comprende la protección de las garantías individuales establecidas en la parte dogmática del Pacto Federal, de manera que la mencionada Sala Constitucional carece de competencia para resolver sobre el apego de actos de autoridad a la Carta Magna. Lo anterior se corrobora si se toma en consideración que el instrumento jurídico local difiere del juicio de garantías en cuanto a su finalidad, ya que prevé que la violación de los derechos humanos que expresamente se reserven implicará la sanción correspondiente y, en su caso, la reparación del daño conforme lo dispone el artículo 4o. de la propia Constitución Estatal, lo que no acontece en el indicado mecanismo federal”⁷³.

Aunque esta tesis no lo especifica, por toda la jurisprudencia mostrada, resulta obvio, a nuestro parecer, una cuestión: que la competencia de la Sala Constitucional de Veracruz es predicable respecto de los derechos específicos, no cabe que ésta proteja las Garantías individuales en base a la remisión que a las mismas contiene en su artículo 4. Para la protección de las Garantías Federales seguirá siendo el Amparo la única opción viable.

Con respecto a Veracruz, el otro Estado que ha establecido un juicio de protección de los Derechos Humanos, Tlaxcala, se diferencia de éste, en que, según la Constitución y el artículo 25, fracción II de la Ley Orgánica de este Estado, corresponde

⁷² Vid la Tesis Aislada VII o A 22 K del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito. En *Semanario Judicial de la Federación*. Noviembre de 2007. P. 762. N° de Registro: 170.900.

No. Registro: 170.900.

⁷³ Vid. Tesis Aislada P. XXXIII/2002, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta

XVI, Agosto de 2002, p. 903. N° de Registro 186.307.

al Pleno del TSJ actuando como Tribunal Constitucional el velar por los derechos reconocidos en la norma fundamental del Estado.

El Estado de Tlaxcala es el otro Estado que ha establecido un juicio para proteger los derechos de la Constitución estatal, allí denominados “juicio de protección constitucional”,⁷⁴. Al igual que en el caso de Veracruz, y de forma igualmente criticable, dicho juicio únicamente puede interponerse contra actos de las autoridades públicas⁷⁵. Una primera diferencia entre ambos juicios ya ha sido apuntada: el órgano competente para el conocimiento de estos asuntos es el pleno del TSJET en virtud de lo expuesto en el artículo 81 CT. Sin embargo, una diferencia sustancial, y que creemos, que hace que al particular le resulte aún menos interesante este juicio constitucional que el juicio de protección de Derechos Humanos de Veracruz (téngase en cuenta, que según el artículo 65 de la citada Ley este es de carácter opcional), puesto que únicamente persigue, como este, el restablecimiento del *status quo*, pero no establece por el contrario ningún tipo de indemnización económica⁷⁶.

No queremos poner el punto y final a este epígrafe, sin mencionar una posibilidad, que si bien pueda parecer un rebuscado artificio, pensamos que no es imposible, y de materializarse ayudaría a reforzar la precaria eficacia de los derechos en las constituciones estatales de México. Dice el artículo 14 CPEUM, párrafo cuarto, que “en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”. La hipótesis que nos planteamos es: ¿para aquellos derechos, que no estando recogidos en el capítulo de Garantías de la Constitución Federal, pero que, se incorporan de forma unánime o con contadas excepciones a las constituciones estatales, como puede ser, por ejemplo, el derecho al medioambiente, cabría la posibilidad de considerarlos, de acuerdo al artículo 14 CPEUM “principios del Derecho”?⁷⁷ Para que pudiera ser apreciado por un Tribunal, como se observa, deberían darse una condición: que el estado donde se pretenda aplicar no diga nada, de forma positiva o negativa, ante el derecho que se pretende hacer valer por el demandante. Cumplida esta condición, haría falta como decimos, que este derecho se reconociera en

⁷⁴ Cfr. para mayor abundamiento, ASTUDILLO REYES, C. *Ensayos de Justicia Constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala, y Chiapas*. UNAM. México. 2004. Pp. 177 y ss.

⁷⁵ Vid. Art. 65 LCCET, fracciones I y II.

⁷⁶ *Ibidem*. art. 72.

⁷⁷ Mi agradecimiento al Magistrado De Alba, juez federal y Catedrático de Derecho Constitucional, quien me indicó, entre otros sabios consejos, la posibilidad de esta hipótesis que nos planteamos.

un buen número, difícil de determinar, de entidades federativas, y que en ninguna de ellas – o como mucho aceptando una o dos excepciones – este derecho estuviese explícitamente negado. En caso de duda, debería acudir a las “fuentes autorizadas” de las que hablaba el Profesor M. Carbonell, y que hemos citado anteriormente, de manera que este derecho pudiera ser reconocido un “principio de derecho”, aunque sólo fuera, por causa de los usos. Aceptar esta posibilidad, como decimos no imposible legalmente, ayudaría a dotar de eficacia a los derechos en las constituciones estatales, y en tanto que estos llegarían a tener, incluso eficacia extraterritorial, y se acercarían, entonces sí, a la noción de Derecho Humano.

En conclusión de todo lo expuesto, podemos decir que en México, un federalismo que toma en parte aspectos del norteamericano y en parte establece disposiciones propias, y en especial, para atribuir una posición de superioridad a la jurisdicción federal en los juicios de amparo, ha dificultado el desarrollo de un constitucionalismo estatal por vía de la proclamación y salvaguarda de derechos.

II.2.2.3) Argentina⁷⁸.

En este Estado, al igual que en el que acabamos de analizar, también la trasposición imperfecta (tanto por la diferencia cultural y de sistema político como por la incorporación de especificidades propias) del modelo de referencia (los Estados Unidos) ha dado como resultado resultados no previstos y, también, un cierto malestar en buena parte de la clase política y de la sociedad civil, sobretodo, en las provincias. En Argentina, junto con Venezuela⁷⁹, se da en un grado altísimo la tendencia que hace ya más diez años constató el Profesor F. Fernández Segado sobre la centralización de los sistemas federales latinoamericanos⁸⁰, debido a causas como: 1) la inestabilidad política de algunos países; 2) hiperpresidencialismo; 3) quiebras del sistema

⁷⁸ Este epígrafe fue redactado durante mi estancia de investigación en la Universidad Nacional de Tucumán, bajo la dirección y supervisión del Profesor S. Díaz Ricci, de quién he aprendido mucho sobre el federalismo argentino pero que sobretodo me brindó su enorme hospitalidad para hacer que mi estancia fuera lo más agradable posible. A él, así como a Genaro Fernández quiero agradecer aquí todas sus atenciones. Igualmente al Profesor R. Díaz Ricci y a las Profesoras A. M^a De la Vega, C. Sbdar y M. Cerro por su ayuda en mis investigaciones, sobre todo, en el acceso a bibliografía.

⁷⁹ Desde nuestro humilde punto de vista, de hecho, no se puede hablar de Venezuela como un Estado Federal.

⁸⁰ Cfr., FERNANDEZ SEGADO, F. *El Federalismo en América Latina*. Cuadernos Constitucionales México-España. IIJ-UNAM y Corte de Constitucionalidad de Guatemala. México. 2003. P. 30.

constitucional; 4) condicionamientos de carácter cultural; 5) inhibición de amplios sectores ciudadanos; 6) falta de sensibilidad federal de los partidos políticos; 7) déficit democrático; 8) uso exagerado de la intervención federal. De éstas, sin perjuicio de las otras, creemos que la segunda⁸¹, la tercera⁸², la cuarta⁸³ y la octava son las que más explican este fenómeno, que se ha venido en llamar “desfederalización” (Pedro J. Frías) en la República argentina⁸⁴.

El caso argentino es un caso *sui generis* que dificulta, incluso, al menos para el investigador foráneo, contrastar de un modo empírico si se trata de un caso de federalismo de agregación o de disgregación. Nosotros nos inclinamos por la primera opción, pues además, es lugar común en la doctrina argentina, y lo indicó ya en sus *Bases* el artífice de la Constitución de 1853⁸⁵, el indicar que porque los virreinos de la época colonial española gozaban de cierta autonomía, la creación de la nación argentina tenía que hacerse sobre una base federal. El proyecto de J.B Alberdi estaba pensado, precisamente, para garantizar la unidad de la nación argentina, aun cuando fuese permitiendo el autogobierno de las provincias. Unas provincias que, tras el “pacto federal” (el cuál realmente establecía –de acuerdo con nuestros parámetros - una Confederación)⁸⁶ venían organizándose como estados independientes. Por lo demás, como se verá aun con el acelerado repaso que vamos a hacer en las páginas que siguen, la evolución del federalismo argentino, esto es, una tendencia a la ampliación del poder central hasta tiempos recientes, en los que el proceso, hasta cierto punto, se invierte, es

⁸¹ Respecto del hiperpresidencialismo, como una de las causas que propician la desfederalización de la República argentina Cfr., por todos, HERNÁNDEZ, A. M^a, *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*. Prólogo de Diego Valades, German Bidart Campos y Eduardo García de Enterría. Abeledoperot. Buenos Aires. 2009. P. 258. Hay que tener en cuenta, además, que desde Perón, el hiperpresidencialismo ha tomado derivas autoritarias, y el autoritarismo es, por la propia fuerza de las cosas, contrario a un Estado federal.

⁸² Nos referimos, evidentemente al periodo de dictadura militar.

⁸³ Aunque el Profesor A. M^a Hernández también lo menciona, quizás, y hasta a donde nosotros se nos alcanza, el estudio más completo al respecto sea el clásico: ZAVALÍA, C. *Derecho Federal*. Tercera Edición ampliada con notas de la más reciente jurisprudencia. Compañía Argentina de Editores. Tucuman. Buenos Aires. 1941. Especialmente cuando habla de la pérdida de convicción acerca de la personalidad de las Provincias desde la creación del Estado (p. 23), o la inacción de éstas, que llegaron a permitir que prácticamente toda la legislación emanase del Congreso Federal (101). El mismo autor reconoce, sin embargo, los fracasos de todos los intentos de organización unitaria (p. 123).

⁸⁴ Por sorprendente que pueda parecer, la intervención federal se ha aplicado 170 veces desde la entrada en vigor en 1853. Y, además, la mayoría de las veces por decreto del ejecutivo, y no por ley del Congreso (Fuente: SERRAFERO, M. “La intervención federal en Argentina. Experiencia y jurisprudencia. Artículo publicado en internet. http://www.forumfed.org/libdocs/Misc/Arg8_Serrafero%20paper%20Esp.pdf).

⁸⁵ Cfr., ALBERDI, J.B. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. 1852. Fácilmente accesible a través de internet. XX

⁸⁶ Vid., CHIARAMONTE, J.C. “El Federalismo argentino de la primera mitad del siglo XIX”. En CARMAGNANI, M. *Federalismos Latinoamericanos...* P. 91 y ss.

la que muestran los clásicos Estados Federales por agregación. Ahora bien, Alberdi escribe sus *Bases* en un momento histórico concreto, en el que era necesario una unificación nacional, pero él indica, tanto en esta obra como en la de *Derecho Público Provincial*, su convicción de que la organización “nacional” de las provincias surge de una atribución de poderes usurpada a la nación argentina, que en su opinión existe desde 1810. Además, no se puede ignorar tampoco, primero, que la primera Constitución sancionada por el Estado argentino tras su independencia, en 1826, aparte de tener claros tintes monárquicos, era una Constitución unitaria; ni el hecho de que si bien algunas provincias preceden a la creación del actual Estado Federal⁸⁷, otras fueron creadas con posterioridad⁸⁸. Por lo demás, tampoco en análisis de los antecedentes históricos contribuye a ofrecer una respuesta clara. En primer lugar, J. B Alberdi señaló en las *Bases*, factores, anteriores y posteriores a la revolución, tanto propiciadores de una unión unitaria como de una unión federal⁸⁹. En segundo lugar, algunos parece claro que si bien, tal y como por cierto parece desprenderse del Preámbulo, las provincias preceden, como decimos, a la Constitución federal de 1853, el surgimiento histórico de éstas como entes políticos es posterior al de Argentina como país, pues aquellas surgen desde 1820 en adelante mientras que este último aparece, como es sabido, en 1810⁹⁰. Por tanto, probablemente la opinión más sensata, al respecto es la de J.N Matienzo, quien ya en 1917 reconocía que no se puede hablar del federalismo como una concesión del todo a las partes – que era la postura de J. B Alberdi – o de las partes al todo – según F. Ramos Mejía – sino como “el resultado de la evolución de la masa social que, a la vez que ha ido integrándose se ha ido haciendo heterogénea, bajo la influencia de fuerzas naturales, entre las cuales hay que contar con preferencia los precedentes gubernativos y las inclinaciones políticas heredadas de España”⁹¹

Sea de ello lo que fuere, lo verdaderamente importante, a los efectos que ahora nos ocupan, es destacar que la Constitución argentina está claramente influenciada por la norteamericana, pero que, sin embargo, estableció en su día normas e instituciones propias. Aun cuando el político y jurista tucumano era contrario a la

⁸⁷ Córdoba, La Rioja, Catamarca, Corrientes, Mendoza, Jujuy, Salta, Tucumán, Santa Fe, San Luis, San Juan, Santiago del Estero y Entre Ríos.

⁸⁸ Chaco, Formosa, Chubut, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Neuquén, Río Negro, La Pampa, Misiones.

⁸⁹ Cfr., ALBERDI, J.B *Bases...* XVII.

⁹⁰ *Vid.*, al respecto ZUCCHERINO, R.M *Tratado de Derecho Federal, Estadual, Estatuante y Municipal (Argentino y Comparado)*. Depalma. Buenos Aires. 1992. P. 6.

⁹¹ MATIENZO, J.N. *El Gobierno Representativo Federal en la República Argentina*. Editorial América. 2ª ed. Madrid. 1917. P. 61.

imitación de modelos extranjeros⁹² no se puede negar que la Constitución propuesta, en lo fundamental, por él, está claramente inspirada en los Estados Unidos, sobre todo en los aspectos teóricos⁹³. Siguiendo al Profesor G. Barrera podemos decir que el federalismo argentino basado en las tesis de J.B Alberdi toma de las tesis de los *Federalist Papers* a) el remplazo de los pactos previos por uno supremo y único expresado en la Constitución y b) la separación de competencias, procurando separar y accionar de cada uno de los sujetos federales, casi en compartimentos estancos, dentro de los cuales cada uno es autónomo⁹⁴. En este plano teórico al que nos referimos, por influencia de los *founding fathers*, hablaba de co-soberanía para explicar el reparto competencial entre la Federación y las provincias, aunque en Argentina, antes que en otros lugares, se ha dado la misma evolución doctrinal consistente en diferenciar este concepto del de autonomía. Aunque a diferencia de J. Madison, A. Hamilton y J. Jay, J. B Alberdi rechazó – buen conocedor como era de las doctrinas de J.J Rousseau – la idea de co-soberanía, indicando que “la tierra siempre es divisible; lo que no admite división es la soberanía nacional”⁹⁵ lo cierto es que durante el siglo XIX, la doctrina y la jurisprudencia, probablemente por influencia norteamericana, mantuvieron dicha tesis. R. Zorraquín Becú, ya a comienzos del siglo XX ponía de manifiesto esta evolución doctrinal y jurisprudencial. Aun cuando este autor considera, a nuestro juicio erróneamente, que los constituyentes, a pesar de que evitaron incluir en el texto sancionado declaraciones doctrinarias, tenían presente, al menos de modo implícito, la idea de la distribución de la soberanía entre la Federación y las provincias⁹⁶, pues como hemos visto no era el planteamiento del padre intelectual de la Constitución, si reconoce – creemos que con acierto – la evolución a la que nos referimos, indicando, literalmente, que:

⁹² En su obra acerca del Derecho Público provincial advertía a las provincias de que no tomasen ni de las reglas generales de la Ciencia ni de los modelos federales de otros países, porque ellas tienen sus antecedentes propios. (Cfr., ALBERDI, J.B. *Derecho Público Provincial Argentino*. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1998. p. 38). El Profesor P. Lucas Verdu, lo destaca en su monografía sobre el insigne jurista (Cfr., LUCAS VERDU, P. *Alberdi. Su vigencia y modernidad constitucional*. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1998. P. 12).

⁹³ Lo expone ampliamente R. Rivarola, quien por lo demás es uno de los más claros críticos del federalismo. (Vid., RIVAROLA, R. *Del Régimen Federativo al Unitario. Estudio sobre la organización política de la Argentina*. Buenos Aires. 1908. Pp. 177-197).

⁹⁴ Cfr., BARRERA BUTELER, G. *Provincias y Nación*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996. P. 398. Él utiliza la palabra “soberano, aunque por las razones expuestas y las que vamos a mencionar a continuación, nosotros lo hayamos sustituido por “autónomo”.

⁹⁵ Cfr., ALBERDI, J.B. *Derecho Público Provincial*...p. 34

⁹⁶ Cfr., ZORRAQUÍN BECÚ, R. *El Federalismo Argentino*. Librería y Editorial “La Facultad” Bernabé y Cía. 1939. P. 218.

“La teoría de la distribución de la soberanía entre el Pueblo de la Nación y el de las Provincias prevaleció hasta principios de este siglo en nuestros tratadistas, pero hoy puede decirse que salvo contadas excepciones se encuentra abandonada. En su mayoría, los autores que tratan este punto limitan la soberanía a la entidad central”⁹⁷

Pero advertíamos que por muy influenciada que estuviese la Constitución de 1853 en la norteamericana, tanto en lo que respecta al federalismo como al sistema político presidencial, también adopta notables diferencias. En una obra clásica M.A Carranza las sintetizó en diez⁹⁸, aunque a los efectos que en estos momentos nos interesan señalaremos únicamente las tres que tienen que ver con la forma territorial de Estado Federal: 1) La Constitución argentina impone las condiciones a las que deben sujetarse las provincias al dictar su Constitución; 2) La Constitución argentina dispone que el Congreso Nacional dictará el Código Civil, Penal, de Comercio, y Minería; 3) Por la Constitución argentina, los gobernadores son agentes naturales del gobierno federal⁹⁹. La segunda es, a nuestro juicio, la de mayor trascendencia, pues se comprende que el campo de legislación de las provincias es realmente reducido.

Con estas premisas estamos ya en condiciones de exponer brevemente los puntos clave del federalismo argentino, su evolución a lo largo de estos más de 160 años y, en concreto, la aplicación de los derechos y la distribución de competencias, por cuanto esto pueda servirnos para establecer una comparación.

Antes de exponer los artículos claves de la Constitución argentina por lo que a descentralización territorial se refiere, es necesario tratar sintéticamente la evolución no sólo estrictamente jurídica, sino política y hasta sociológica del federalismo en este país, si hemos de entender éste, como indicábamos en el primer capítulo de este trabajo, como un proceso. Siguiendo al Profesor A. M^a Hernández, podemos distinguir, desde una perspectiva estrictamente jurídica, cuatro etapas del federalismo argentino: a) la primera etapa se inicia con la Constitución de 1853, que tras la batalla de Caseros, da origen al federalismo argentino; b) la segunda con la reforma de 1860, que ahondo en la descentralización; c) la tercera, que él fija a partir de 1950, se correspondería con el llamado “federalismo de concertación” (Pedro J. Frías); d) la última etapa, tras la reforma de 1994, es una profundización más del federalismo¹⁰⁰. Pero si atendemos menos a la vertiente estrictamente jurídica y echamos un vistazo a la política las etapas

⁹⁷ *Idem.* P. 226.

⁹⁸ Cfr., CARRANZA, M.A. *La Constitución y el Régimen federal*. Buenos Aires. 1926. P. 26.

⁹⁹ *Vid.*, art. 128 C.Ar.

¹⁰⁰ Cfr., HERNANDEZ, A. M^a. *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*. Prólogo de Diego Balades, German Bidart Campos y Eduardo García de Enterría. Abeledoperot. 2009. Pp. 184 y ss

serían un poco diferentes. Debido a los factores que antes indicamos, y especialmente al hiperpresidencialismo, desde la aprobación de la Constitución de 1853-1860 que dio origen al Estado federal argentino se ha dado, al menos de facto, una cierta tendencia al centralismo estatal, tanto durante el siglo XIX como durante el XX (y qué duda cabe que especialmente durante la dictadura militar de 1976 a 1983). Pero también es justo reconocer que esta tendencia se ha invertido en los últimos años, y ello desde la doble perspectiva a la que nos referimos. Aunque no es el objetivo de estas páginas hacer una exposición exhaustiva de los cambios sí queremos destacar algunos datos relevantes: En primer lugar, y por lo que se refiere a lo estrictamente jurídico, nos encontramos con la aprobación de códigos procesales constitucionales provinciales (como por ejemplo el de Tucumán) que presentan, como veremos, innovaciones por lo respecto de la protección de derechos se y, con una reforma de la Constitución en 1994 que, como hecho más significativo establece el régimen de coparticipación de las provincias y la Federación en los impuestos¹⁰¹. Paradójicamente, sin embargo, aunque la Ley-Convenio que desarrollase la mencionada prescripción constitucional debía aprobarse antes de 1996¹⁰², hasta donde nosotros tenemos noticia, todavía no se ha alcanzado los acuerdos necesarios, de modo tal que el régimen de coparticipación, que tiene su origen legal (antes de haberse establecido en la Constitución) a principios del siglo XX, y que como afirma el Profesor F. Fernández Segado, se venía aplicando en fraude constitucional desde 1935¹⁰³, se constitucionaliza 59 años después pero no se desarrolla. Por lo que respecta a la vertiente política, se comprueba la misma tendencia a una mayor visibilidad de las Provincias como demuestra el hecho, por ejemplo, resaltado por el Profesor S. Díaz Ricci, de que las provincias jugaran un papel esencial en la reconstrucción del orden constitucional en Argentina después de la crisis de 2001¹⁰⁴.

Adentrándonos ya en el análisis del Derecho Positivo, vamos a detenernos en aquellos preceptos que consideramos claves en el federalismo argentino. El primero de ellos es el art. 5, que es una de las mencionadas innovaciones respecto de la Constitución norteamericana, pues establece ciertos límites expresos a la facultad de las Provincias de dictarse una Constitución, y lo hace en los siguientes términos: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de

¹⁰¹ *Vid.*, art. 75.2 C.Ar.

¹⁰² *Vid.*, Disposición Transitoria Sexta.

¹⁰³ Cfr., FERNANDEZ SEGADO, F. *El Federalismo en...*p. 123.

¹⁰⁴ Cfr., DÍAZ RICCI, S. “La reconstrucción del Orden Constitucional por las Provincias” en HERNÁNDEZ, A. M^a (Dir). *Derecho Público Provincial*. Lexis nexis. Buenos Aires 2008. Pp. 191-196.

acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones, el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”. La sola lectura de este precepto, y a pesar de ser claramente de mínimos, debe demostrar que en ningún caso las provincias pueden ser soberanas en tanto que no son titulares de un poder constituyente ilimitado en el contenido de su voluntad. Que las constituciones de los entes descentralizados estén limitadas y aseguradas por el Poder Constituyente federal se deriva del propio principio de soberanía. Al margen de esta cuestión, es interesante comprobar que en la Constitución original aparecía el inciso “*Las Constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación*” que establecía una especie de control político de constitucionalidad previo, y que desapareció con la reforma de 1860. En todo caso, y como es obvio, los jueces y la suprema corte pueden declarar la inconstitucionalidad de algún precepto de una constitución provincial que contravenga lo dispuesto por la Constitución federal. Lo que, de un modo similar a lo que ocurre en el federalismo judicial norteamericano no puede hacer la Suprema Corte¹⁰⁵, es controlar la validez o nulidad de la constitución provincial¹⁰⁶ o la constitucionalidad de la ley local respecto de la norma provincial¹⁰⁷ como tampoco la validez de los actos provinciales cuando actúa como poder público¹⁰⁸, pues no cumplen los requisitos para interponer el recurso extraordinario. Otras prohibiciones se contienen en el art. 127 C.Ar.

Pero el art. 5 es especialmente interesante, a los efectos que nos ocupan, porque implícitamente contiene también la norma de coordinación entre los derechos de la Constitución federal y los derechos recogidos en las constituciones estatales. Como, a nuestro juicio acertadamente - pues también así se ha interpretado en la mayoría de Estados federales o políticamente descentralizados (incluido España) - indica el Profesor A. M^a Hernández, el art. 5 establece un mínimo de derechos garantizado en todo el territorio nacional, que las Constituciones pueden ampliar o mejorar, tal y como

¹⁰⁵ Vid., sobre todo esto, QUIROGA LAVIE, H, BENEDETTI, M.A, CENICACELAYA, M.N. *Derecho Constitucional Argentino*. Tomo II. Rubinzal Editores. Buenos Aires. 2001. P. 882.

¹⁰⁶ Vid., FF: 177:390; 253:469 y 254:427

¹⁰⁷ Vid., FF: 7:373; 98:20.

¹⁰⁸ Vid., FF: 178:215 y 179: 443.

han hecho – de un modo también a otros Estados descentralizados – siendo pioneras en la aprobación de derechos sociales¹⁰⁹.

En cuanto a las competencias, hay que partir del hecho de que en Argentina, al igual que en México y los Estados Unidos, y a diferencia de en Canadá, existe una clausula residual en favor de las Provincias en virtud de lo dispuesto en el art. 121 C.Ar, por lo que todas aquellas competencias que, según lo dispuesto en el art. 75 no corresponden a la Federación pueden ser asumidas por las provincias. De este modo ha resultado naturalmente pacífico que las constituciones provinciales podían declarar y garantizar por sus propios medios derechos a mayores de los recogidos en la Constitución federal. También, por lo tanto, respecto del procedimiento de amparo, respecto del cual las provincias han sido pioneras al incorporarlo a sus Constituciones, en algunos casos, con variantes respecto del amparo federal.

De hecho, así como algunas provincias, como por ejemplo Santa Fe (1921) Entre Ríos (1933) o Santiago de Estero (1939) han constitucionalizado el amparo a nivel constitucional desde la primera mitad del siglo XX, el amparo a nivel federal presenta una evolución en tres etapas, y todas ellas a partir de la segunda mitad del siglo pasado. Así pues, y siguiendo a la Profesora C.B. Sbdar, podemos distinguir una primera etapa de amparo judicial (1957-1968), una segunda etapa de amparo regulado legalmente (1966-1994) y una última etapa, después de la reforma de la Constitución Federal en 1994, de amparo regulado constitucionalmente¹¹⁰. Lógicamente no entraremos aquí en una exposición acerca de estas diferentes etapas, y nos limitamos a señalar que, actualmente, en amparo se encuentra regulado en el artículo 43 C.Ar en los siguientes términos:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados

¹⁰⁹ Cfr., HERNANDEZ, A. M^a. “Los Derechos y deberes en nuestro Constitucionalismo Subnacional”. En HERNÁNDEZ, A. M^a (Dir). *Derecho Público Provincial*. L.... Pp. 273-278.

¹¹⁰ Cfr., SBDAR, C.B. *Amparo de Derechos Fundamentales*. Estudio Preliminar de R. Canosa. Ciudad Argentina. Buenos Aires 2003. Pp. 39 y ss.

destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”.

(...)

Junto a este amparo a nivel federal coexisten amparos, algunos de ellos regulados a nivel constitucional, en códigos procesal-constitucionales o en la legislación civil de las provincias que, no pudiendo de ningún modo limitar o restringir la garantía federal pueden establecerlas, sin embargo, más amplias. El amparo federal protege frente a violaciones de los derechos consagrados en la Constitución federal frente a violaciones de los mismos producidos tanto por autoridades federales o provinciales, así como por los particulares. La jurisdicción federal, como es sabido, es extraordinaria y limitada¹¹¹ y ante ella sólo caben, como es lógico, amparos federales. Este dato, tan llamativo por antagónico respecto del caso mexicano que acabamos de analizar, no sorprende, sin embargo, a quien conoce algo de la historia colonial de este país, pues como recuerda J.N Matienzo, aunque el virrey ejercía el “gobierno superior” de todas las provincias en su conjunto, no tenía derecho a inmiscuirse en los asuntos de justicia que correspondían a las audiencias¹¹²; de modo tal que podemos afirmar que de una u otra suerte, las provincias estaban tradicionalmente acostumbradas a ser las que impartían justicia. Ante los Juzgados y Tribunales provinciales, cuando las partes del proceso sean autoridades provinciales o particulares sometidos a la jurisdicción estadual, cabe interponer tanto el amparo federal como local. Normalmente, tanto una como otra opción procesal serán equivalentes porque, además, dado que, a diferencia de Estados Unidos y al igual que en Alemania, el art. 31 de la Constitución federal establece una cláusula de superioridad, en caso de duplicidad de derechos, porque los de la Constitución federal deben considerarse meramente una reiteración de aquellos, deberán interpretarse conforme a los derechos de la Constitución federal. Resulta interesante advertir que aun cuando la mayor parte de las provincias han configurado sus amparos de un modo similar al federal, algunas plantean – como adelantábamos – importantes innovaciones, y así por ejemplo en Chaco, Chubut, Neuquén, Rio Negro y Tierra de Fuego la declaración de inconstitucionalidad en el marco del amparo puede tener efecto *erga omnes* y derogar la norma en cuestión. Por lo demás, coincidimos con el Profesor A. M^a Hernández en que el amparo provincial tendrá que desarrollarse íntegramente en sede provincial, pudiéndose apelar ante el Tribunal Superior o Corte

¹¹¹ Su competencia se limita a lo establecido en el art. 116 C.Ar.

¹¹² Cfr., MATIENZO, J.N. *El Gobierno Representativo...*p. 68.

Suprema de la Provincia en recurso extraordinario y, sólo cuando exista “causa federal” ante la Corte Suprema de la Nación¹¹³.

Podemos concluir, por tanto, que al margen de la crítica política que el federalismo como proceso merezca en Argentina, en el plano normativo parece internamente más coherente, y sobre todo en cuanto al federalismo judicial se refiere, que el mexicano.

II.3) Los Modelos de Descentralización Política en Europa.

La exposición anterior, para quien nos haya seguido hasta aquí, nos lleva a una primera conclusión, que no es otra que incluso en el continente americano, donde no existe un fenómeno de integración política similar a la Unión Europea, existen semejanzas entre el federalismo de los Estados en tanto que en todos ellos, como hemos visto, se produce un *fenómeno de imitación* del modelo norteamericano, por más que todos los Estados que hemos estudiado hayan introducido sus propias instituciones y por más, igualmente, que aquellos aspectos adoptados del modelo estadounidense hayan podido producir efectos en la distinta realidad político-social de los Estados.

En las páginas que siguen, dedicadas al federalismo y regionalismo en Europa, veremos que junto con estos fenómenos típicos de imitación (en este sentido es lugar común en la doctrina, por ejemplo, señalar la influencia italiana y alemana en la Constitución de 1978) encontramos también influencias, especialmente en lo que se refiere a la distribución de competencias y a los derechos, entre los fenómenos de integración y descentralización de los Estados miembros.

Dentro de los que hemos denominado “modelos imperfectos” hemos incluido la Unión Europea que, si bien es más que una mera Alianza Internacional pero definitivamente no es un Estado¹¹⁴ aunque, por tratarse de una Confederación, puede estudiarse dentro de los fenómenos dinámicos generales del “federalismo”.

¹¹³ Cfr., HERNÁNDEZ, A. M^a *Federalismo y Constitucionalismo*....p. 314.

¹¹⁴ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. “Prolegómenos al estudio de la disolución de la soberanía en el ámbito estatal” en FONDEVILA MARÓN, M. *La disolución*....p. 24.

II.3.1) Los modelos perfectos.

Al hablar de federalismo europeo es imprescindible remitirse a los dos Estados tradicionalmente federales: Alemania y Suiza. Ambos tienen, centrándonos en los dos elementos que hemos considerados determinantes para comprobar la dinámica de este tipo de Estados (competencias y sistema de protección de derechos), veremos que tienen modelos bastante similares, por lo que el modelo Suizo lo estudiaremos de modo mucho más breve. Además, al igual que los modelos que hemos analizado hasta ahora, debe considerarse otro referente simplemente “externo” respecto del objetivo marcado para el Capítulo III.

II.3.1.1) Alemania.

Al comenzar este nuevo apartado debemos insistir, una vez más, que la “perfección” a la que nos referimos alcanza tan sólo al modo en que las competencias y los derechos (los dos elementos que nosotros hemos identificado como caracterizadores de los modelos federales estudiados) se interrelacionan en la *práxis* del federalismo alemán, sin que suponga ningún juicio de valor general sobre el modelo, de acuerdo con el uso coloquial del término.

Se trata un modelo con una tradición casi tan longeva como la de los Estados Unidos, aun cuando, como vamos a ver a continuación, diferente en buena parte de sus características. Hablamos de “tradición federal” si bien, por las razones que expondremos, creemos que no se puede hablar propiamente de un Estado Federal hasta 1919.

Los antecedentes federales de Alemania se remontan, así, hasta comienzos del siglo XIX, aun cuando, como afirma el Profesor K. Von Beyme: “Es difícil ubicar estructuras federales *sui generis*, como el *Deutsches Reich* (imperio alemán) (hasta 1806), el *Rheinbund*, (Confederación del Rin) bajo el protectorado de Napoleón y el *Deutscher Bund* (Confederación alemana) desde 1815, dentro de las tipologías tradicionales de confederación de estados o estados federados”¹¹⁵. Como se

¹¹⁵ VON BEYME, K. “El Federalismo en la República Federal alemana” en *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*. Nº 17 (1980). P. 7.

comprenderá fácilmente, estos antecedentes históricos del actual federalismo de la RFA no resultan interesantes para nuestro estudio y por ello, no nos vamos a detener demasiado en ellos, pues la única razón por la cual los hemos relacionado aquí es, como hemos dicho, que el actual Estado alemán se ha formado a través de una unión paulatina de antiguos territorios soberanos. Posteriormente a estos antecedentes, e ignorando algunos intentos como el llevado a cabo en la Iglesia San Pablo de Francfort, en 1848, de tratar de establecer un Estado federal democrático, podemos sintetizar, con el Profesor E. Albertí, en tres, las etapas del federalismo alemán (entendiendo, en este momento, y por las razones que veremos, “federalismo” en sentido amplio, es decir, incluyendo Confederación y Estado Federal):

“El orden federal de raíz monárquica que se corresponde con el *II Reich*, de 1871, el federalismo debilitado de la democrática República de Weimar, de 1919, y el ordenamiento federal, de tendencia igualitaria y uniformista de la República de Bonn surgida de la II Guerra Mundial, de inspiración social”

La prueba de lo difícil que resulta lograr un consenso en la doctrina sobre la tipología de formas de Estado es que, para este autor, las tres Constituciones mencionadas estableciesen un tipo de Estado federal (aunque la primera con un tipo de gobierno monárquico), para el Profesor K. Von Beyne, la República de Weimar no fuese un Estado federal sino “Estado unitario descentralizado”¹¹⁶ y, finalmente, para nosotros, el imperio guillermino de 1871 se corresponda con una Confederación de Estados mientras que tanto la República de Weimar como la actual República Federal alemana respondan a genuinos tipos de Estados federales. La razón por la que vamos a detenernos en la defensa de nuestra postura es porque resulta relevante para la teoría general del Estado federal.

Aun cuando la doctrina mayoritaria habla de la Constitución de 1871 como de Constitución federal, nosotros no creemos que ello sea así, al menos por cuatro motivos:

En primer lugar, la unificación de los territorios alemanes que da lugar a la unión de 1871 es de naturaleza contractual, sobre la base de Tratados Internacionales suscritos por los Estados. En este sentido, sólo se puede hablar de la Constitución de 1871 en un sentido amplio (Constitución confederal) que no es la manifestación de la voluntad soberana del Pueblo sino un pacto entre los pueblos de los *Länder* en ella mencionados. Que la Constitución de Weimar no tenga naturaleza contractual se deriva

¹¹⁶ La misma tesis, incluso defendida de manera más radical, sostienen F.J Hylander, Jacobi, Poetz-Helfer y Wittmayer (citados por ALBERTÍ ROVIRA, E. *Federalismo y cooperación...*p. 15).

la consecuencia lógica de que los *Länder* no dispongan de la Constitución, no participando en su procedimiento de reforma sino a través de su participación en el *Reichrat*¹¹⁷.

El segundo de los motivos consiste en que sólo es posible hablar de un Estado federal cuando nos encontramos ante un Estado democrático, lo que el imperio guillermino distaba mucho de ser. La razón, a nuestro juicio, no es demasiado difícil de entender¹¹⁸: si bien es cierto que no existe una relación directa entre Federalismo y Democracia, pues ya hemos dicho que no se es más democrático en la medida en que se es más federal y viceversa, lo cierto es que sólo un Estado democrático puede ser federal. Los Estados autocráticos pueden (y de hecho suelen) establecer alianzas que, si representan una unión bastante perfecta, pueden conformar una genuina Confederación, que es siempre una unión de Estados de Derecho Internacional. Sin embargo, y como es obvio, ningún gobernante autocrático va a aceptar en el seno de su Estado otras legitimidades políticas como son los Parlamentos propios de los estados federados. No aceptará, tampoco, y con esto conectamos con el segundo aspecto que queremos tratar, la regla de la mayoría que es la propia de la Federación, a diferencia de la unanimidad que rige la Confederación.

En tercer lugar, pues, y como a nadie se le escapa, resulta incompatible con la lógica de un Estado federal la regla de reforma constitucional que se establecía en el artículo 78 de aquella Constitución. Algunas modificaciones a la Constitución, en concreto, las que modifican las relaciones de la Federación con un *Land*, sólo pueden aprobarse con el consentimiento del estado en cuestión. Esto demuestra que la *kompetenz-kompetenz*, que como bien ha argumentado el Profesor J. Ruipérez, en un Estado Federal corresponde a la Federación por ser sobre la que recae la responsabilidad de velar por los intereses generales¹¹⁹, no es una facultad de ésta en el Imperio alemán de 1871 en el supuesto que estamos analizando.

Y lo que es válido para la reforma constitucional en lo que se refiere a la alteración de competencias entre la Federación y los *Länder* es igualmente válido para otras decisiones fundamentales en la organización territorial del Estado. Todo es consecuencia del principio de soberanía popular federal solemnemente establecido en el art. 1 RW. Así, el artículo 18 de la Constitución de Weimar contiene una serie de

¹¹⁷ Vid., art. 76 RW y sobre el Reichrat, 60 RW.

¹¹⁸ Sobre esto Cfr., DE VEGA, P. "Poder Constituyente y Regionalismo" en TRUJILLO, G. (Dir). *Federalismo y Regionalismo*. CEPC. Madrid. 1979. Pp. 351-380.

¹¹⁹ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. *División de competencias y forma...* Pp. 60 y ss.

estipulaciones importantes por cuanto a la organización territorial se refiere. Permite, en primer lugar, una reorganización territorial de los *Länder* por ley de la Federación que cumpla los requisitos para la reforma constitucional (aunque no necesariamente se trate de tal) aunque la población o el gobierno de los *Länder* no presten su consentimiento. Permite además, y en segundo lugar, que mediando el consentimiento de los territorios afectados, se pueda producir una modificación territorial por ley ordinaria federal. Lo que, sin embargo, y en buena lógica de lo que decimos, no permite el art. 18 RW, es modificación territorial alguna sin el consentimiento de la Federación¹²⁰.

Tampoco, en cuarto lugar y último lugar, en el supuesto del primer párrafo del citado artículo. Al establecer éste que la reforma de la Constitución no se podrá hacer si obtiene 14 votos desfavorables en el *Bundesrat*, y teniendo en cuenta que Prusia tiene 17 votos en esta Cámara, lo que le confiere un notable estatus privilegiado, no podemos sino colegir que al ostentar ésta un verdadero poder de veto, la Federación no puede llevar a cabo por sí misma (ni siquiera con el apoyo de todos y cada uno de los demás *Länder*) lo que es buena muestra de la desigualdad sobre la que se basa esta unión.

No estamos tratando de cuestiones meramente nominales. No tenemos, evidentemente, interés personal ni académico alguno en llamar confederal a lo que otros autores como J.C Calhoun, M. Von Seydel o C. Schmitt llaman federal; pero al margen de que su idea de Estados federales (confederaciones, para nosotros) no sirve para comprender los Estados federales que, como hemos explicado en el primer Capítulo de esta obra, surgen consecuencia de una paulatina descentralización de Estados otrora unitarios, provoca graves distorsiones e incoherencias en la doctrina que impiden conocer la realidad de los Estados federales en la actualidad. Tan sólo un ejemplo suficientemente ilustrativo (y para no apartarnos demasiado de los objetivos del presente trabajo) explicará suficientemente lo que tratamos de exponer. Es bien sabido que C. Schmitt, desde su concepción del Estado federal basada en la Confederación de 1815 sostuvo vehemente que Alemania, después de la aprobación de la Constitución de Weimar de 1919 había pasado a ser un Estado unitario (o como él lo llama, un Estado federal sin fundamentos federales), es decir, que había perdido su naturaleza federal, especialmente porque los entes descentralizados habían perdido los rasgos que definían

¹²⁰ Vid., para todo el párrafo, AAVV. *La Constitución de Weimar. La Constitución alemana de 1919*. Tecnos. Madrid. 2010. Pp. 172 y ss.

su estatalidad¹²¹. El Profesor de Berlín aun podía admitir, dentro de lo que él cataloga “federal” la Confederación de 1871, pero ni siquiera, si nosotros le hemos entendido bien, y por lo que hemos expuesto *supra* al exponer el federalismo en este país, a los Estados Unidos de América.

La actual Constitución alemana de 1949, surgida, como es sabido, tras la II Guerra Mundial, continúa la tradición federal alemana, aun cuando esta opción de organización política territorial fuese, también, la preferida por los vencedores para evitar una nueva concentración de poder en este país. Con razón, en este sentido, el Profesor E. Albertí, ha señalado que se trata de un federalismo tan querido como impuesto¹²², de lo que no puede caber duda después de la larga vida de esta Constitución. Con el mismo autor, podemos resumir las notas más características del actual federalismo alemán como una técnica de distribución territorial organizada por la Constitución, que únicamente reconoce como soberano al conjunto del Pueblo alemán (art. 20 GG) y reconoce el derecho de autonomía de los *Länder*, que supone un límite al poder de la Federación¹²³. Dejando al margen discusiones doctrinales, a nuestro juicio escolásticas, acerca de si se podía distinguir entre dos (*Land, Bund*) o tres (*Land, Bund, Republik*) sujetos dentro del orden federal lo importante es señalar que, sin perjuicio de este reconocimiento a la autonomía de los *Länder*, “la Federación ejerce su influencia sobre los miembros para asegurar la conducción unitaria de los asuntos públicos esenciales, para hacer posible que el barco del Estado federal, sometido potencialmente a tensiones opuestas, se mueva según un único rumbo”¹²⁴. El Profesor de la Universidad de Barcelona desarrolla ampliamente, en la obra citada, las múltiples manifestaciones de esta influencia. Nosotros destacaremos, a los efectos que nos interesan, la garantía federal del principio de homogeneidad, recogido en el art. 28.3 GG, el cual establece: “el *Bund* garantiza que el orden constitucional de los *Länder* se corresponda con los Derechos Fundamentales y con los principios de los arts. 1 y 2”. La evolución del federalismo instituido por la Constitución de 1949 ha discurrido sobre la base de la aparición de relaciones de cooperación entre el *Bund* y los *Länder* que ha caracterizado al modelo alemán, denominado por la doctrina “federalismo cooperativo”, frente al “federalismo competitivo” de otros Estados.

¹²¹ Cfr., SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Epílogo de Manuel García Pelayo. Alianza. Madrid. 1982. P. 369.

¹²² Cfr., ALBERTÍ ROVIRA, E. *Federalismo y cooperación*....pp. 29 y 30.

¹²³ *Ibidem*. p. 57-

¹²⁴ *Ibidem*. p. 179.

El breve resumen que, aceleradamente, hemos plasmado en el párrafo anterior, no implica, sin embargo, que el federalismo alemán no haya tenido que adaptarse a lo largo de estos sesenta y cinco de vigencia de la Constitución. Como se comprenderá, no podemos detenernos en las múltiples reformas que, desde la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn se han producido en la Carta Fundamental, pues superaría, con mucho, los límites de este trabajo. No nos resistimos, sin embargo, a dar una pequeña pincelada de la última reforma del federalismo del país germánico, operada por la Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn de 28 de agosto de 2006.

Tampoco podemos, como se comprende fácilmente, sin apartarnos de nuestro objeto de estudio, detenernos abundantemente en los pormenores de esta reforma (los cuales, por otra parte, han sido abordados en profundidad en las dos monografías citadas del Profesor A. Arroyo Gil), y por ello nos limitamos a una simple glosa en torno a los siguientes puntos:

a) La situación del federalismo alemán anterior a la reforma de 2006 mostraba un complejo sistema de reparto competencial entre la Federación y los *Länder* que, por simplificar, en aras de un llamado “federalismo participativo”, suponía que un gran número de leyes de la Federación requiriese el asentimiento de los *Länder* representados en el *Bundesrat*, lo que – y por más que el Profesor de la Universidad Autónoma de Madrid haya mostrado que no ha sido la tónica – puede llevar a una potencial situación de bloqueo cuando la realidad contemporánea muestra la necesidad de que muchas decisiones políticas sean tomadas en un breve lapso de tiempo. En concreto, según los números ofrecidos por nuestro autor, un 60% de las leyes federales requerirían el asentimiento del Consejo Federal¹²⁵. No es de extrañar, por lo tanto, que uno de los objetivos fundamentales de la reforma fuese la reducción del número de leyes federales que requerían este asentimiento¹²⁶. Evidentemente, esta ventaja para la Federación se ve compensada por un incremento de las materias competencia de los estados, especialmente por lo que se refiere a la política educativa y universitaria¹²⁷. Sin

¹²⁵ Para todo lo que antecede Cfr., ARROYO GIL, A. *El federalismo alemán en la encrucijada*. Prólogo de Manuel Medina Guerreiro. CEPC. Madrid. 2006. Pp. 42 y ss.

¹²⁶ Cfr., ARROYO GIL, A., *La Reforma Constitucional del Federalismo alemán*. Estudio crítico de la 52ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006. Prólogo de J.J Solozabal. Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms. P. 31.

¹²⁷ *Ibidem*. p. 37. No se puede dejar de indicar, de todos modos, que en lo referente a la política universitaria, las posibilidades de actuación de la Federación, sobre todo después de la sentencia relativa a las “Cátedra junior” habían sido interpretadas de modo muy restrictivo por el Tribunal Constitucional Federal (BvF 2/02 de 27 de Julio de 2004).

entrar en mayor detalle nos interesa destacar, sin embargo, que este nuevo orden de distribución de competencias entre la Federación y los *Länder* ha sido orientado por el *principio de subsidiariedad*¹²⁸, en el sentido de separación nítida de los ámbitos de actuación de la Federación y los estados, y en definitiva, como hemos dicho, la ampliación de competencias de estos con una sola excepción. Excepción, que además resulta sumamente interesante a los efectos de nuestro trabajo, por cuanto que una interpretación estricta o laxa del mismo por parte de los Tribunales (como se ha dado en el TJUE y Tribunal Constitucional Federal alemán respectivamente) favorece o perjudica, en la práctica, las aspiraciones de los entes descentralizados de los Estados. El TCF ha interpretado la cláusula de imprescindibilidad (según la cual, para legislar sobre determinadas materias, la Federación puede legislar tan sólo justificando que la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o la preservación de la unidad jurídica o económica en interés general del Estado haga indispensable una regulación legal federal¹²⁹) en sentido estricto, permitiendo (a diferencia, como veremos en el próximo Capítulo, de lo que ocurre en el seno de la UE) la lógica consecuencia de un fortalecimiento (por limitación de las facultades federales) del rol de los *Länder*; pero una reducción de las materias sujetas a esta cláusula operada por la reforma de 2006 ha supuesto, en la práctica, un aumento de las posibilidades legislativas de la Federación¹³⁰.

b) El segundo aspecto que a los estrictos efectos de nuestro trabajo nos interesa destacar de la reforma de 2006 es todo lo relativo a los asuntos de la Unión Europea: En primer lugar, la modificación operada en el art. 23.6¹³¹, en el sentido de obligar a la federación la transferencia de los derechos de participación que le corresponde en el Consejo de la Unión cuando se vean afectadas de manera esencial las facultades legislativas exclusivas de los *Länder* en los terrenos de la enseñanza, la cultura o la radiodifusión. Esto supone un paso más adelante en la participación de los estados en la llamada fase ascendente de producción del Derecho Comunitario, que hizo posible la reforma del artículo 203 TCE, precisamente, operada a propuesta de Bélgica

¹²⁸ Cfr., ARROYO GIL, A. *El federalismo alemán...*p. 79.

¹²⁹ *Vid.*, art. 72 LFB.

¹³⁰ Cfr., ARROYO GIL, A. *La reforma constitucional...*p. 50.

¹³¹ “Cuando se vean afectadas de manera esencial las facultades legislativas exclusivas de los *Länder* en los terrenos de la enseñanza, la cultura o la radiodifusión, el ejercicio de los derechos que le corresponden a la República Federal alemana como miembro de la Unión Europea será transferido por la Federación a un representante de los *Länder* nombrado por el Consejo Federal. El ejercicio de tales derechos se realizará con participación del Gobierno Federal y de acuerdo con él; a este respecto, queda garantizada la responsabilidad de la Federación por el conjunto del Estado.

y Alemania. En segundo lugar, también se refieren a las relaciones con la Unión Europea los nuevos apartados 6 del artículo 104 y 5 del artículo 109 respectivamente. Los mismos establecen el reparto de responsabilidad por infracciones del Derecho Comunitario. Quizás incluso pueda interpretarse como una “mala noticia” (si se nos permite la expresión) para los *Länder*, pero responde a una perfecta lógica de “quien incumple paga” y no es corolario sino del principio de que no debe haber poder sin responsabilidad. En el próximo Capítulo volveremos sobre estas cuestiones. Ahora, y a los efectos de este trabajo, tan solo nos interesaba constatar el hecho de que una ley de reforma del federalismo alemán incluye importantes modificaciones respecto del fenómeno de la Unión europea.

Posteriormente a esta “gran reforma”, si se nos permite la expresión, del federalismo alemán en 2006, se produjeron tres reformas interesantes, a los efectos que nos interesan, de la Constitución alemana que, desde luego, demuestra ser mucho más capaz de adaptarse a las nuevas realidades sociales que la española. Así, en 2008, con motivo de la preparación de la ratificación del Tratado de Lisboa, se reformaron los artículos 23, 45 y 93 C.A incorporando la posibilidad de que tanto el *Bundestag* como el *Bundesrat* presenten recursos ante al Tribunal de Justicia en defensa del principio de subsidiariedad. Veremos en que consiste con más detenimiento en el Capítulo III. En 2009 una reforma de la Constitución financiera, que entre otras medidas, establecía un límite a la capacidad de endeudamiento tanto de la Federación como de los *Länder* y, finalmente, en 2010, una reforma constitucional tendente a establecer una colaboración entre la Federación en la protección de personas en desempleo¹³².

Comenzando ya con la exposición de cómo se protegen, a nivel infraestatal los derechos y como se hace – dada su íntima relación – el reparto competencial en la República Federal alemana, debemos hacer una primera advertencia al lector: aun cuando hemos denominado al modelo “perfecto”, el mismo no resulta uniforme, y así, como nos indica el Profesor J.C Gavara de Cara, únicamente diez de los dieciséis estados alemanes contienen un catálogo propio de derechos y, además, de estos diez, Bremen no ha configurado en su legislación un procedimiento de amparo propio¹³³. Por lo tanto, las explicaciones que ahora, por simplificar, predicamos respecto del modelo

¹³² Cfr., ELÍAS MÉNDEZ, C. “Alemania”. En FREIXES SANJUÁN, T., GÓMEZ SÁNCHEZ, Y, Y ROVIRA VIÑAS, A. *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre los Parlamentos*. Prólogo de Martin Schulz. CEPC. Madrid. 2013. P. 53.

¹³³ Cfr., GAVARA DE CARA, J.C “Los Derechos Fundamentales en las Constituciones de los Länder”. GAVARA DE CARA, J.C (ed) *Los Derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*. Bosch. Barcelona 2010. P. 161.

alemán son en realidad únicamente predicables respecto de los siguientes Estados: Bayern, Berlin, Brandenburg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, y Thürigen.

Además, tampoco “perfecto” quiere decir “ideal”, pues si el modelo alemán se caracteriza, a diferencia del modelo norteamericano, porque en aquellos derechos de contenido análogo en la Constitución federal y en las constituciones estatales tienen que ser interpretados en la forma que establecen los Tribunales federales, y por lo tanto, el plus de protección que los estados pueden ofrecer a los ciudadanos que viven en su territorio procede de la vía de los derechos sociales recogidos en las cartas de derechos de estas entidades territoriales y que no se encuentran en la Ley Fundamental de Bonn¹³⁴, resulta muy criticable que parte de la doctrina y la jurisprudencia sigan defendiendo que estos derechos no son en realidad tales, sino meras normas programáticas¹³⁵, insistiendo una vez más, por decirlo en palabras de Giannini, en convertir al Estado social en un concepto “perfectamente inútil”. Por desgracia no podemos detenernos más en denunciar las contradicciones inmanentes a esta forma de interpretar los derechos de una comunidad política sobre todo teniendo en cuenta que hablamos del Estado donde por primera vez en Europa se enunciaron los derechos sociales¹³⁶, pues ello nos alejaría del objetivo de estas páginas, y nos conformamos únicamente con advertir el sinsentido al que se llega con interpretaciones de este tipo que no conducen sino a que después de establecer un complejo sistema de mecanismos jurídicos encaminados a la protección de derechos su satisfacción en la práctica por parte de los particulares no se llegue a producir, quedando por tanto tales mecanismos reducidos a mera retórica¹³⁷. Con todo, si nos interesa poner de manifiesto algo que sí guarda relación con el discurso que venimos desarrollando: el hecho de que en Alemania, al igual que, y por imitación – tal y como veremos en el siguiente epígrafe –

¹³⁴ *Ibidem*. p. 175.

¹³⁵ Cfr., por todos, y específicamente respecto de los derechos sociales en las constituciones de los Länder HARTWIG, M. “Los Derechos Fundamentales en la República Federal alemana” en APARICIO, M.A (Dir). *Derechos y Libertades en los Estados Compuestos*. Atelier. Barcelona. 2005. p. 152.

¹³⁶ Sobre estos derechos sociales en la Constitución de Weimar Cfr., MORTATI, C. “Una valoración de conjunto sobre la experiencia de la Constitución de Weimar” en AAVV. *La Constitución de Weimar. La Constitución alemana de 11 de Agosto de 1919*. Tecnos. Madrid 2010. Pp. 56-62. Decimos en Europa porque, como es sabido, es en México donde, en la Constitución de Querétaro de 1917, se proclamaron por primera vez derechos sociales.

¹³⁷ Cfr., para mayor abundamiento, DE VEGA GARCÍA, P. “La eficacia frente a particulares de los Derechos Fundamentales. (La problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)” En AGUILAR DE LUQUE, L. (coord). *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional : (libro homenaje al profesor Gurmésindo Trujillo)*. Tirant lo Blanch. Madrid. 2005. Pp. 801-822.

en Italia y España, los derechos sociales declarados en las constituciones estatales y Estatutos de Autonomía hayan sido relegados a la condición de meros mandatos al legislador indica que el proceso de paulatina federalización de los Estados se articula también, como demuestra el modo de garantizar la protección de los derechos, desde los parámetros positivistas y tecnocráticos de la globalización.

En este modelo, como en el de los Estados Unidos, el sistema de protección de derechos estatal se configura como un sistema alternativo para los litigantes, que podrán optar por la protección federal o estatal de los derechos de sus representados. El modelo alemán también se configura – como aquél - como un modelo alternativo¹³⁸ en el sentido en que los litigantes pueden optar por intentar la satisfacción de sus derechos bien en el ámbito federal o en el ámbito estatal; pero si en Estados Unidos la razón parecía ser, como vimos, las dudas que los defensores de los Derechos Humanos tenían acerca de la sensibilidad que la nueva Corte presidida por el juez Burger pudiera tener hacia los derechos, sobre todo, de los detenidos, en Alemania la necesidad de fortalecer el sistema estatal de protección de los derechos parece ser, siguiendo al Profesor G. Doménech, la saturación, en su carga de trabajo, del Tribunal Constitucional Federal, que estaba impidiendo una protección eficaz de los Derechos Fundamentales¹³⁹. Ahora bien, sin duda la diferencia más importante es que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley Fundamental de Bonn, los derechos consagrados en los *Länder* no pueden entrar en contradicción con los reconocidos a nivel federal, lo que supone la pérdida de aplicabilidad de aquellos respecto de éstos cuando se declare su contradicción¹⁴⁰.

Vamos a distinguir, con fines aclaratorios, por tanto, dos situaciones distintas: Analicemos en primer lugar el caso de que los derechos de los *Länder* consagrados en sus respectivas constituciones se quieran hacer valer en un procedimiento de amparo propio respecto de una actuación de los poderes públicos en aplicación de la ley estatal. En este caso caben dos situaciones distintas: si el derecho invocado es de contenido análogo al de la Constitución Federal, regirá la regla de que ésta establece un mínimo de protección para todo el territorio nacional que puede ser ampliado por los derechos de los *Länder* o por la interpretación que de los mismos

¹³⁸ Cfr. GAVARA DE CARA, J.C. “Los Derechos Fundamentales...”. p. 181.

¹³⁹ Cfr., DOMENECH, G. “El desarrollo jurisprudencial de los derechos fundamentales contenido en las Constituciones de los *Länder* alemanes” en GAVARA DE CARA, J.C (ed). *Óp. cit.* P. 189.

¹⁴⁰ Cfr. GAVARA DE CARA, J.C “Los Derechos Fundamentales...”. p. 174.

hagan sus Cortes Constitucionales, pero nunca restringidos¹⁴¹. Cuestión distinta es cuando el contenido de los derechos de los *Länder* no tiene parangón con ningún derecho de la Constitución Federal, que es el ámbito donde los Tribunales Constitucionales estatales tienen mayor margen de maniobra y pueden contribuir con mayores innovaciones a la doctrina constitucional de protección de los Derechos Fundamentales¹⁴². Ahora bien, lo que ocurre es que dado que, como ya hemos criticado, la doctrina jurisprudencial alemana sigue hoy en día anclada en el criterio positivista de no considerar los derechos sociales, que son precisamente aquellos que suponen mayor especificidad de los catálogos estatales respecto de la Constitución Federal, como derechos subjetivos¹⁴³, confundiendo justicialidad con fuerza jurídica vinculante (que la tienen en tanto que son obligaciones impuestas por el Poder Constituyente, parece que estos siguen siendo prácticamente, y como dice el Profesor M. Hartwig, casi una corte de amparo en 1ª instancia¹⁴⁴. En segundo lugar, existe también la posibilidad, de que los Tribunales Constitucionales de los *Länder* conozcan de un recurso de amparo cuando sus autoridades actúan en aplicación de la ley federal¹⁴⁵. En este caso, el Tribunal Constitucional Federal, en una muy citada sentencia de 15 de Octubre de 1997 ha limitado dicha posibilidad a que se den los siguientes requisitos: Primero, la concordancia entre el derecho del *Land* y la Constitución Federal que impone el artículo 142 CA y la no contradicción que impone el artículo 31 del mismo cuerpo legal. Segundo, únicamente podrán ejercer esta jurisdicción de amparo con base en un derecho propio de su catálogo que tenga un contenido similar al de la Constitución Federal¹⁴⁶ y

¹⁴¹ Ello, porque como afirma el Profesor J.C Gavara de Cara en el trabajo citado (p. 172) la doctrina actual del Tribunal Constitucional Federal no permite que los derechos reconocidos en la Constitución Federal puedan ser limitados por los *Länder* de forma tal que una protección menor podría entrar en contradicción con la norma fundamental, supuesto prohibido por el artículo 142 CA. En el mismo sentido el Profesor G. Doménech (p. 197 y ss.) aunque él lo interpreta más como una exigencia práctica que se deriva del hecho, en primer lugar, de la autoridad del BVerfG, y, por otro, del deseo de las cortes estatales de evitar que una resolución suya pueda ser impugnada y anulada por el TCF en caso de resultar su contenido más restrictivo del que el de la Corte Constitucional Federal al derecho análogo. Este es precisamente el supuesto que no es posible en los Estados Unidos y que hace diferente al modelo alemán.

¹⁴² Cfr. DOMÉNECH, G. “El desarrollo jurisprudencial...”. p. 209.

¹⁴³ Ilustrativa resulta, a este respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional de Sarre de 9 de Junio de 1995, citada y comentada por el Profesor G. Doménech en el trabajo citado (p. 211), denegándole a una demandante de amparo el derecho a que el estado le provea de un puesto de laboral en cumplimiento de lo que dispone la constitución del estado, que reconoce el derecho al trabajo.

¹⁴⁴ Cfr. HARTWIG, M. “Los Derechos Fundamentales...” p. 164.

¹⁴⁵ Cfr., para todo lo que sigue DOMÉNECH, G. “El desarrollo jurisprudencial...” pp. 202 y ss. y también HARTWIG, M. “Los Derechos Fundamentales...” pp. 164 y ss.

¹⁴⁶ Esta exigencia es lógica, pues en caso contrario estarían invadiendo competencias del Tribunal Constitucional Federal, cosa que prohíbe el Derecho Constitucional alemán. Conviene recordar,

en este caso, si el Tribunal Constitucional de un *Land* quisiera apartarse de la doctrina jurisprudencial del TCF o de otro análogo debería plantear la cuestión a la que hace referencia el artículo 100.3 CA. Tercero, y último, este amparo sólo podrá ejercitarse una vez hayan concluido las vías de impugnación ordinarias.

Así pues, recapitulando, podemos afirmar que el modelo federal alemán de protección de Derechos Fundamentales es perfecto pero incompleto: perfecto en tanto que una separación de poderes en tres órdenes tanto en el poder público federal como estatal permite, en principio, que los ciudadanos de los estados mencionados acudan a los tribunales de su *Land*, para la protección de los derechos recogidos en su propia constitución, y ello siempre que las autoridades de su estado estén aplicando ya sea tanto legislación estatal como federal (con los matices que hemos visto). Incompleto, sin embargo, porque esta posibilidad la tienen sólo los ciudadanos de nueve de los dieciséis estados y porque siendo la especificidad de los catálogos propios de derechos de estos *Länder* su carácter social la doctrina jurisprudencial dominante, consistente en no considerar que éstos se traten de verdaderos derechos subjetivos convierte a las cortes constitucionales estatales en prácticamente tribunales constitucionales federales de primera instancia, radicados en el *Länd*. Creemos que el reforzamiento del sistema debe venir de la mano, primero de su generalización a todos los *Länder*, y segundo de una jurisprudencia más avanzada y de carácter social que reconozca la eficacia jurídica que llevan reclamando estos derechos de carácter social ya desde la época de Weimar.

A pesar de estas críticas, el sistema de protección de Derechos Fundamentales, a nivel estatal e infraestatal funciona razonablemente bien en la República Federal alemana debido también aunque su sistema competencial responde a una lógica jurídica igualmente coherente, si bien tampoco exenta tachas. La reforma constitucional de 2006, como nos muestra el Profesor A. Arroyo, introdujo importantes modificaciones por lo que se refiere a la materia competencial. Como se comprenderá, no es el objeto de este trabajo hacer una exposición pormenorizada de qué competencias pertenecen a la Federación y cuáles a los *Länder*, pero sí dar una panorámica del modelo. Así, y con el Profesor de la Universidad Autónoma, podemos clasificar las competencias en: a) exclusivas de la federación (art. 73 C.A); b) concurrente (art. 74 C.A); c) legislación básica de la Federación (arts. 91 a.2, 109.3 y 140, en relación con el artículo 138 RW); y d) la problemática legislación divergente (art. 72.3 C.A), a la que

en este sentido, que no se entiende por primacía del derecho federal, como antaño, que se esté invadiendo la competencia de la Federación cuando se disponga lo mismo en el derecho estatal.

nos referiremos a continuación. Decimos problemática porque si algo caracterizaba al modelo federal alemán, y sobre todo, por comparación a nuestro desafortunado Estado autonómico es ser un modelo “cerrado” competencialmente. Ello estaba propiciado por dos hechos fundamentalmente: 1) una clausula residual (art. 70.1 C.A) en favor de los estados, que les reconoce la competencia exclusiva en todas aquellas materias en las que la Federación no ostente derecho legislativo alguno, 2) la inexistencia (por desgracia tan común en España, y consagrada por la STC 31/2010) de posibles solapamientos o dobles competencias sobre un determinado aspecto. Se debe tener en cuenta, a este respecto, que el artículo 72.2 de la Norma Fundamental alemana establece: “en el ámbito de la legislación concurrente, los Estados tendrán competencia para legislar mientras y en la medida en que la Federación no haga uso de su facultad legislativa”. Pues bien, esta ausencia de “doble competencia” o ámbitos de solapamiento es la que ha desaparecido con las nueva “legislación divergente”¹⁴⁷. Esta legislación, que sustituye a la antigua “legislación marco”, se regula, en el artículo 72.3 en los siguientes términos: “si la Federación ha hecho uso de su competencia legislativa, los *Länder* pueden a este respecto, por medio de ley, aprobar regulaciones divergentes sobre: (...). Las leyes federales sobre estos campos materiales entran en vigor, como mínimo seis meses después de su publicación, en la medida en que no sea determinada otra cosa con el asentimiento del Consejo Federal. En los campos del apartado anterior, en la relación entre el derecho federal y el del *Land*, prevalece la respectiva ley posterior”. Queda de este modo abierta la puerta, al menos potencialmente, a un federalismo asimétrico (aunque sólo sea en los seis ámbitos recogidos en el artículo) que, en el más absurdo de los casos, consecuencia de lo dispuesto en el último inciso del precepto, puede dar lugar a lo que la doctrina ha denominado “efecto ping-pong”, por la posibilidad de que, deseando – por las razones que fueren – cada instancia territorial, imponer su propia regulación sobre la materia, se embarcasen en una espiral de sucesivas reformas legislativas con el fin de hacer prevalecer la regla de *lex posterior*. Aunque esta posibilidad es real, a la vista del tenor literal del precepto, no sólo la lealtad recíproca y el sentido común que deben regir las relaciones en los Estados federales, sino la llamativa *vacatio legis* que se establece para la entrada en vigor de las leyes federales, que da tiempo suficiente de reacción a los *Länder*, nos llevan a pensar que es una

¹⁴⁷ Cfr., ARRROYO GIL, A. *La reforma constitucional...*Pp. 67 y 68.

medida favorecedora de los intereses de estos últimos, que podrán acabar imponiendo, si lo desean, una legislación acorde a sus intereses.

Nuestra valoración de este punto de la reforma no puede ser sino negativa, por favorecer el conflicto. En todos los Estados federales necesariamente hay una serie de ámbitos donde las competencias de la Federación y de los estados se solapan, lo que provoca que allí donde el conflicto suscitado no puede resolverse de acuerdo con el principio de competencia entre en juego la cláusula de prevalencia del Derecho federal, que como vimos, establece el art. 31 C.A. Por ello no es cierto es que la cláusula de prevalencia del Derecho federal tenga un ámbito de aplicación casi inexistente. Por lo que a nosotros respecta, y al objeto de estas páginas, vemos que tiene una importancia decisiva en el modelo federal de protección de Derechos Fundamentales en la República Federal alemana, que lo configura absolutamente diverso al modelo estadounidense.

Algunos autores han denominado al federalismo alemán como “el federalismo de ejecución”, porque estas serían, a la luz de lo que disponen los arts. 70 y ss. de la Constitución de 1949, las competencias principales de los estados¹⁴⁸. Ello no es del todo cierto y, como hemos visto, la reforma del 2006 ha reforzado las competencias de los *Länder*, siendo muy llamativo, al respecto, y por cuanto a nosotros como académicos nos interesa, el caso de la educación universitaria. Sin embargo, y aunque no es el objetivo de estas páginas hacer un estudio comparativo entre el haz de competencias de los entes descentralizados de los distintos países que estudiamos, podemos decir que claramente los *Länder* disponen de menos competencias que las Comunidades Autónomas en España¹⁴⁹. Y ello a pesar de que en este país, como en los EEUU, la tendencia centralizadora de los Estados federales parece también haberse invertido.

II.3.1.2. Suiza.

El actual nombre de la Confederación Suiza, al igual que hemos visto con la Confederación argentina, se mantiene por razones históricas, aun cuando no cabe duda

¹⁴⁸ Sobre la falta de legislación autónoma de los *Länder*, Cfr., por todos, HESSE, K. “El Estado Federal unitario”...pp. 202 y ss.

¹⁴⁹ Por eso, y haciendo aquí referencia a un hecho de “rabiosa actualidad” no se entiende el separatismo catalán, cuando España es sin duda, uno de los países más descentralizados de Europa y el mundo (coincidimos en este sentido con la opinión de Joseph Pérez ofrecida en una interesante entrevista en el Diario ABC de 19 de Mayo de 2014).

de que se trate, como hemos dicho en el Capítulo I, desde 1848, de un genuino Estado federal.

Se trata del Estado cuyos orígenes federales son los más antiguos de todos los Estados que han formado parte de este estudio. Así, el establecimiento de la que ha sido llamada “Confederación antigua” se remonta al pacto entre las tres comarcas Uri, Schwyz y Unterwalden concluyen un pacto de asistencia mutua con vocación de perpetuidad. Esta confederación antigua fue ampliándose, primero, a ocho comarcas, en el siglo XIV y posteriormente a trece comarcas (siglo XVI), consolidando grandes desigualdades en el estatus de los miembros y los derechos de los ciudadanos de los distintos cantones, hasta la invasión francesa postrevolucionaria. Esta hegemonía de los franceses sería, vista con perspectiva histórica, positiva, pues eliminó esas relaciones de vasallaje e igualó los derechos de todos los ciudadanos, lo que sería, a partir de entonces, una constante en el orden constitucional Suizo¹⁵⁰. La Constitución de 12 de Abril de 1798, sin embargo, impuso un Estado unitario, aunque, posteriormente, atendiendo a las particularidades cantonales respecto a lengua, cultura, religión, se aprueba por Napoleón el “Acta de Mediación” (1803) en que se vuelve a la organización territorial de la Confederación Helvética. La organización confederal sigue tras la caída de Napoleón y, en 1815, se firma el Pacto Confederal de 1815, el cual, nos dice el Profesor M. García Pelayo: “jurídicamente no se trata de una ley constitucional sino de un tratado internacional creador de una Confederación que carece de medios eficaces propios para imponerse a los cantones, cuyas oligarquías pueden restablecer una ordenación jurídico-política patentemente fundada en sus intereses de clase. Por consiguiente, el auténtico sujeto de la política en este periodo fueron los cantones y no la Confederación, que hubo de permanecer inerte ante las difíciles circunstancias de este tiempo”¹⁵¹. Pero si la confederación norteamericana de 1776 había resultado insuficiente, sobre todo, en el campo económico, la helvética lo resulto ser para impedir que surgieran en su seno antagonismos religiosos, económicos e ideológicos, que habían llevado a la Confederación a una situación de inestabilidad desde 1830 y hasta la primera Constitución federal de 1848, la cual, todavía se reformaría totalmente en 1874 para fortalecer el poder central y el Estado en general (especialmente frente a los poderes eclesiásticos), así como introducir algunas fórmulas de democracia directa¹⁵².

¹⁵⁰ Cfr., GARCIA PELAYO, M. “Derecho Constitucional Comparado”...p. 654.

¹⁵¹ *Ibidem*. P. 656.

¹⁵² *Ibidem*. Pp. 657-659.

Esta Constitución tuvo una vigencia de más de 125 años, hasta 2000, cuando entro en vigor una nueva Constitución aprobada en 1999, tras – hecho que debe destacarse en un contexto como el español, donde existe un verdadero miedo a la reforma - más de un centenar de reformas de la Constitución anterior, entre las que destaca la reforma de 1947, que junto con reformar ciertos aspectos legislativos, permitió la intervención del Estado suizo en economía¹⁵³. De la Constitución de 1874 llamaba la atención la ausencia de un catálogo completo de derechos, lo cual no significa, sin embargo, que no contuviese derechos en absoluto. La Constitución recogía tanto derechos políticos (de sufragio, de petición), como de libertad (se hace especial hincapié, por las razones expuestas, en las libertades de cuto y religiosa, pero también se reconocía el derecho de reunión y manifestación), así como un reconocimiento genérico de la igualdad. Lo que ocurre es que estos pocos derechos estaban dispersos a lo largo del articulado en lugar de recogidos en una parte dogmática destinada al efecto. También contiene, en el art. 53, disposiciones relativas a la forma de práctica alteraciones territoriales que no existía en los textos anteriores. Respecto de los Derechos Fundamentales, es interesante confrontar, respecto del Derecho Comparado, como la Constitución Suiza presenta un estilo más directo, lacónico, sin reiteraciones ni redundancias y, sobre todo, sin la problemática y confusa teoría de los límites de la que tanto abuso se hace, por ejemplo, y en lo que a nosotros nos interesa, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵⁴. En cuanto a los derechos sociales (“objetivos sociales”, según la expresión utilizada por el Texto Fundamental), la Constitución no consagra verdaderos derechos subjetivos, y de hecho, la mayoría de ellos no los consagra dentro de la parte dogmática (excepción hecha de los que aparecen recogidos en el art. 41), sino incluidos en el Título III dedicado a la Confederación, Cantones y Comunas, y, en concreto, dentro del capítulo relativo a las relaciones entre estos distintos niveles de gobierno, lo cual, a juicio de las Profesoras R. Sánchez y M. V. García, no es sino una manifestación más del pragmatismo suizo, pues, tiene la ventaja de que permite la interposición del Recurso de Derecho (que analizaremos inmediateamente), en caso de que el reparto competencial no fuese respetado¹⁵⁵.

A pesar de que siempre se destaca a Suiza como paradigma de la diferencia, por lo que respecta a la materia competencial, existe entre Suiza y Alemania bastantes

¹⁵³ *Ibidem*. p. 670.

¹⁵⁴ Cfr., SANCHEZ FERRÍZ, R. Y GARCÍA SORIANO, M.V. *Suiza. Sistema Político y Constitución*. CEPC. Madrid. 2002. Pp. 45-47.

¹⁵⁵ *Ibidem*. P. 55.

similitudes que se manifiestan en los siguientes aspectos: a) Corresponder, en general, la ejecución de las leyes, a los entes descentralizados (arts. 45 y 83 respectivamente); b) les corresponde también, la competencia legislativa en todo aquello que no sea reservado a la Federación por la Constitución (arts. 3 y 70 respectivamente); c) en consecuencia, la Constitución establece una serie de materias exclusivas de la Federación (aunque, como vimos, en la Constitución alemana lo hace en un solo precepto mientras en la Constitución suiza aparecen dispersas a lo largo del articulado¹⁵⁶); d) en las competencias compartidas entre la Federación y los entes descentralizados, la primera actúa en virtud del principio de subsidiariedad, esto es, cuando haya necesidad de una regulación uniforme (arts. 42 y 72 respectivamente); e) en ambas se establece el principio de primacía del Derecho Federal (arts. 19 y 31 respectivamente); f) También puede, la federación, delegar la legislación de determinadas materias a los órganos descentralizados.

La organización judicial también guarda algunas semejanzas, aunque aquí con la importante diferencia de que el Tribunal Federal, tribunal ordinario con facultades constitucionales, no declara la inconstitucionalidad y nulidad, en ningún caso, de las leyes federales¹⁵⁷. Los Tribunales estatales, cuya organización judicial en materia civil y penal les corresponde, a pesar de que la legislación en esta materia es competencia federal¹⁵⁸. También les corresponde la organización judicial en materia de jurisdicción administrativa, pues la actuación del Tribunal Federal tiene siempre un carácter subsidiario, en vía de recurso (con muy pocas excepciones en las que actúa como Tribunal de primera instancia¹⁵⁹), y con el objetivo de garantizar la homogeneidad del Derecho de la Federación¹⁶⁰. Este Tribunal conoce, a los efectos que a nosotros nos interesan, de dos recursos en materia de Derecho Constitucional: a) el Recurso de

¹⁵⁶ Para una identificación de las mismas *Vid.*, GIOVANNI, G. Y KNAPP, B. *L'organizzazione del poteri e il federalismo in Svizzera secondo la nuova Costituzione*. Giappichelli. Torino. 2000. P. 306.

¹⁵⁷ Esto es una peculiaridad del Derecho Constitucional suizo ya desde la Constitución de 1848 (Cfr., CRUZ VILLALON, P. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. CEPC. Madrid 1980. Pp. 53-57). Por cierto que, en esta misma obra, se explica también como en la República de Weimar tampoco la Constitución permitía (aunque no lo prohibía, al modo del art. 133 de la C.S de 1848) el control difuso de constitucionalidad, lo que fue una facultad que, no obstante, acabaron atribuyéndose los Tribunales federales (Pp. 71 y ss.).

¹⁵⁸ *Vid.*, arts. 122 y 123 C. S.

¹⁵⁹ *Vid.*, arts. 41 y 42 OJ (civil), 340-342 CP (penale) y 116 a 121, 130 y 131 OJ (administrativo).

¹⁶⁰ *Vid.*, MALINVERNI, G. "Suiza. I. Jurisdicción". En GERPE, M. Y BARCELÓ, M (coords.). *El Federalismo judicial*. Institut d'Estudis Autonòmics. Barcelona 2006. Pp. 91 y ss y PLA BOIX, A.M. "Un modelo de Derecho Comparado: la organización judicial en Suiza". En *Revista catalana de derecho público*, nº.36 (2008). Pp. 283-317.

Derecho Público, que interponen los particulares frente a las violaciones de derechos constitucionales (de la Constitución federal, los Tratados Internacionales o de las propias constituciones cantonales) o derechos políticos por ordenanzas o decisiones de las autoridades cantonales¹⁶¹; b) La Reclamación de Derecho Público, que únicamente pueden interponer los Cantones o la Federación, para dirimir los conflictos (positivos o negativos) de competencias entre ellos¹⁶².

Los Cantones tienen sus propios catálogos de derechos y controles de constitucionalidad. Este control se hace, por exigencia de la Constitución, respecto de la Norma Fundamental Federal y los Tratados Internacionales¹⁶³ y, aunque esto no es una exigencia de la Constitución federal, respecto de la constitución cantonal¹⁶⁴. Las modalidades son diversas tanto en cuanto al tipo de control como por lo que respecta a los órganos encargados de llevarla a cabo. Así podemos distinguir entre: a) los cantones que realizan un control abstracto de las leyes (p. ej. Nidvaldo¹⁶⁵, Grigioni¹⁶⁶, Vaud¹⁶⁷, Ginevra¹⁶⁸ o Giura¹⁶⁹), y b) los que realizan un control concreto de constitucionalidad (p. ej. San Gallo¹⁷⁰ o Basilea¹⁷¹), c) así como entre a) tiene una corte constitucional integrada en el Tribunal Cantonal (Ginevra, Vaud, Giura), b) por el Tribunal administrativo (Grigioni) c) la jurisdicción constitucional se ejerce por el tribunal de apelación (Nidvaldo), d) en general, por todos los tribunales (San Gallo), e) por el Tribunal Cantonal (Basilea).

Con esta organización, descrita a grandes rasgos, de las competencias y judicial, el lector ya habrá intuido que el modelo de protección de derechos es el que podemos denominar “europeo”, por oposición al norteamericano. La doctrina y el Tribunal Federal han entendido que la Constitución federal recoge un mínimo de derechos (después de 1999 bastante más amplio) que los cantones pueden mejorar pero no reducir. En el caso, siempre conflictivo, de la duplicidad de derechos, prima, por imperativo de la Constitución, la interpretación del máximo órgano federal, el cual ha

¹⁶¹ Vid., arts. 189 C.S y 84 OJ.

¹⁶² Vid., Art. 83 OJ.

¹⁶³ Vid., arts. 49 y 52 C.S.

¹⁶⁴ Vid., AUER, A, MALINVERNI, G Y HOTTELIER, M. *Droit Constitutionnel Suisse*. Berne. 2000. Pp. 763 y ss.

¹⁶⁵ Vid., art. 69 C. N.W.

¹⁶⁶ Vid., art. 55 C. Gri.

¹⁶⁷ Vid., art. 136 C. Va.

¹⁶⁸ Vid., 124 C. Gi.

¹⁶⁹ Vid., art. 104 C. Ju.

¹⁷⁰ Vid., art. 81 C. S.G.

¹⁷¹ Vid., art. 86 C. B.

afirmado que, por esta razón, muchos los derechos de las constituciones cantonales han perdido su independencia¹⁷².

II.3.2) Los Modelos Imperfectos.

Todos los Estados que analizamos a continuación son, como lo eran los modelos que nosotros denominamos “imperfectos” Estados Federales, de acuerdo con las premisas que hemos establecido en el Capítulo anterior, aunque a diferencia de en el continente americano, la clasificación no es pacífica en la doctrina. Por lo tanto, otro objetivo de las páginas que siguen, confrontadas con el anterior, será demostrar que son Estados perfectamente homologables y susceptibles de estudios conjuntos, como el que humildemente hemos realizado nosotros. El hecho de que hablemos de modelos imperfectos es, pues, en que algunos de estos Estados muestran un modelo territorial evidentemente inacabado (España), su excesiva centralización e incompleta división de poderes en los dos niveles de gobierno (Austria, Italia), la mezcla de elementos típicos de Estados Federales cuando se trata de una Confederación de Estados (UE), o a los continuos conflictos entre sus entes regionales (Bélgica).

II.3.2.1) Austria.

Con carácter previo a la explicación de los dos elementos distintivos en los que venimos centrando nuestro estudio en Austria, debemos hacer mención de una cuestión que, no por obvia, podemos dejar de precisar. A lo largo de estas páginas, una de las tesis que venimos manteniendo es que se producen, a ambos lados del océano, procesos de imitación de instituciones tomadas de países que se consideran modélicos. Lo hemos visto en páginas anteriores con México y Argentina respecto de los Estados Unidos y hemos anunciado que lo veríamos ahora, en el continente europeo, respecto de Alemania. Esto es evidente en las Constituciones más recientes de Europa, como la española de 1978, que como señalan los manuales al uso de la asignatura de Derecho Constitucional español, está fuertemente influenciada por modelos europeos,

¹⁷² Vid., AUER, A, MALINVERNI, G Y HOTTELIER, M. *Droit Constitutionnel* ... P. 680.

especialmente alemán e italiano¹⁷³. En el caso de Austria, ni podemos sostener esto (fue aprobada 29 años antes que la Constitución alemana), ni se percibe, tampoco, una clara influencia en otras Constituciones posteriores que la imitasen.

Por lo tanto, si incluimos un apartado (aunque breve) sobre Austria, de la que aún hoy no hay sobre su federalismo demasiados estudios en castellano¹⁷⁴, es porque resulta un Estado sumamente interesante para el estudio que estamos realizando, al menos, por dos motivos: en primer lugar porque siendo un Estado sumamente centralizado competencialmente hablando y donde, incluso, los *Länder* carecen de un poder judicial propio, la doctrina (nacional o comparada) no parece dudar, sin embargo, de que se trate de un genuino Estado Federal y ello, sin ningún otro motivo aparente que porque simplemente así lo dispone el art. 2 de su Constitución, lo cual demuestra la importancia que el formante legislativo tiene en la metodología del estudio del Derecho en la actualidad. Resulta enormemente paradójico y no porque nosotros sostengamos – como a estas alturas de nuestro trabajo, esperamos, resulte claro – que el federalismo dependa del número de competencias de que dispongan los entes descentralizados sino porque ésta era, precisamente, la concepción del inspirador de la Constitución austriaca de 1920, Hans Kelsen. Para el Profesor de la Universidad de Viena, y en buena parte artífice de la Constitución, el único elemento diferenciador de las formas de Estado (unitario, federal, confederal) es el halo de competencias que ostenten los distintos niveles de gobierno¹⁷⁵. Sus postulados teóricos, estáticos, formalistas en grado máximo, llevados a la práctica tenían, necesariamente, que llevar a contradicciones, pues, como afirma el Profesor J. Vernet, basándose en la obra de F. Koja, el principio federal en Austria no ha sido, durante mucho tiempo, sino un tópico, sometido a determinados avatares políticos¹⁷⁶. Huelga decir, que la previsión de avatares políticos

¹⁷³ Cfr., ALZAGA VILLAMIL, O, GUTIERREZ GUITIERREZ, I, REVIRIEGO PICÓN, F, SALVADOR MARTINEZ, M. *Derecho Político español según la Constitución de 1978*. 5ª ed. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2011. P. 263.

¹⁷⁴ Notable excepción, por supuesto, el trabajo de Jaume Vernet (VERNET I LLOBET, J. *El Sistema Federal austriaco*. Prólogo de H. Schäffer. Marcial Pons. Madrid. 1997).

¹⁷⁵ Cfr., KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García Maynez. UNAM. México. 1995. P. 376, donde afirma, literalmente: “Lo único que distingue a un Estado unitario dividido en provincias autónomas de un estado federal, es el grado de descentralización. Y así como el federal se distingue de un Estado unitario sólo por un mayor grado de descentralización, del mismo modo se distingue una confederación internacional de Estados de un Estado federal. En la escala de la descentralización, el Estado federal ocupa un lugar intermedio entre el unitario y la unión internacional de Estados. El Estado federal presenta un grado de descentralización que es todavía compatible con una comunidad jurídica constituida por el derecho nacional, esto es, con un Estado, y un grado de centralización que ya no es compatible con una comunidad jurídica internacional, es decir, con una comunidad constituida por el derecho internacional”.

¹⁷⁶ Cfr., VERNET I LLOBET, J. *El Sistema Federal austriaco...* p. 21.

es totalmente ajena, como a nadie se le escapa, a los esquemas de pensamiento kelsenianos. Pero si el federalismo austríaco resulta más teórico que real no es sólo por eso, sino, y ahí es donde la influencia del Profesor de la Universidad de Viena se percibe con más intensidad, por su propio diseño constitucional. Así, nos dice el mismo autor, al introducir la distribución de competencias en el federalismo austríaco, que: “la mayoría y las más importantes competencias son asignadas al poder central, a pesar que la cláusula residual favorece a los *Länder*, los cuales deciden sobre unas poco importantes competencias (...) de lo que se deduce que el federalismo austríaco es un federalismo, por así decirlo, limitado o simbólico, si lo comparamos con los Estados pertenecientes al federalismo clásico”¹⁷⁷. La exhaustividad con la que se pretende suplir la ausencia de una cláusula de prevalencia del Derecho federal no ha impedido, como es lógico, que a pesar de todo el Tribunal Constitucional tenga que interpretarlos ante determinados conflictos y, por cierto, favoreciendo los intereses de la Federación.

En segundo lugar, tratar (como estamos haciendo en este capítulo) de describir (aunque sea a grandes rasgos) la evolución del federalismo austríaco, en un marco comparado, resulta difícil por cuanto, al igual que sucedía en Argentina, es difícil pronunciarse con precisión sobre si nos encontramos ante un tipo de Estado federal de integración o desintegración. Aun cuando el actual modelo federal surge, indudablemente, con la Constitución de 1920, no existiendo durante el periodo republicano anterior, desde 1918, una organización descentralizada del poder político, algunos sectores de la doctrina consideran que el fundamento de su poder político trae causa de su papel histórico y que esto es un factor importante a la hora de interpretar la Constitución federal¹⁷⁸. Evidentemente, por nuestra concepción del federalismo explícitamente expuesta, nosotros no podemos acoger ninguna suerte de derechos históricos o de fundamentos del poder de los estados federados ajenos a la Constitución, pero que hasta cierto punto Austria sea producto histórico de la integración de distintos territorios de habla germana, puede explicar que no haya seguido una evolución como la de otros Estados federales surgidos de una descentralización de competencias. Por supuesto, la influencia que hemos mencionado en el párrafo anterior del positivismo

¹⁷⁷ *Ibidem.* p. 58.

¹⁷⁸ *Vid.*, a este respecto, la opinión de los Profesores P. Pernthaler y A. Gamper, en un estudio comparado sobre los techos competenciales, publicado en internet (pregunta nº 2): http://www.upf.edu/obsei/_pdf/doc_sostres_au_es.pdf. Como ejemplos, indicamos nosotros que el Profesor J. Vernet está dentro de los que consideran Austria un modelo federal de desintegración, mientras que el profesor P. Bussjäger, (Cfr., BUSSJÄGER, P. Between Europeization. Unitarism and Autonomy. Remarks on the current situation of Federalism in Austria. REAF. N° 10 (2010). Pp. 11-39).

formalista juega un evidente papel en esta “estaticidad” – por decirlo de algún modo – del federalismo austríaco.

Sea ello como fuere, siguiendo con el esquema expositivo de este Capítulo lo primero que debemos mencionar es que existen derechos políticos y sociales declarados en las constituciones de los *Länder* austríacos¹⁷⁹. Ahora bien, estos derechos tienen que ser necesariamente distintos a los recogidos en la Constitución federal (que son los típicos derechos propios de la ideología liberal) en atención a lo dispuesto en el artículo 10.1 que establece que es competencia exclusiva de la Federación tanto legislativa como ejecutiva la “constitución federal” entendiéndose tradicionalmente comprendidos los derechos que ella comprende, por lo que los entes territoriales no podrían legislar en la materia. Ahora bien, teniendo en cuenta, por un lado, que según la cláusula residual del artículo 15 de la Constitución, los *Länder* podrán establecer derechos que no se encuentren recogidos en la Constitución Federal (y así lo han hecho, por ejemplo, con los derechos sociales)¹⁸⁰ y, por otro lado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha evolucionado, por en el sentido de entender, en virtud del principio de “reconocimiento mutuo” que los *Länder* pueden implementar (y ampliar) la protección de los derechos fundamentales siempre que no suponga en ningún caso una abrogación de la normativa federal, nos encontramos con que en Austria se admite la existencia de derechos en las Constituciones de los *Länder* con las limitaciones mencionadas.

Sin embargo, consecuencia de la ausencia de los otros dos requisitos que de la mano del Profesor J.C Gavara vimos que eran necesarios para un sistema eficaz de protección de Derechos Fundamentales a nivel regional, esto es la ausencia de un poder judicial propio de los Estados y de un procedimiento de amparo¹⁸¹ conlleva que estos no puedan ser entendidos más que como mandatos al legislador que inspiren la actuación de los poderes públicos.

Una vez más, y con esto concluimos, podemos apreciar la íntima conexión entre el reparto competencial y la protección de derechos en un ámbito diferente del estatal. La poca efectividad que denunciamos de los derechos en las constituciones de

¹⁷⁹ Cfr., GAMPER, A. “Federalismo y Derechos Fundamentales. El caso de Austria” En APARICIO, M.A (ed) y otros. *Derechos y Libertades en los Estados Compuestos*. Atelier. Barcelona. 2005. p. 128 a 136.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 126.

¹⁸¹ El amparo ante el Tribunal Constitucional austríaco sólo puede ser solicitado por el particular que ha agotado los recursos administrativos ordinarios, respecto de los derechos reconocidos en la Constitución Federal (Vid. art. 144 C. Aus).

los *Länder* es asimilable a las dificultades que los estos han tenido históricamente para poder asumir nuevas competencias. A pesar de los esfuerzos que hemos mencionado de la Constitución por fijar un reparto exhaustivo de competencias entre la Federación y los *Länder* (que en síntesis, tienen amplias competencias ejecutivas pero muy reducidas competencias legislativas), el paso de los años ha hecho necesario interpretar dicho reparto (porque como decíamos al comienzo de este capítulo, “sin embargo, ¡se mueve!”), y tal como anunciábamos el Tribunal Constitucional lo ha hecho de manera favorable a los intereses de la Federación. Lo ha hecho, básicamente, y como señala el Profesor J. Vernet¹⁸², a través de la teoría de las competencias transversales y la de los puntos de vista. De acuerdo con la primera una materia es susceptible de ser dividida en otras submaterias que guarden relación con competencias, por lo que ahora nos interesa, asumidas en exclusiva por la Federación. De este modo la acción de la federación podría desplegar sus efectos sobre materias que por ser recientes (por ejemplo el medio ambiente) deberían haber sido asumidas, en virtud de lo dispuesto en el art. 15.1 C. Aus, a los *Länder* como materias reservadas. Como veremos más adelante, una teoría similar, pero en sentido inverso, ha utilizado el TC español en la STC 31/2010, para aumentar las posibilidades competenciales de la Generalitat de Cataluña. De acuerdo con la segunda, y aceptada la idea de materia complejas sobre las que, en principio, pueden legislar o reglamentar el *Bund* y los *Länder*, se obliga a los entes territoriales a tener en cuenta los distintos intereses (o puntos de vista) de otros entes territoriales a la hora de reglamentar una determinada competencia.

II.3.2.2) Italia¹⁸³.

Nos detendremos algo más a analizar el caso de Italia, y ello porque guarda mucha más relevancia con la forma de organización territorial española, y por la notable influencia que la doctrina y la jurisprudencia italianas ejercen sobre las nuestras. El diálogo constitucional entre ambos países, podríamos decir, es de ida y vuelta, en tanto que el primer ensayo de modelo territorial pretendidamente equidistante entre el Estado

¹⁸² Cfr., VERNET I LLOBET, J. *El Sistema Federal austríaco...* p. 164 y ss.

¹⁸³ Este epígrafe se ha redactado gracias a la beca recibida por el Ministerio de Educación para realizar una estancia de investigación, a fin de obtener el doctorado europeo, en la Universidad de Bolonia. Desde aquí quiero dejar constancia de mi agradecimiento al Profesor Lucio Pegoraro, por todo lo que me ha enseñado, no sólo sobre Federalismo, sino sobre Derecho Comparado y métodos de investigación.

federal y el Estado unitario es nuestro Estado Integral de la II República que, quizás, adoptaba esta fórmula por recelo respecto de lo que ocurrió en la I¹⁸⁴, y este modelo es adoptado por la Constitución italiana de 1947, siendo por último nuestro Constituyente quien se inspira en esta Constitución a la hora de desarrollar el Título VIII de nuestra Constitución de 1978, aunque haciéndolo de un modo bastante diferente¹⁸⁵. Actualmente, las influencias entre ambos países en las declaraciones de derechos en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y las Regiones respectivamente, pues, si como vimos, este tipo de catálogos de derechos son habituales en los Estados federales de integración, resultan novedosos en los Estados federales disgregativos, como lo son Italia y España.

Si comparamos las Constituciones de 1947 y 1978 respectivamente, vemos como ambas establecieron un modelo de Estado descentralizado partiendo de un Estado centralizado (y autocrático) que con el paso del tiempo, tanto fruto de necesidades prácticas como por los anhelos de mayor autogobierno de determinadas Regiones y Comunidades Autónomas han llegado a equipararse, como hemos visto, a los demás Estados federales. Tanto en España como en Italia las razones para adoptar esta fórmula de descentralización territorial pretendidamente equidistante entre el Estado federal y el Estado unitario son, en parte académicas y en parte políticas. Respecto de las primeras, tan sólo indicar que la doctrina mayoritaria tanto en uno como en otro país entendía que Estado federal era una unión de antiguos Estados soberanos, y en donde se mantenía una dualidad de poderes constituyentes¹⁸⁶, siendo la Constitución concebida como un pacto entre estas entidades, que era precisamente lo que se quería evitar. No entraremos ahora en una crítica de estas posturas, porque la misma se deduce de lo que hemos dicho respecto de la soberanía y la Constitución en el primer Capítulo de este trabajo y

¹⁸⁴ Hay que tener en cuenta, además, que el PSOE (excepto Juan Negrín) se oponía a esta fórmula federal, en consonancia con el resto del pensamiento socialista europeo (Fichte, Lasalle, Marx y Engels...).

¹⁸⁵ Vid., ALZAGA VILLAMIL, O; GUTIERREZ GUTIERREZ, I; REVIRIEGO PICÓN, F; SALVADOR MARTINEZ, M. *Derecho Político español ...* Pp. 562 y ss.

¹⁸⁶ Cfr., sin ánimo de exhaustividad, respecto de España SANCHEZ AGESTA, L. *Sistema Político de la Constitución española de 1978*. Editorial Revista de Derecho Privado. Séptima edición puesta al día por Oscar Alzaga Villamil. Madrid 1994. P. 398, FERRANDO BADÍA, J. “Corrientes doctrinales de descentralización política en la España de los siglos XIX y XX”. En *Corts: Anuario de derecho parlamentario*. Nº 3 (1997). Pp. 39-40, SOLOZABAL ECHEVARRIA, J-J. “El Estado Autonómico como Estado compuesto”. En *Revista de Estudios Políticos*. nº 110 (2000). P. 18, ORTEGA ALVAREZ, L. “¿Estado federal, integral o autonómico?”. en TUDELA ARANDA, J Y KNÜPLING, F (coord.). *España y Modelos de Federalismo*. Fundación Manuel Giménez Abad. Zaragoza. 2010. Pp. 91-94, CONTRERAS CASADO, M. “La vieja apuesta por el federalismo y sus dificultades en España”. en TUDELA ARANDA, J Y KNÜPLING, F. *España y Modelos de Federalismo*. Pp. 99 y ss. Respecto de Italia, Cfr., por todos, Cfr., LA PÉRGOLA, A. *Los Nuevos Senderos del Federalismo*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1994. P. 300.

porque lo que nos interesa poner de manifiesto es la paradoja de que en ambos casos, las razones para no adoptar el modelo federal fueron políticas, pero de signo opuesto. En nuestro país, en 1978, el modelo federal fue rechazado por un miedo irracional de la derecha que lo veía, y aun lo ve, como un riesgo para la unidad de España, mientras que en Italia, la razón parece ser el recelo de la izquierda respecto a que la fórmula federal entorpeciese la posibilidad de una economía planificada¹⁸⁷.

Admitimos que en el diseño constitucional tanto de España como de Italia podía, como efectivamente sucedió, ofrecer serias dudas sobre su concreta fórmula descentralizadora, pero insistimos en que estas dudas no pueden perdurar actualmente, en atención a la evolución experimentada en ambos Estados. En Italia concretamente, el camino hacia la descentralización política tiene los siguientes hitos: a) la Ley de 15 de Marzo, n. 59, que se conoce como Ley Bassanini¹⁸⁸ (después de la cual se comenzó a hablar en Italia de “*Federalismo a Costituzione invariata*”), y que supone la mayor descentralización administrativa que podía adoptarse mediante ley ordinaria. Por la misma se confiere la totalidad de las funciones administrativas para la gestión de sus respectivos intereses, exceptuando algunas expresamente reservadas al Estado. b) La Ley Constitucional 1/1999¹⁸⁹, que establece la elección directa del Presidente de la Junta Regional, y la autonomía estatutaria de las Regiones. c) La Ley Constitucional 2/2001¹⁹⁰ que armoniza las disposiciones de la L.C 1/1999 en las Regiones de Estatuto especial. d) La Ley Constitucional 3/2001¹⁹¹ que reforma la segunda parte del Título V de la Constitución, y que incide tanto sobre el diseño del gobierno regional, el reparto de competencias entre el Estado y las Regiones y sobre la configuración misma de la autonomía local y regional¹⁹².

Con posterioridad a la reforma de 2001, y sobre todo en 2004, fueron surgiendo en Italia nuevos Estatutos Regionales que, al igual que sucedió con los españoles a partir de 2006, presentaron como principal novedad la incorporación de catálogos más o menos completos de derechos, deberes y principios¹⁹³. Ahora bien, una

¹⁸⁷ Cfr., LA PERGOLA, A. *Los Nuevos Senderos del Federalismo...* Pp. 298-299 y, para el caso de España, ALZAGA VILLAMIL, O; GUTIERREZ GUTIERREZ, I; REVIRIEGO PICÓN, F; SALVADOR MARTINEZ, M. *Derecho Político español ...* P. 564.

¹⁸⁸ *Gazzetta Ufficiale* n. 63 del 17 marzo 1997.

¹⁸⁹ *Gazzetta Ufficiale* n. 299 del 22 dicembre 1999.

¹⁹⁰ *Gazzetta Ufficiale* n. 26 del 1 febbraio 2001.

¹⁹¹ *Gazzetta Ufficiale* n. 248 del 24 ottobre 2001.

¹⁹² *Vid.*, SCARCIGLIA, R. “La forma di Stato decentrato”. En AAVV. *Diritto Costituzionale Comparato*. Giappichelli. Torino. 2009. P. 223.

¹⁹³ Para una visión comparada del contenido de estos derechos Cfr., PEGORARO L Y RAGONE, S. “Los derechos regionales en el sistema constitucional italiano con especial referencia a su

diferencia fundamental es que allí, a diferencia de nosotros, se llevó a cabo con carácter previo una reforma constitucional, en lo que ahora nos interesa, respecto de los artículos 117 y 123 CI, que si bien no impidió que surgieran algunos conflictos de legitimidad constitucional, sí permitió que estos fueran resueltos con mayor facilidad y mayor aceptación también por parte de todos los operadores jurídicos. Un ejemplo nos servirá para ilustrar esta última afirmación: después de que la Corte Constitucional declarase contrarios a la Constitución algunos preceptos de los Estatutos de Calabria, Emilia-Romagna y Umbría, los mismos han sido reelaborados y publicados de nuevo. Y ello a pesar de las diferencias ideológicas entre el gobierno central y las regiones de Umbría y la Emilia-Romagna. Ni que decir tiene que ello no ha ocurrido, ni parece que vaya a ocurrir, después de que el máximo intérprete constitucional declarase inconstitucionales y nulos 14 preceptos del Estatuto de Autonomía catalán (por no mencionar los 50 que somete a una interpretación conforme), pues lo que ha ocurrido, en su lugar es una intolerable, desde el punto de vista democrático, reacción de los partidos nacionalistas mayoritarios en el Parlamento Catalán que han llegado hasta el punto de convocar manifestaciones populares en contra de dicha Sentencia. Además, el art. 123 establece un control preventivo, por parte de la Corte Constitucional, sobre los Estatutos Regionales, que pueden ser interpuestos por el Gobierno, en el plazo de 30 días, desde su publicación. La Corte se ha encargado de aclarar que este control preventivo es sin perjuicio de control a posteriori establecido en el art. 127 CI¹⁹⁴. En España, algunos autores, viendo lo ocurrido (profundizaremos sobre ello más adelante) con todo lo relativo a la tramitación del recurso de inconstitucionalidad del Estatuto de Autonomía de Cataluña, recuperar el recurso previo de inconstitucionalidad suprimido por L.O 4/1985.

Si analizamos primero la modificación del artículo 123 CI, cuyo tenor literal, en la parte que nos interesa, y tras la reforma operada por la L. Const. 1/1999 reza como sigue: “cada región tiene un Estatuto que, *en armonía con la Constitución*, determina la forma de gobierno y *los principios fundamentales de organización y funcionamiento*”¹⁹⁵ donde antes únicamente decía “normas relativas a la organización interna de la región” está claro que esta legitimando un cambio jurídico que se traduce,

regulación estatutaria” En GAVARA DE CARA (ed) Los Derechos como principios objetivos en los Estados compuestos. Bosch. Barcelona 2010. Pp .98 a112 y ROSSI, E. “Derechos de libertad y estatutos regionales. La situación italiana” en APARICIO, M (ed.) *Derechos y Libertades...* P. 212-227.

¹⁹⁴ Vid., SSCC 304/2002, 469/2005 y 149/2009, entre otras.

¹⁹⁵ Cfr. PEGORARO, L Y RAGONE, S. “Los derechos regionales...” p. 98 y ROSSI, E, óp. cit. p. 205.

al menos, en un derecho (para el Profesor E. Rossi, incluso en un deber) de los entes regionales de modificar sus Estatutos, proclamando principios fundamentales de organización y funcionamiento. Este artículo equipara completamente la elaboración de los Estatutos Regionales ordinarios italianos a la de constituciones estatales de los Estados Federales, pues son libres para adoptarlos (sin preverse ningún procedimiento paccionado con el Estado) dentro del respeto a la Constitución. La inclusión de principios y derechos en el articulado de los Estatutos es, como indica la Profesora T. Groppi, manifestación de que los Consejos Regionales no comprendieron los Estatutos como un “pacto *subjectionis*” sino como un “pacto *societatis*”¹⁹⁶. Ahora bien, teniendo en cuenta, precisamente, que los Estatutos tienen que estar, como acabamos de ver en “armonía con la Constitución” lo que ha sido entendido por la Corte como una exigencia no sólo de no contradicción de los Estatutos Regionales con la Carta Fundamental, sino como una exigencia de ser aquéllas fieles al espíritu de ésta¹⁹⁷, está claro, como dice el Profesor E. Rossi que no podrán los Estatutos Regionales restringir de algún modo los derechos contenidos en la Constitución ni será necesario que los reproduzcan, pero pueden concretar algunos de los derechos en ella reconocidos y además, ampliar el marco de protección de la Constitución con el reconocimiento de derechos nuevos¹⁹⁸.

Como además, hemos dicho también que el nuevo artículo 117 CI establece un absolutamente nuevo reparto competencial incluyendo una clausula residual a favor de los entes regionales que es típicamente federal pocas dudas parecería que pudiese haber sobre la posibilidad de los entes territoriales de adoptar estos catálogos de derechos en sus respectivos Estatutos. Y sin embargo, incluso allí la cuestión no ha resultado pacífica en atención a lo dispuesto en el artículo 117.2.m que establece que se atribuye al Estado la determinación de los “niveles esenciales de prestaciones relativos a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados sobre todo el territorio nacional”¹⁹⁹. Sin embargo, nosotros somos de la opinión, coincidiendo con los Profesores L. Pegoraro y S. Ragone expresada en el trabajo citado, de que no parece éste un obstáculo a dichos catálogos de derechos puesto que establece claramente una

¹⁹⁶ Cfr., GROPPI, T. “I nuovi statuti delle regioni dopo le sentenze 372, 378 e 379/2004 della corte costituzionale. En *Diritto & Giustizia* n. 47/2004.

¹⁹⁷ Vid. SSCC 304/2002 de 3 de Julio y 313/2003 de 21 de Octubre.

¹⁹⁸ Cfr. ROSSI, E. “Derechos de libertad y...” P. 207-208.

¹⁹⁹ Cfr., PEGORARO, L Y RAGONE, S. “Los derechos regionales ... pp. 105-106.

competencia estatal para establecer los niveles “*esenciales*” de derechos, y no vemos por qué razón no pueden estos niveles esenciales ser ampliados por las regiones.

Con todo, la Corte Constitucional italiana ha optado “por la calle del medio”, estableciendo, como había hecho con los Estatutos de primera generación, que si bien no contenían catálogos de derechos claramente diferenciados en sus articulados si contenían normas programáticas que, en opinión de algunos autores podían constituir verdaderos derechos subjetivos²⁰⁰, establecer la distinción entre contenidos necesarios y eventuales²⁰¹ (que como veremos a continuación, sirve de inspiración a nuestro Tribunal Constitucional y algún sector de la doctrina, que parecen ignorar las diferencias entre nuestro artículo 147.2 CE y el 123 CI así como el 149.1.3 y el 117 CI), reduce también, en las SSCC n. 2, 372, 378, y 379 de 2004 al carácter de meras *normas programáticas* (a juicio del Profesor E. Rossi ni siquiera eso) dichos catálogos, a los que se les niega explícitamente toda eficacia jurídica²⁰². Porque, incluso al margen de la crítica a la retrograda visión de los derechos sociales que muestra la Corte, que vamos a plantear a continuación, sorprende en primera instancia, como dice la Profesora T. Groppi en el trabajo citado, que reduciendo los principios y deberes a expresiones político-culturales, los Estatutos puedan contener expresiones, aunque sea de este tipo, contrarias, al menos, al sentido de la Constitución – ya que así lo ha apreciado la Corte, pues de lo contrario les daría (como nosotros sostenemos que deberían tener) eficacia jurídica -. De hecho, la Constitución y los Estatutos son los únicos tipos de normas que contienen expresiones de este tipo.

Nos sumamos, pues, a la crítica de la mejor doctrina italiana a esta jurisprudencia, con una visión, a nuestro juicio, y por las razones que hemos expuesto en el Capítulo I, anticuada de los derechos sociales. Algún autor, como el Profesor A. D’Antema, ha señalado, con agudeza, que sin embargo, siendo estrictos, había algunas disposiciones de las declaraciones estatutarias meramente retóricas, sin carácter prescriptivo (p. ej. señala él, entre otros “el objetivo del desarrollo económico y el mejoramiento de la calidad de vida de la población según criterios de compatibilidad ecológica y de agricultura sostenible, ateniéndose a las efectivas exigencias y vocaciones de los territorios y de las respectivas comunidades”, que figura en el art. 8 del Estatuto del Lacio, o el de “actuar responsablemente respecto de las generaciones

²⁰⁰ *Ibidem*. p. 93

²⁰¹ Vid. SCC 40/1992.

²⁰² Cfr. PEGORARO, L Y RAGONE, S. “Los derechos regionales...”. Pp. 112 Y SS. y ROSSI, E. “Derechos de libertad y...” p. 227 y ss.

futuras” que reza el art. 5 del Estatuto de Piamonte) y otros reiterativos respectos de derechos ya reconocidos por la Constitución italiana. Pero incluso este autor critica la desactivación de otros derechos que si tienen carácter prescriptivo y que no están contenidos en la Constitución italiana como consecuencia de la mencionada jurisprudencia constitucional²⁰³.

Con todo, no estamos de acuerdo con el Profesor de la Universidad de Roma “Tor Vergara” en que los dos primeros tipos de derechos contenidos en las declaraciones de derechos estatutarios justifiquen, hasta cierto punto, la jurisprudencia de la Corte. El primero de sus argumentos plantea un problema complejo y que requiere, a nuestro juicio, de algunas precisiones. Porque lo que plantea es una patética disyuntiva entre la dificultad de interpretar como un derecho “actuar responsablemente respecto de las generaciones futuras” o reducir las declaraciones de derechos contenidas en los Estatutos de Autonomía, que ya hemos establecido en el Capítulo I, tienen para nosotros el valor de auténticas constituciones de carácter sub-nacional, al campo de la mera retórica. Efectivamente, al legislador estatutario no le falta culpa, “no sólo porque no se prevén medidas de tutela de los derechos enunciados, ni los instrumentos para asegurar el ejercicio de éstos, sino justamente porque proponerse proteger todos los derechos imaginables -...- equivale a callar”²⁰⁴. Pero ello no justifica que con base en ello un Tribunal Constitucional condene, como ha hecho la Corte, a la más absoluta ineficacia el catálogo entero de derechos que contienen los textos estatutarios²⁰⁵. Porque, y aunque pueda resultar de Perogrullo, la primera dificultad que esta postura encuentra es precisamente que el legislador estatuyente los denominó “derechos”. Normas programáticas ya existían en los Estatutos italianos a partir de los años 70 y en los Estatutos de Autonomía de primera generación, de tal manera que la interpretación intransigente de la Corte Constitucional se encuentra de frente con la literalidad de muchos preceptos de los textos estatutarios. Nos atrevemos a afirmar, incluso, que se trata de una interpretación “*contra legem*” de los mismos. Y es que una cosa es, debemos admitirlo, que sin caer en un activismo judicial insoportable pocos derechos subjetivos puedan extraerse de algunas prescripciones estatutarias – insistimos –

²⁰³ Cfr., D’ATENA, “Entre retórica y normatividad: a propósito de las disposiciones programáticas contenidas en los Estatutos de las Regiones italianas”. En *Revista General de Derecho Constitucional*. n° 7 (2009). Pp. 1-15.

²⁰⁴ PEGORARO, L “La disciplina de los derechos en los ordenamientos policéntricos, con particular referencia al caso italiano” En AA.VV. *La Reforma del Estado. Experiencia mexicana y comparada en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2008.

²⁰⁵ Vid., LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. “Normas programáticas, Estatutos, y autonomía comunitaria” en *Revista de Derecho Político*. N° 21 (1984). Pp. 7-30.

ineficaces por demasiado ambiciosas, y otra que no haya algún supuesto límite donde de estas prescripciones sirvan para tutelar derechos o intereses subjetivos dignos de protección. La actividad judicial respecto de los derechos puede ser de diverso tipo (de prohibición, de control, de sanción etc.), y cabe imaginar, por ejemplo, que un Tribunal, instado por un particular, llegue a entender, en un momento determinado, y sin viso alguno de irracionalidad, que debe prohibir a la Administración realizar una actividad altamente contaminante, porque resulta irresponsable para con las generaciones futuras. Por supuesto este tribunal tendrá que fundamentar muy bien no sólo su sentencia sino porqué considera legitimado al particular para interponer recurso en base con base en un interés difuso (algunas Constituciones latinoamericanas son pioneras en el reconocimiento de esta legitimación activa), pero ello es algo en lo que, lógicamente, no podemos entrar aquí.

El segundo de los argumentos que esgrime el Profesor D'Atena es más fácilmente rechazable. A lo largo de estas páginas hemos visto que existen diversas soluciones en Derecho Comparado para la duplicidad de derechos en las Constituciones federales y de los entes descentralizados. Una duplicidad que en algunos casos, especialmente en los cantones suizos, incluso resulta sobrevenida por cuanto que, como hemos visto, el catálogo de derechos en la Constitución federal es muy posterior. Obviamente, la solución del modelo norteamericano, de acuerdo con la doctrina de los “fundamentos estatales adecuados e independientes” sólo es posible en aquellos Estados con una división de poderes también en el ámbito judicial, pues resulta irracional que un mismo poder judicial interprete más restrictivamente un derecho en atención al territorio del actor. Pero puesto que cabe en Italia la solución, por así decir, “europea”, de entender que la Constitución italiana reconoce un mínimo de derechos que pueden ser ampliados, pero nunca, en virtud de lo dispuesto por el art. 123 C.I, restringidos, por las Regiones, tampoco ello puede justificar la condena de ineficacia a estos catálogos de derechos por parte de la Corte Constitucional.

Desde luego, si acaso no se compartiera con nosotros nuestras tesis anteriores, se convendrá, al menos, en que la jurisprudencia resulta absolutamente disparatada si pensamos en aquellos derechos, denominados así en los propios Estatutos, y que tienen un carácter más prescriptivo. En estos casos de propios derechos sociales, la negación de su juridicidad resulta cuanto menos cuestionable. Respecto a ella se suele argumentar que la misma resulta anti-democrática, pues la delimitación del contenido de los derechos sociales corresponde al legislador democrático, y no a los

jueces. Se suele argumentar, además, que ello no hay Estado que lo resista. Pensemos por ejemplo en el derecho a la vivienda, que, por ejemplo, el Estatuto de Piamonte, “reconoce y promueve”²⁰⁶, en unos términos mucho más abstractos de lo que lo hace, en España, por ejemplo, el Estatuto de Autonomía de Andalucía²⁰⁷. Es evidente, a este respecto que el poder judicial ni puede ni debe pedir lo imposible, pero para evitar que con la pérdida de eficacia de los derechos sociales pierdan también eficacia los demás derechos, se pueden establecer algunas reglas exigibles al legislador, controlables por los Juzgados y Tribunales que han de dar plenitud a estos derechos. Las reglas específicas pueden discutirse, y en ello la doctrina puede jugar un papel muy relevante, sin perjuicio, claro está, de que sea a la jurisprudencia constitucional a quien corresponda fijar la última palabra. Lo que no es admisible es que ésta se empeñe en considerar a los derechos estatutarios (así llamados por el legislador), normas programáticas. Porque, aun cuando en los Estatutos de Autonomía de España lo normal sea que los Estatutos de nueva generación incluyan un título específico rubricado con la palabra “derechos”, mientras que en los *Statuti Regionali* italianos lo normal es que los derechos se enuncien en uno o varios artículos de un título genérico habitualmente denominado “*principii*” u “*obiettivi*”, lo cierto es que, también en estos artículos, se utiliza expresamente la palabra “derechos” [Vid., por ejemplo, art. 9 del Estatuto de Calabria, art. 6 del Estatuto de Campania, art. 6 (“Derechos Fundamentales”) del Estatuto del Lazio, los arts. 9 a 14 del Estatuto de Piemonte, arts. 1 a 7 del Estatuto de Umbría o art. 6 (“Derechos y objetivos de la política regional”) del Estatuto del Veneto]. En estos artículos no sólo se recogen derechos sociales, sino también derechos civiles (a veces por referencia a documentos comunitarios e internacionales) y, sobre todo, políticos, así como otros (por ejemplo el derecho de acceso a la información en algunos Estatutos como el de Calabria), idóneos para ser protegidos por los tribunales. Por supuesto, al carecer las regiones de poder judicial propio, lo tendrían que hacer los propios tribunales del poder judicial único del Estado, pero no vemos problema para que los Juzgados y Tribunales nacionales, radicados en las Regiones, aplicasen los derechos contenidos en los Estatutos (por supuesto, que no estén en contradicción con la Constitución italiana, y cuando los Estatutos recojan un margen de protección más amplio) con la misma naturalidad que, cuando es menester, aplican las leyes regionales.

²⁰⁶ Vid. art. 10.

²⁰⁷ Vid., art. 25.

La Corte ha matizado también la efectividad de la reforma del art. 117 CI en lo que se refiere al reparto de competencias. Italia ha pasado de un modelo, con la antigua redacción de este artículo, de competencias regionales taxativo, con una presunción general de competencia en favor del Estado²⁰⁸ a un sistema de distribución competencial en el que podemos distinguir entre: a) potestad legislativa exclusiva del Estado (en las diecisiete materias establecidas las letras a-s del párrafo segundo del art. 117); b) potestad legislativa concurrente, en el que, según el párrafo tercero del mismo precepto, el Estado determina, mediante “*legge cornice*”, determina los principios fundamentales, y las Regiones la legislación específica del sector; c) potestad legislativa residual plena de las regiones. Evidentemente, el cambio de modelo de distribución competencial requería un periodo transitorio, y a este respecto, la Disposición Transitoria IX estableció: “La República, dentro de los tres años posteriores a la entrada en vigor de la Constitución, adecuará sus leyes a las exigencias de la autonomía local y a la competencia legislativa del Estado”. Lo que hace la Corte es establecer que se pueden extraer los principios sin necesidad de legislación *ex novo* dictada *ex profeso*. Así, en su SCC establece que:

“La nueva formulación del art. 117.3 CI, respecto a la anteriormente vigente del artículo 117.1, expresa la voluntad de una distinción más neta entre la competencia regional para legislar en estas materias y la competencia estatal, limitada a la determinación de los principios fundamentales de la disciplina. Sin embargo, esto no significa que los principios puedan extraerse sólo de leyes estatales nuevas, dirigidas expresamente a tal fin. Sobre todo, en la fase de transición del antiguo al nuevo sistema de competencias reparto de competencias, la legislación regional tendrá que desarrollarse respetando los principios fundamentales derivados de la legislación estatal ya vigente”

No es difícil aventurar algunos problemas en la disección de qué es principio y qué no lo es en una legislación exhaustiva por parte del Estado, en el que la Corte tendrá que jugar un papel importante, aunque este es un conflicto clásico en los Estados políticamente descentralizados donde existen competencias concurrentes. Incluso, donde no las hay, es difícil no encontrar áreas o materias donde las competencias de unos y otros entes se solapan.

²⁰⁸ Vid., BENELLI, F. *Corte Costituzionale e Regioni. Sentencie interpretative nel giudizio principale e regionalismo collaborativo*. Maggioli. Santarcangelo di Romagna. 1998. Pp. 74-78.

II.3.2.3) España.

Hablábamos al comienzo de este trabajo de las dificultades que encontraría el curioso jurista persa imaginado por el Profesor P. Cruz Villalón para comprender nuestra forma de Estado. En el presente epígrafe vamos a hacer un esfuerzo por explicar no sólo los formantes clásicos del Derecho Comparado, sino también los condicionantes políticos, pactos, y consecuencias más allá de lo estrictamente jurídico de algunas resoluciones del máximo custodio constitucional que ayudarán – esperamos – a comprender, en perspectiva comparada, nuestro modelo de descentralización política; el cual, a diferencia de los todos los demás que estudiamos en este Capítulo no viene completamente determinado por la Constitución. Pero lo que tampoco nadie podrá esperar es que hagamos una síntesis completa de nuestro Estado Autonómico, sino que nos centraremos, como en los demás Estados analizados, sólo en aquellos aspectos que hemos considerado relevantes para nuestra investigación de conformidad a los conceptos explicitados en el Capítulo I

En este primer Capítulo hemos justificado por qué consideramos al Estado de las Autonomías creado por la Constitución de 1978 uno de los tipos específicos del tipo “Estado Federal”. Ahora bien, es menester advertir que el Estado de las Autonomías no nació como tal. De hecho en 1978 España no podría ser considerada sino como un Estado unitario con vocación de descentralizarse, y que ha ido evolucionando hasta la situación actual²⁰⁹. Un Estado unitario con vocación de descentralizarse – insistimos – cuya Constitución estaba muy influenciada por la Constitución italiana de 1970, en tanto que también parecía recoger dos tipos de distintos de Autonomía. Así, parecía que de acuerdo a la Disposición Transitoria 2ª, el artículo 151.2 y el artículo 152 de la Constitución se establecía un tipo de autonomía “especial”, pero sólo en tanto que su acceso a la misma es más rápido y, de acuerdo con el último de los artículos mencionados con una organización institucional más compleja que la prevista en el artículo 147.2 CE para la generalidad de Comunidades Autónomas

²⁰⁹ Cfr., por todos, TOMAS Y VALIENTE, F. “El desarrollo autonómico a través del Tribunal Constitucional” en TOMAS Y VALIENTE, F. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. CEPC. Madrid. 1993. Pp. 175-189. PÉREZ ROYO, J. “Hablando en prosa sin saberlo: reflexiones sobre la articulación territorial del Estado en la Constitución de 1978” en SERNA DE LA GARZA, J. Mª. *Federalismo y regionalismo. Memoria del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. IIJ-UNAM. México. 2002. Pp. 407-425. GONZALEZ ENCINAR, J-J. “El desarrollo del Título VIII de la Constitución y el sistema de partidos” *Revista de Derecho Político*. Nº 7 (1980). Pp. 119-132.

(las cuales, por ejemplo, no tenían por qué disponer, ni siquiera, de su propio Parlamento). Por otro lado estarían las Comunidades de Autonomía “ordinaria” cuyo acceso a la misma se produciría por los cauces de los artículos 143 y 146; las cuales, en su caso, podrían acceder a un mayor grado de autonomía una vez transcurrido el plazo previsto en el artículo 148.2. La realidad ha sido que todas las Comunidades Autónomas han adoptado la misma organización institucional y, en 1992, alcanzado el mismo techo competencial.

Por eso, como afirma el Profesor J. Ruiperez, la explicación del Estado Autonómico centrada en la falsa diferenciación de entre nacionalidades y regiones es el origen de los problemas que la doctrina española ha encontrado para la elaboración de una teoría cabal sobre el Estado de las Autonomías²¹⁰. Es justo reconocer, sin embargo, que la correcta interpretación del Título VIII de la Constitución no resulta en modo alguno sencillo. En palabras del Profesor P. De Vega:

“Las vacilaciones y condicionamientos que en el momento constituyente condujeron a una inacabada construcción del Estado de las Autonomías, y que se plasmaron en el infeliz y problemático Título VIII de la Constitución, necesariamente tenían que repercutir en la forja de la dogmática jurídica del Estado Autonómico, que, indefinido e inconcluso en sus planteamientos y presupuestos político-constitucionales, necesariamente tenía que resultar dubitativo y proteico en muchas de sus formulaciones dogmáticas”²¹¹

No nos vamos a detener aquí en una descripción pormenorizada de la evolución de las posiciones doctrinales acerca del Estado de las Autonomías, bien descrita por el Profesor de la Universidad de La Coruña en la obra citada. Nos interesa, sin embargo, al menos mencionar que de una primera etapa, entre 1980 y 1986, en la que se consideraba que el Estado de las Autonomías creado por la Constitución de 1978 era un *tertium genus* en la tipología de las formas de Estado, se pasó a una segunda etapa, entre 1987 y 1998, en que la doctrina aceptaba sin mayores dificultades que el Estado de las Autonomías era un tipo concreto de Estado Federal y, finalmente, en una tercera etapa en la que nos encontramos actualmente, a un caos en el que se entiende que la Constitución de 1978 da cobertura a cualquier tipo posible de forma de Estado. Dicho argumento, hasta cierto punto correcto (también nosotros hemos dicho que la Constitución no estableció un modelo cerrado de Estado), no se puede llevar al extremo de olvidar que existe un límite a la descentralización política, derivado fundamentalmente del art. 2 de la Constitución, que consiste en que el Estado retenga al menos los instrumentos básicos necesarios para poder seguir ostentando la

²¹⁰ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. *Entre el Federalismo y...* p. 87 y ss.

²¹¹ Prólogo en RUIPEREZ ALAMILLO, J. *La Reforma del Estatuto de Autonomía de Galicia*. Universidade da Coruña. 1995.

representación de la soberanía popular. En otras palabras: es verdad que de la Constitución de 1978 pudo haberse derivado a un Estado unitario simplemente administrativamente descentralizado, a un Estado en el que, como por ejemplo Gran Bretaña, algunas regiones contasen con autonomía política plena mientras otras disfrutasen de una mera descentralización administrativa o, como sostenemos que ha ocurrido, a un tipo concreto de Estado Federal; lo que en ningún caso permite, sin embargo, la Constitución, mientras siga vigente – como también ha indicado el Profesor J. Ruiperez en la obra que mencionamos - es que España derive de algún modo en una Confederación de Estados soberanos²¹². Propuestas a este respecto, provenientes del nacionalismo de tipo regional, no han faltado: De manera muy clara, el llamado “Estatuto Político” (en lugar de Estatuto de Autonomía) de la Comunidad vasca indicaba en su preámbulo, tras afirmar el derecho a decidir del pueblo vasco, que el mismo establecía una relación de Estado libre asociado con España, en el marco de unas nuevas relaciones. Esta propuesta de Estatuto, contraria a la Constitución, no salió adelante al ser rechazada por el Congreso de los Diputados, a diferencia de lo ocurrido con el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que de un modo mucho más sutil conduce, si nos ceñimos a su tenor literal, como vamos a ver inmediatamente, a conclusiones no demasiado diferentes. De hecho, el nacionalismo de tipo regional catalán no ha tardado (concretamente 7 años desde la aprobación del Estatuto), en plantear políticamente un referéndum sobre la independencia respecto de España, aun cuando no sólo la secesión, sino incluso la propia consulta, vulnera el Derecho Constitucional español y no es posible plantearla, en los términos en que se hace, dentro de la legalidad europea²¹³.

Lo que sucede es que, si en un ámbito de consideraciones general, la soberanía del pueblo español se muestra como límite constitucional infranqueable a la

²¹² También el Profesor J.J Solozabal, en una crítica de la STC 31/2010, afirma que el Tribunal comete un error al tratar de distinguir, de modo académico, entre Estado Autonómico y Estado Federal, y que hubiese resultado más acertado sentar la distinción entre Federación y Confederación de Estados (*Vid.*, SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J.J. “La Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña, una visión de conjunto” en *Revista de Estudios Políticos*. nº 151 (2011). P. 214), aunque algunos autores como los Profesores O. Alzaga y E. Albertí entienden que al rechazar el Tribunal Constitucional la eficacia jurídica de las referencias a la “nación” contenidas en el preámbulo del Estatuto de Cataluña cierra el paso a la conversión de España en una Confederación (Cfr., ALZAGA VILLAAMIL, O. “La nación como poder constituyente en los preámbulos de las *leges superiores*. El Estatut de 2006 y la STC 31/2010” *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 27. Pp. 173 y 174y ALBERTÍ, E. “El Estado de las Autonomías después de la STC sobre el Estatut de Cataluña”. *El cronista social y democrático de Derecho* nº 15 (2010). Pp. 94-95).

²¹³ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. “La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña en el contexto normativo de la Constitución española de 1978 y el Tratado de Lisboa”. En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 31. Pp. 89-135.

descentralización política, ello se traduce, en un orden de consideraciones más concreto, en que, tal y como afirmábamos *supra*, la competencia sobre la competencia, esto es, la posibilidad de decidir sobre tu propia competencia y vincular con ello al otro nivel de gobierno debe pertenecer, en un Estado Federal, al poder central²¹⁴. De hecho, dado que la competencia sobre la competencia se ejerce por vía de una reforma en la Constitución, y que ésta es una operación jurídica siempre limitada, al poder de reforma le está vetado tanto la transformación de un Estado Federal en un Estado centralizado, como en una Confederación de Estados. Este tipo de operaciones deben hacerse mediante la apertura de un nuevo proceso constituyente. No alcanzamos a comprender cómo el Prof. J-J. Solozabal, que mantiene este razonamiento para la centralización del Estado autonómico, sostiene, sin embargo, que es lícito al poder de reforma pasar de un Estado autonómico/federal a una Confederación de Estados²¹⁵. Tanto uno como otro supuesto está vetado al poder de reforma por la sencilla razón de que la organización territorial del Estado, por formar parte régimen político de un Estado, es uno de los pilares maestros de la Constitución. Toda alteración resulta siempre una quiebra o una supresión de la Constitución²¹⁶. Pero, justo al revés de lo que sostiene el Profesor de la Universidad Autónoma, aun – insistimos – requiriendo, la apertura de un nuevo proceso constituyente, repugnaría menos a la lógica constitucional una re-centralización del Estado por vía de la reforma constitucional que el paso a una Confederación de estados mediante este procedimiento. La razón, que no ha de ser, a nuestro juicio, muy difícil de comprender es que tanto en el Estado unitario como en el Estado federal, o políticamente descentralizado la soberanía pertenece al Pueblo del Estado en su conjunto, mientras que en una Confederación, pertenece al pueblo de las colectividades miembro.

Nuestro Estado Autonómico se desarrolló con base en el principio dispositivo, en el que las Comunidades Autónomas determinarían su propio destino mediante la aprobación de los Estatutos de Autonomía. Esto se hizo sin ningún orden. Compartimos, a este respecto, la opinión vertida en el punto 5º del Informe de la

²¹⁴ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. *División de Competencias...* P. 60 y ss.

²¹⁵ *Vid.*, SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J-J. “Una propuesta de cambio federal”. En SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J-J. (coord.). *La reforma federal. España y sus siete espejos*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2013. Pp. 20-23.

²¹⁶ Con mayor abundamiento en FONDEVILA MARÓN, M. “Reforma constitucional y forma territorial del Estado” en *Revista Catalana de Dret Public*. Nº 49 (2014).

Comisión de Expertos sobre Autonomías, presidida en 1981 por el Profesor E. García de Enterría²¹⁷, que afirmaba, ya entonces, que:

“Pretender la transformación de un Estado fuertemente centralizado en otro basado en poderosas autonomías territoriales sin que exista una efectiva dirección del proceso, sino a golpe de puro pacto y negociación en los que se actúa sin una visión de conjunto y sin una previsión exacta de las metas es, sin duda, una ilusión de la que, por mucho esfuerzo que se ponga en el empeño, resulta aventurado esperar el éxito”.

Pero por conveniente, en el plano político, que lo que propuso la Comisión de expertos resultase, es evidente que no podía hacerse *contra constitutionem*, por más que los preceptos de ésta resultasen confusos o desafortunados. Este informe sentó las bases del proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA) que recogía, junto con la idea general que hemos indicado de que es al Estado al que corresponde dirigir este proceso, muchas de sus ideas concretas, en especial, por lo que se refiere al papel que debían jugar, dentro de las nuevas Comunidades Autónomas, las diputaciones provinciales. El Tribunal Constitucional, como es sabido, en su STC 76/1983, de 5 Agosto, redujo el proyecto prácticamente a la nada. Con una argumentación (de consideraciones generales), contenida en los cuatro primeros fundamentos jurídicos de dicha Sentencia, y a nuestro juicio correcta, indica el Tribunal Constitucional, primero, que las disposiciones incluidas en la ley no podían ser consideradas, todas ellas, ni siquiera por extensión, de carácter orgánico, puesto que no cabe la equiparación (pretendida por el Abogado del Estado) entre materias orgánicas y susceptibles de amparo constitucional²¹⁸; segundo, que las leyes armonizadoras que el Estado puede dictar en virtud del art. 150.3 CE sólo pueden tener lugar cuando se carezca de otro título constitucional legítimo para legislar sobre la materia²¹⁹. En consecuencia el proyecto de ley no pudo publicarse ni como Ley Orgánica ni como Ley de armonización, sin contar que más de una decena de artículos (especialmente del Título I) fueron declarados total o parcialmente inconstitucionales. En esta Sentencia, el Tribunal se planteó el sentido de la técnica de armonización sobre tres postulados: a) el interés general en cuya defensa se instrumenta la armonización entre competencias de las Comunidades puede ser protegido por el legislador estatal por otros mecanismos; b) el art. 150.3 CE no debe ser considerado aisladamente, sino como una pieza del sistema de distribución de competencias, dentro del cual debe ser objeto de interpretación

²¹⁷ Este informe, publicado por el Centro de Estudios Constitucionales, es consultable a través de internet: <http://www.mpr.gob.es/servicios/publicaciones/vol32/descarga/Coleccion-Informe-32-Informe-de-la-Comision-de-Expertos-sobre-Autonomias.pdf>.

²¹⁸ Vid., fdtos jcos 1 y 2.

²¹⁹ Vid., fdtos jcos 3 y 4.

sistemática; c) “desde esta perspectiva el artículo 150.3 CE constituye una pieza de cierre del sistema, aplicable sólo a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o estos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general”²²⁰.

En atención a lo dispuesto en el art. 81 y 150.3 CE difícilmente puede criticarse esta decisión que, sin embargo, pone de manifiesto la patética paradoja de que la Constitución Española prevé una descentralización política del Estado sin prever los mecanismos para llevarla a cabo con un cierto orden. La promulgación de esta Sentencia hubiese sido el momento, en nuestra humilde opinión, de haber adoptado una reforma de la Constitución, que hubiera podido realizarse por los cauces del artículo 167 o, en el peor de los casos, haber creado instrumentos de *soft law* más eficaces de los que se crearon, combinados con una política responsable por parte de los partidos políticos, que permitiesen llegar a acuerdos homogéneos en todo el territorio para la implantación del sistema autonómico. El TC, con su Resolución, cumplía su función de evitar una reforma encubierta de la Constitución. Si los poderes públicos hubiesen obrado en consecuencia, quizás no estaríamos como estamos. El Senado, de haberse constituido verdaderamente como una cámara de representación territorial²²¹, podría haber sido el foro ideal de debate. Ni una ni otra cosa sucedió y la implantación del modelo autonómico en nuestro país corrió de la mano de pactos *ad hoc* con las Comunidades Autónomas y, en los no pocos casos conflictivos, a golpe de sentencia del Tribunal Constitucional²²².

De haberse hecho así, el Tribunal Constitucional no se habría visto afectado por el gran desprestigio que le supuso el tener que entrar a enjuiciar un Estatuto de Autonomía que había sido aprobado en referéndum. Ocurrió lo que ya en un trabajo de

²²⁰ Cfr., TOMAS Y VALIENTE, F. *El Reparto Competencial en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tecnos. Madrid. 1988. Pp. 77-78.

²²¹ Las peculiaridades que estamos comentando de nuestro Estado autonómico conducen, también, a la tremenda paradoja de que, mientras en muchos Estados Federales, los Senados están perdiendo peso frente ante los ejecutivos [véase el caso de Alemania que hemos comentado o en Australia donde se ha llegado a plantear incluso su desaparición (*Vid.*, VIRGALA FORURIA, E. “Las relaciones de inordinación en el Estado autonómico español” en *Revista de Estudios Políticos*. nº 151 (2011). P. 110)] en España el Senado apareciese muy limitado en sus competencias, y su reforma, reivindicada por amplios sectores políticos y académicos (*Vid.*, por todos, nº 17 (2006) de *Teoría y Realidad Constitucional*). Con el papel que cumplen hoy en día, en Estados como España o Italia bien pudieran suprimirse (Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. “¿Podría suprimirse el Senado mediante la técnica de la reforma constitucional? (una primera aproximación al problema práctico desde las Ciencias Constitucionales)”. En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 34 (I) (2014) y 36(II) (2015).

²²² La contribución de este órgano al proceso autonómico ha quedado bien resumida en la obra del profesor S. Roura, *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978 el Tribunal Constitucional y las Comunidades Autónomas*. Biblioteca Nueva. Madrid 2003.

1978, cuando ni siquiera estaba aprobada la Constitución (de hecho se refiere al proyecto de la misma) advertía el Profesor P. De Vega, quien indicaba que:

“A tenor de los artículos referidos al Tribunal Constitucional, 152 y siguientes, de las normas alusivas al referéndum y la revisión constitucional, queda claro que en el Proyecto [de Constitución] no se admite el recurso de inconstitucionalidad de las leyes constitucionales. (...) Ahora bien, aunque las leyes orgánicas no son leyes constitucionales, nada tendría de particular que el legislativo presionara sobre el Tribunal para que no se admitiera la discusión sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Se trata evidentemente de una hipótesis, pero perfectamente posible. Hipótesis que, caso de llegar a producirse, colocaría la clásica polémica de la justicia constitucional, como una justicia política, en un nivel inferior al que la planteara Carl Schmitt, y que significaría la muerte del Tribunal Constitucional”²²³.

La clase política catalana presionó, no faltando incluso manifestaciones populares, para que el Tribunal ni siquiera entrara a conocer del recurso²²⁴. Como no podía ser de otro modo, en atención a los artículos 161 CE y 31 LOTC el Tribunal admitió el recurso a trámite y resolvió, cuatro años más tarde, que eran inconstitucionales y nulos determinados incisos de catorce artículos y, además, somete a interpretación conforme a otra buena parte de artículos (según el voto particular del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata más de cincuenta²²⁵) aunque no todas ellas aparecen reflejadas en el apartado 3º del fallo. Intentando contentar a todos, tanto en esta sentencia como en la 247/2007 el Tribunal Constitucional ha realizado una sentencia interpretativa sin reflejo en fallo²²⁶. Las consecuencias para la seguridad jurídica (y a este respecto no es un hecho desdeñable que la totalidad de la sentencia ocupe más de ochocientas páginas) son evidentes.

Pero creemos que la actuación del Tribunal Constitucional resulta criticable no sólo por el tiempo empleado por la resolución así como (por cierto) por las constantes filtraciones sobre las deliberaciones, sino, y más importante, por la doctrina acerca de las declaraciones de derechos y las competencias en sus STC 31/2010 y 247/2007.

²²³ Cfr., DE VEGA, P. “Los órganos del estado en el contexto político-institucional del proyecto de constitución” en AAVV. *La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione Italiana*. Arnaldo Forni Editore. Bologna 1978.

²²⁴ En la clase académica también algunos se han manifestado en este sentido, abiertamente en contra de lo que dispone el art. 161 CE y la 31 LOTC. (Vid. PEREZ ROYO, J. “Por qué el tribunal constitucional no puede ser el guardián de la constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía” en LEON BASTOS, C. Y WONG MERAZ, A (dirs). *Teoría de la Constitución. Estudios en homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid*. Porrua. 2010. Pp. 579-599).

²²⁵ Los votos particulares de esta sentencia, y de la 247/2007, denotan diferencias insalvables entre estos magistrados y los que sostienen el fallo, pero también resulta llamativo que no fuesen capaces de formular un voto particular conjunto. Para una síntesis de los mismos Vid., “El Estatuto de Cataluña a través de los votos particulares a la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de Junio”. En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 27 (2011). Pp. 315-344.

²²⁶ Cfr., CANOSA USERA, R. “Preparando una mutación...”. P. 571 y ss.

Por lo que respecta a los derechos, en España, al igual que en Italia, los nuevos Estatutos de Autonomía reformados durante la VIII legislatura presentan, con la diferencia que hemos mencionado en el epígrafe anterior, como principal novedad, la incorporación de catálogos de derechos a sus articulados. Algunos (Cataluña, Andalucía, Castilla y León,) de forma más amplia y previendo mecanismos de garantía y otros (Comunidad Valenciana, Islas Baleares y Aragón) de forma más parca. Pero como esta novedad no ha venido precedida, como en Italia, de una previa reforma constitucional, la doctrina ha discutido vehementemente acerca de su constitucionalidad²²⁷ con anterioridad a que el Tribunal Constitucional, en su STC

²²⁷ Me estoy refiriendo ahora, concretamente, al debate entre los Profesores LM^a Diez Picazo y Francisco Caamaño, por aquel momento Secretario de Estado, antes de pasar a ser Ministro, en la Revista Española de Derecho Constitucional: el Profesor LM^a Diez Picazo señala un argumento formal y dos argumentos sustantivos para oponerse a la constitucionalidad de la existencia de tales declaraciones en los textos estatutarios: 1) El primer argumento formal es que no forma parte del contenido del artículo 147.2 de nuestra Carta Fundamental el que los Estatutos puedan declarar derechos deberes y principios. 2) El segundo argumento, de carácter material, es que existe a su juicio “una reserva de constitución en materia de Derechos Fundamentales” 3) Por último el argumento del “legislador esquizofrénico”, significa que dado que para la aprobación final de un nuevo Estatuto de Autonomía es necesario la aprobación de las Cortes Generales, admitir la constitucionalidad de las declaraciones es tanto como admitir la posibilidad de que el legislador estatal otorgue unos derechos a unos españoles y otros derechos a otros españoles. (Vid., DIEZ PICAZO, L.M^a. ¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios? En *Revista española de Derecho Constitucional*. nº 78 (2006). El Profesor Francisco Caamaño contrargumenta que: 1) En primer lugar, refutando la idea de que exista una reserva constitucional en base a dos ideas: una que porque los derechos estatutarios no son derechos constitucionales, y dos, porque los derechos fundamentales, recogidos en distintas normas tales como Tratados o Convenios Internacionales, constituciones, leyes, normas infralegales y hasta simples acuerdos, transitan, según él, por todo el ordenamiento jurídico. 2) Para este autor, autogobierno significa, en contra de lo que piensa el Profesor V. Ferreres (Vid., FERRERES CORNELLA, V. “Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña”. AA.VV. *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*. CEPC. Madrid. 2006. Pp. 9 y ss.), también limitar al propio gobierno. 3) Critica la visión de la democracia (mayoritaria) que a su juicio defiende LM Diez Picazo y contraargumenta que es posible alcanzar consensos a mayores del reflejado en el Título I de la Constitución sin que por ello se restrinjan injustificadamente las magnitudes de la democracia liberal. 4) Por último, expone un concepto de democracia constitucional que incluye la variable federal (Vid. CAAMAÑO, F. “Sí, pueden. (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, (enero-abril 2007) pp. 33-46); a lo que, meses más tarde, el Profesor de la Universidad de Málaga replica, poniendo fin al debate, que: 1) No es admisible la equiparación que de Derechos Fundamentales y Derechos Constitucionales hace Francisco Caamaño, porque lo que verdaderamente caracteriza a un Derecho Fundamental es que éste resulta indisponible para el legislador. 2) Se reafirma en el argumento formal, sosteniendo que incluso aunque no fueran Derechos Fundamentales no por ello se puede sostener que exista un título competencial que habilite su promulgación en los Estatutos. 3) Sobre el argumento sustantivo, Picazo aclara que no es que considere inconstitucional que entes subestatales reconozcan un derecho y otros no, cuando tienen un título competencial que les habilita para ello, ni que entes federados dotados de un genuino Poder Constituyente no puedan proclamar derechos, sino que en el Estado de las Autonomías, le es exigible al legislador un mínimo de coherencia (Vid. DIEZ PICAZO, LM^a. “De nuevo las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, (septiembre-diciembre 2007). pp. 63-70).

También por aquel entonces, insisto, antes de que el TC dictara la primera Sentencia en la que examinaba la constitucionalidad de un Estatuto otros autores ofrecían su opinión doctrinal al respecto en otras publicaciones: Para el Profesor M. Carillo, los derechos declarados en los Estatutos de Autonomía tienen un contenido plenamente Constitucional en atención a que: 1) El Estatuto de autonomía

no es sólo una Ley orgánica sino la norma institucional básica de las Comunidades Autónomas, que junto con la Constitución forma parte del bloque de Constitucionalidad, y que por ello, mantiene una posición jerárquica sobre todas las demás leyes, ya sean del Estado o de la Comunidad autónoma. Existen referentes de Derecho comparado acerca de esta relevancia constitucional. 2) Junto con un contenido esencial, existe un contenido adicional, siempre que esté conectado con el contenido previamente exigido en la CE, y finalmente un contenido posible, en la medida en que su inclusión sea una definición o modulación del derecho a la autonomía. 3) Por último se afirma que los derechos estatutarios, que derivan de las competencias, no suponen, como rezan algunos textos estatutarios (a excepción, entre los aprobados hasta la fecha, del Estatuto Valenciano), una modificación de las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas (Cfr. CARRILLO, M. “Los Derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de autonomía”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 80, (Mayo-Agosto 2007). Pp49-73. Su punto de vista, dicho con el mayor de los respetos, nos parece bastante criticable. Por un lado el Tribunal Constitucional ha establecido la naturaleza de los Estatutos de Autonomía como Leyes Orgánicas y como Normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas (STC 14/82) y, aunque podamos coincidir, en que por esta naturaleza y su más complejo proceso de elaboración son leyes reforzadas respecto de las demás Leyes Orgánicas (J. Ruiperez), o incluso, que pueden ser asimiladas a las constituciones estatales de los Estados federales siempre están sometidas, por cierto, como lo están éstas, a la Constitución federal la que, en última instancia determina, el contenido posible de las mismas. Por otro lado, acabamos de ver, de la mano del Profesor P. De Vega, que aunque era hasta cierto punto previsible que el legislativo acabase presionando al TC para que no admitiese a trámite el recurso contra Leyes Orgánicas, lo cierto es que la Constitución otorga esta posibilidad, que es perfectamente legítima, y el TC no tiene más remedio que emitir un juicio objetivo y técnico de constitucionalidad. Antes de las SSTC 247/2007 y 31/2010 la prudencia obligaba como mínimo a plantearse la posibilidad de que el Tribunal Constitucional considerase que los Estatutos de Autonomía no eran normas idóneas para contener declaraciones de derechos, deberes y principios, incluso aunque se defendiese, desde un punto de vista académico, su constitucionalidad. Porque de hecho, como veremos páginas más adelante, el Tribunal las admitió sólo en un sentido muy restringido.

El último trabajo doctrinal publicado con anterioridad a la promulgación de la sentencia es el ya citado del Profesor R. Canosa, que sostenía, en síntesis: 1) Que se ha operado una mutación constitucional acerca del contenido de los Estatutos de Autonomía que supone la posibilidad de una duplicidad de declaraciones de derechos, pero que no podrá parangonarse a una auténtica federalización del Estado español que comportaría una autonomía plena de los entes federados, sin limitación alguna. Los artículos 81.1, 139.1 y 149.1 enmarcan la acción del legislador estatuyente, pero no impide la promulgación de derechos estatutarios. 2) Expone el carácter “innovador y sorprendente” de las declaraciones, y señala su inspiración en la Carta de Niza. Junto a los derechos recogen principios informadores, que constriñen aún más la acción del legislador. Eluden referirse a los derechos constitucionales, centrándose fundamentalmente en los derechos sociales, que son los “*más numerosos y los que menos polémica suscitan*”. 3) Señala como el proceso de extensión de derechos federales a favor de los Estados que se ha experimentado en Estados Unidos parece estarse viviendo ahora en el proceso de integración europea. 4) rechaza la tesis de que porque los EA forman parte del bloque de constitucionalidad estos derechos enunciados en los Estatutos sean derechos constitucionales. 5) La duplicidad de declaraciones consolidada con la aprobación de los actuales Estatutos no supone una declaración de contenidos, porque estos se han centrado en los derechos de carácter prestacional. Es necesario un esfuerzo por parte de los juristas para decantar los ámbitos competenciales en los que los derechos estatutarios y constitucionales puedan desarrollarse. 6) Denuncia el problema de las garantías: la postura sostenida es que, porque las CCAA no tienen un poder judicial propio, y porque no cabe la posibilidad de ensanchar el canon competencial del TC para que cumpla funciones de “TC autonómico” ya que los derechos estatutarios no suponen modificación alguna de las competencias. Reconoce el propio autor que la postura sostenida supone que la violación por parte de las leyes estatutarias resultarían impunes (Cfr. CANOSA USERA, CANOSA USERA, R. “Las Declaraciones de Derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía”. *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 20 (2008) pp. 63-115). Tiene este trabajo la virtualidad de haber señalado, como hemos venido indicando la relación entre los procesos de integración y descentralización en Europa, en contraste con lo sucedido en Estados Unidos, y de ser el primero en señalar también, que dichos derechos, de carácter prestacional, y carentes, por lo demás, y como se ha comprobado, de medidas de garantía jurisdiccional. Sin embargo, debemos hacer constar nuestra discrepancia respecto del primer punto con un autor que por lo demás, tanto nos ha enseñado. No es posible, a nuestro humilde parecer, afirmar que se ha operado una mutación constitucional porque éstas, y como en un trabajo clave sobre el tema ha puesto de manifiesto el Profesor P. De Vega, nunca

247/2007 declarase su conformidad a la Constitución. Sentencia que, después de su promulgación ha sido muy criticada por la clase académica. En esta sentencia, lo que hace es recoger la doctrina, como también ha hecho el custodio constitucional italiano²²⁸, que consiste en distinguir entre un contenido mínimo, que necesariamente han de contener los Estatutos de Autonomía, y que viene determinado, a juicio del Tribunal, por el artículo 147.2 CE, un contenido adicional, de acuerdo con este órgano, disperso por distintos preceptos constitucionales y, por último, un contenido posible de los Estatutos de Autonomía, que si bien no está expresamente recogido en la Constitución, guarda íntima relación con las competencias atribuidas²²⁹. El problema, aquí y en Italia, es que el contenido posible (el adicional también está previsto en la Constitución) se condena al terreno de la ineficacia. En España, por las razones que expondremos, con la Constitución en la mano, las únicas posibilidades eran éstas y la pura y simple declaración de inconstitucionalidad. En Italia, ya hemos criticado la solución finalmente adoptada.

Mucho antes, de hecho, de que se plantease la posibilidad en España de que los Estatutos de Autonomía contuviesen catálogos de derechos y principios, la doctrina ya se había planteado esta hipótesis y llegado a la conclusión de su imposibilidad. Hay que tener en cuenta que en el momento de la aprobación de los primeros Estatutos de Autonomía, y porque se entendía que la Constitución de 1978 recogía el más amplio posible catálogo de derechos, la posibilidad de que los Estatutos reconociesen derechos hubiese consistido, simplemente, en reproducir el catálogo constitucional. Incluso autores posteriores, como por ejemplo, el Profesor C. Aguado, en su tesis doctoral, negaba la posibilidad de que los Estatutos contuviesen disposiciones tales en base a dos argumentos: i) No puede decirse que exista una reserva, desde luego explícita, ni tampoco implícita, de derechos en favor de los Estatutos de Autonomía. A este respecto

pueden provenir de actos normativos (Cfr. DE VEGA, P. *La reforma constitucional...*p. 194) y se trata, por tanto, más bien, de un falseamiento de la Constitución.

Más recientemente, y por último, una nueva crítica llegó a la tesis del “legislador abúlico” ha llegado por parte del Profesor G. Cámara Villar, quien critica su excesivo formalismo y la exageración que se hace de la consideración de los Estatutos de Autonomía como Leyes Orgánicas estatales, despreciando su papel como complemento de la Constitución y articulación del pluralismo territorial (Vid., CÁMARA VILLAR, G. “Veste y realidad de los derechos estatutarios” *Revista de Estudios Políticos*. nº 151 (2011). P. 95. En nuestra humilde opinión no ha lugar a la crítica, pues mientras resulta indiscutible, en nuestro ordenamiento constitucional, que los Estatutos de Autonomía son Leyes Orgánicas, su consideración como parte del bloque de constitucionalidad no es unánime en la doctrina. Pero aun considerando que formen parte del bloque de constitucionalidad, ello no desnaturaliza su carácter de Ley Orgánica.

²²⁸ Vid., SCC 40/1972.

²²⁹ Vid., STC 247/2007 Fdtos Jcos 11 y 12.

argumenta, a nuestro juicio correctamente, que el mero hecho de que los Estatutos de Autonomía se aprueben (formalmente) por Ley Orgánica no es razón suficiente (desde un punto de vista material) para considerar que no son normas, por su propia naturaleza, idóneas para ello. ii) En segundo lugar porque aunque del art. 149.1.1 y 139.1 de la Constitución no se deduce que las Comunidades Autónomas no puedan establecer algunos derechos para los particulares (de hecho lo hacen habitualmente en las leyes autonómicas), sino que estos deben guardar una mínima homogeneidad respecto del conjunto del Estado, a quien le corresponde establecer la regulación básica de los mismos, no parecen que sean los Estatutos de Autonomía el lugar ideal para contenerlos, puestos que van dirigidos más a las instituciones autonómicas que a los ciudadanos²³⁰.

En nuestra humilde opinión, sus argumentos, aunque correctos en general, son bastante matizables. Partimos, como dijimos, y a diferencia del Profesor de la Universidad Autónoma, de que los Estatutos de Autonomía, como “norma institucional básica” de las Comunidades Autónomas, y dado que todas ellas, desde los pactos autonómicos del 81 han optado por Asambleas con competencias legislativas, cumplen una función equivalente al de las constituciones de los estados en las Federaciones. De hecho, puesto que como hemos expuesto en el primer Capítulo, sólo se puede hablar de Constitución como la norma manifestación del poder soberano, podemos aceptar, como un residuo histórico el nombre de “constitución” (con minúsculas) para la norma de cabecera de los entes territoriales de un Estado federal, pero no que ésta, o un Estatuto, sean verdaderas Constituciones obra de un poder constituyente soberano. En los casos de Estados federales de integración (que es donde normalmente se mantiene el nombre de constitución) es evidente, para nosotros, que dejaron de ser propiamente Constituciones cuando aceptaron renunciar a su soberanía en favor de la nueva Federación. En los casos de Estados federales de desintegración (que es donde habitualmente se utiliza el nombre de Estatutos), que no pueden ser considerados, como acepta la unanimidad de la doctrina, propias y verdaderas Constituciones. Sin embargo, la Constitución presenta, cuanto menos, serias dificultades para la promulgación de estos catálogos, que han tratado de ser solventado por el Tribunal Constitucional por vía interpretativa, con resultados muy poco convincentes.

²³⁰ Cfr., AGUADO RENEDO, C. *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*. CEPC. Madrid. 1996. Pp. 335 y ss.

La primera pregunta que debemos hacernos en torno al tema de las declaraciones de derechos en los Estatutos de Autonomía es, con todo, si tienen competencia para ello. Evidentemente no nos preguntamos ni sobre la posibilidad de que existan derechos en el ámbito autonómico ni sobre la posibilidad de que las leyes autonómicas puedan incidir sobre derechos consagrados a nivel constitucional. En primer lugar, las Comunidades Autónomas pueden crear derechos para sus ciudadanos cuando aprueban leyes, en virtud de sus competencias, que establecen aquello que los ciudadanos pueden o no pueden hacer en determinados supuestos de hecho. Ello siempre ha sido así y no resulta discutido ni discutible. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional aclaró, en una de sus primeras sentencias²³¹, que no discutimos, que el artículo 53.1 CE se refiere a la ley de las Cortes Generales cuando se trata de una incidencia legal en las condiciones básicas del ejercicio de los Derechos Fundamentales y que la ley autonómica puede también incidir en la regulación de Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución, siempre que no verse precisamente sobre las condiciones básicas de ejercicio de los mismos²³². Por lo tanto, entiéndase que la pregunta se circunscribe estrictamente a la posibilidad de que un catálogo más o menos genérico de Derechos Fundamentales esté contenido en los Estatutos de Autonomía, condicionando de esta forma la posterior actuación del legislador autonómico.

La respuesta no es sencilla dado que el tema de las competencias tampoco ha, a nuestro juicio, obtenido una respuesta satisfactoria en la reciente jurisprudencia constitucional. Es más, creemos francamente que el Tribunal ha construido una doctrina verdaderamente desafortunada. Se trata, como ha señalado el Profesor G. Fernández de la tesis de la “desconstitucionalización” de las competencias²³³, según la cual, al parecer, la Constitución habría dejado sin precisar el contenido y el alcance de las materias atribuidas al poder estatal²³⁴. En esencia – aunque matizada –, esta ha sido la tesis que se ha trasladado a la más reciente sentencia 31/2010 acerca del Estatuto de Autonomía de Cataluña²³⁵, y es igualmente muy criticable porque, en primer lugar,

²³¹ Vid., STC 37/1982 FJ 2.

²³² Para mayor abundamiento Cfr., TOMAS Y VALIENTE, F. *El reparto competencia...* p. 104 y DE OTTO PARDO, I. *Estudios sobre el Derecho estatal y autonómico*. Cuadernos Civitas. Madrid. 1986. Pp. 143-181.

²³³ Cfr. FERNANDEZ FARRERES G. *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonómico. (Comentario a la STC 247/2007 de 12 de Diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*. Cuadernos Civitas. Navarra, 2008. Pp 75-78.

²³⁴ Vid. STC 247/2007 Fdto. Jco. 7.

²³⁵ Vid. Fundamentos Jurídicos 59 y 64.

parece desconocer que, en una rica jurisprudencia, el propio Tribunal Constitucional había venido precisamente a aportar luz sobre las oscuridades y a cubrir las lagunas que la praxis política había puesto de manifiesto, por cierto, casi siempre con sentencias a favor de las posturas de las Comunidades Autónomas²³⁶ y, por otro lado, provoca una gran confusión en el sistema de fuentes.

Los nuevos Estatutos de Autonomía contienen, junto con el catálogo de derechos al que nos venimos refiriendo y al que vamos a volver inmediatamente, un elenco de competencias asumidas mucho mayor que el de los Estatutos de primera generación. Más aun, coincidimos con el Profesor J. A. Montilla Martos en que los Estatutos de Autonomía han tratado de separar espacios competenciales “en clave de conflicto” respecto del poder central, limitando la cooperación²³⁷.

Parte del estupor que, hemos comentado, causó la STC 247/2007 se debía a la sorprendente afirmación de que la Constitución había dejado “desconstitucionalizada” la materia competencial y que los operadores jurídicos podían interpretar y cubrir las lagunas de la Norma Fundamental. Se apartaba claramente de la idea subyacente en la sentencia relativa a la LOAPA, donde se rechazaba de pleno normas interpretativas de la Constitución. Dice, sin embargo, en 2007:

“La Constitución, que sí fija las materias de competencia estatal, no especifica directamente el contenido o alcance ni de las materias ni de las funciones materiales sobre las que se proyecta aquélla, ni tampoco contiene reglas expresas de interpretación que inmediatamente permitan concretar dicho contenido o alcance, lo que, en última instancia, sólo corresponde precisar a este Tribunal Constitucional en el ejercicio de su jurisdicción (...) De esta forma, los Estatutos pueden libremente asumir competencias, completando así el espacio que la propia Constitución ha dejado *desconstitucionalizado* (la cursiva es nuestra), para lo que han de realizar una cierta operación interpretativa con los condicionantes que veremos a continuación...”²³⁸

Tesis que tuvo, por la propia fuerza de las cosas, que matizar en los fundamentos jurídicos 59 y 64 de la STC 31/2010, aunque a nosotros, humildemente, tampoco nos parecen del todo satisfactorios.

²³⁶ Sobre esto, Vid., FERNANDEZ FARRERES, G. *Las Contribuciones del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*. Iustel. Madrid. 2005.

²³⁷ Cfr., MONTILLA MARTOS, J.A. “Las relaciones de colaboración en el nuevo marco estatutario: bilateralidad y participación” en *Revista de Estudios Políticos*. nº 151 (2011). P. 157.

²³⁸ Dichos condicionantes son, según el fundamento jurídico 8 de la STC 247/2007: “Lo que está vedado al legislador, estatal y autonómico [y también al estatutario (fdto jco 10)] es la interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional de reparto competencial con pretensión de vinculación general a todos los poderes públicos, imponiéndoles su propia interpretación de la Constitución” y “ los poderes constituidos estatal o autonómico [y estatutario] ejercerán su función legislativa [o estatuyente] de modo legítimo, cuando, partiendo de una interpretación de la Constitución, sus normas se dirijan a su ámbito competencial, ejerciendo las competencias propias, siempre que, al hacerlo, no pretendan imponer a todos los poderes públicos como única, una determinada opción interpretativa del ordenamiento constitucional” (Vid., a mayor abundamiento, esta doctrina en ORTEGA ÁLVAREZ, L.. “El debate competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas” en *Revista de Estudios Políticos*. Nº 151 (Enero-Marzo 2011). Pp. 35-39.

En el primero de los fundamentos jurídicos mencionados el Tribunal aclara, sin que esta afirmación pueda ser de modo alguno rebatida, que por supuesto que el Estatuto de Autonomía de Cataluña puede hacer una descripción de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, le corresponden tanto compartidas como en exclusivas. De hecho, forma parte del contenido mínimo que establece el artículo 147.2 de la Constitución, concretamente en su apartado "d". Pero el problema no se planteaba porque el Estatuto de 2006 contenga un catálogo, como hemos dicho, mucho más exhaustivo que su antecesor, de competencias, sino porque en el artículo que abre dicho catálogo se afirma que “únicamente” corresponde a la *Generalitat* el ejercicio de las potestades y funciones de las competencias exclusivas. En los preceptos subsiguientes se utilizan expresiones como que corresponderá a la *Generalitat*, “en todo caso”... la competencia sobre determinadas materias. Dado que estas expresiones pueden conllevar una lógica *vis expansiva* de las competencias de la Comunidad es lógico que el Tribunal Constitucional las rechazase. Lo hace, sin embargo, de un modo imbricado que, a nuestro juicio, causa más problemas de los que soluciona. Es cierto que abandona la tesis de la “desconstitucionalización” de las competencias, con la que difícilmente se podría objetar casi cualquier competencia que se decidiese reflejar en los Estatutos; pero indica en su lugar que dado que la competencia exclusiva de una materia no implica que haya subsectores de esa materia (serían competencias implícitas) sobre los que quepa legislar al Estado, en virtud de otra competencia exclusiva. Estando nosotros de acuerdo con esta afirmación de lo que discrepamos es de la solución jurídica final. Lo que hubiese sido menester es considerar inconstitucional y nulo las expresiones “únicamente” y “en todo caso” que aparecen en los diversos artículos del Estatuto, eliminando con ello cualquier hipotética pretensión de extender competencias autonómicas. Haciendo, por el contrario, una interpretación conforme, consistente en que tales descripciones se entenderán sin perjuicio de esos sectores de materias sobre los que pudiera recaer legítimamente una regulación estatal, que tendrán que examinarse caso por caso, lo único que hace es dilatar el problema en el tiempo, y conducir necesariamente a más conflictos constitucionales dado que, la interpretación de estos artículos, quedando incólume su redacción original, resultará siempre problemática.

En el fundamento jurídico 64, complementario del anterior, se establece definitivamente (concretamente hacia el final del mismo) esta especie de “huida hacia adelante” que comentamos. Dice expresamente que la sentencia no puede fijar unos límites precisos en la distribución de competencias cuando además, la normativa que

desarrolla los preceptos del Título IV EAC todavía no existe. Reconoce²³⁹, pues, que pueden surgir eventuales conflictos en el desarrollo de los preceptos Estatutarios que deberán ser resueltos por el Tribunal (el cuál, conviene recordarlo, tarda a veces más de una década en resolver algunos recursos de inconstitucionalidad). Indica, al mismo tiempo,

“Que En cuanto a la técnica seguida en ocasiones por el Estatuto de atribuir competencias materiales a la Generalitat que se proyectan —en todo caso sobre las submaterias correspondientes, ya hemos afirmado (fundamento jurídico 59) que dicha expresión ha de entenderse en sentido meramente descriptivo o indicativo de que dichas submaterias forman parte del contenido de la realidad material de que se trate, pero sin que las competencias del Estado, tanto si son concurrentes como si son compartidas con las de la Comunidad Autónoma, resulten impedidas o limitadas en su ejercicio por esa atribución estatutaria —en todo caso de competencias específicas a la Generalitat. Éste es el sentido en que habrá de ser entendida dicha expresión que figura en determinados preceptos impugnados (arts. 117.1; 118.1 y 2; 120.1, 2 y 3; 121.1 y 2; 123; 125.1 y 4; 127.1 y 2; 131.3; 132.1; 133.1 y 4; 135.1; 139.1; 140.5 y 7; 147.1; 149.3; 151; 152.4; 154.2; 155.1; 166.1, 2 y 3; 170.1 y 172.2), lo que nos evitará volver sobre este extremo al enjuiciar cada uno de ellos”.

reiterándose – a nuestro juicio - en el error, con su sofisticada argumentación, tratando de evitar las máximas declaraciones de inconstitucionalidad posibles que, en todo caso – insistimos -, vendrán necesariamente después. Y no sólo, por supuesto, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Cataluña sino en el de las demás Comunidades Autónomas que han elaborado nuevos Estatutos de Autonomía desde 2006, pues coincidimos con el Profesor J. C Gavara en que las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional tienen alcance general, por lo que sus máximas son igualmente aplicables a preceptos idénticos en otros EEAA²⁴⁰.

A nadie puede extrañar, en tales circunstancias, que como acertadamente han señalado los autores que han analizado esta Sentencia, tal doctrina haya sido demostrado que resulta superflua²⁴¹ y contradictoria, sobre todo teniendo en cuenta que, junto con las afirmaciones (recogida *supra*) que conducen a no considerar los artículos 111 y 112 normas jurídicas (por eso del carácter “meramente descriptivo” de los mismos) incoherentemente, declara inconstitucional uno de sus apartados²⁴².

Algo similar – esta es la razón por la que interrumpimos el discurso que ahora retomamos - ocurre con las declaraciones de derechos contenidas en los nuevos Estatutos de Autonomía. Si nos atenemos a su tenor literal, y para comenzar al término

²³⁹ *Vid.*, fto jco 64 *in fine*.

²⁴⁰ Cfr., GAVARA DE CARA, J.C. “Los efectos de la STC 31/2010 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: las implicaciones para su normativa de desarrollo y los Estatutos de otras Comunidades Autónomas”. En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 27 (2011). Pp. 239-291.

²⁴¹ Sobre la superficialidad, también han incidido los profesores A. López Castillo y J. Tajadura, en la introducción del número monográfico (151) de *Revista de Estudios Políticos* (p. 20).

²⁴² Cfr., ORTEGA ALVAREZ, L. “El debate competencial ... P. 43.

“derechos, deberes y principios rectores” con el que se rubrica el Título I del Estatuto de 2006 son inconstitucionales, pero el Tribunal Constitucional, en lugar de declararlo así, los mantiene aparentemente sin tacha de inconstitucionalidad, a condición de negarles todo valor jurídico. La sentencia relativa al Estatuto de Autonomía de Cataluña mantiene la misma doctrina jurisprudencial de la STC 247/2007 en la cual se afirmaba:

“Los Estatutos de Autonomía, que en el ámbito institucional del contenido estatutario pueden establecer derechos subjetivos por sí mismos, en el ámbito de atribución competencial requieren de la colaboración del legislador autonómico, de tal forma que las prescripciones estatutarias relativas a este último ámbito, cualquiera que sea el modo literal en que se enuncien, han de entenderse según antes se acaba de decir, como mandatos orientaciones u objetivos dirigidos a los poderes públicos autonómicos, para el ejercicio de competencias que el Estatuto atribuya”²⁴³.

Coincidiendo con el Magistrado Roberto García Calvo²⁴⁴, creemos que hubiera sido mucho más respetuoso haber dicho al legislador estatutario que las declaraciones de derechos resultan inconstitucionales, que cambiar el significado de sus palabras, haciendo decir a los Estatutos lo que no dicen, y condenando sus palabras al campo de la mera retórica, como ha hecho la sentencia 247/2007. El juez constitucional no puede erigirse en super-legislador corrigiendo sus errores. Hubiera resultado un ejercicio mucho más diligente de sus competencias que el TC declarase los catálogos de derechos inconstitucionales, de tal forma que, posteriormente, pudiera el legislador estatutario reformularlos como “mandatos, directrices y objetivos” o pudiera llegarse a un acuerdo a nivel estatal que modificase la Constitución para que esta permita la posibilidad de que los Estatutos contengan declaraciones de derechos y principios. Lo que ocurre es que basta una lectura de esos preceptos para darse cuenta que no era ni mucho menos, la intención del poder estatuyente la declaración de meras normas programáticas.

Llegados a este punto es necesario establecer una distinción entre *declarar* y *regular* derechos²⁴⁵. Por lo que se refiere a su mera *declaración*, al modo de *normas programáticas* la mayoría de la doctrina coincide en que era una potestad del que disponían perfectamente los estatuyentes, por mucho que alguna de esas declaraciones, pudieran resultar redundantes, en tanto que presentes en la Constitución²⁴⁶ o que incluso

²⁴³ STC 247/2007 fdto jco. 15.

²⁴⁴ *Vid.*, voto particular a esta sentencia.

²⁴⁵ Hago constar mi agradecimiento al Profesor Ruiperez, de cuyos planteamientos soy deudor.

²⁴⁶ Decimos la mayoría porque ya hemos indicado en una nota *supra* todo el debate relativo a esta materia. Por mencionar sólo algunos ejemplos antiguos a esta posibilidad aludía S. Muñoz Machado (Cfr. MUÑOZ MACHADO, S. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. Civitas. Madrid. 1982. Pp. 306 y ss.) y Javier Ruipérez Alamillo (Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. “La

podieran convertir a los Estatutos de Autonomía en normas retóricas. El argumento, y es el que hizo suyo el Tribunal Constitucional en la mencionada STC 247/2007, consiste en entender que los Estatutos de Autonomía, porque son normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas tienen, junto al contenido mínimo que fija el art. 147.2 CE y un contenido adicional disperso en diversos artículos de la Constitución, un contenido posible que refuerce o mejore su autonomía política. La declaración de normas programáticas, como mandatos al legislador, para el reconocimiento de facultades ciudadanas se encuentran dentro de este último grupo. Huelga decir que el contenido adicional no puede entrar en contradicción con la Constitución y es aquí donde, entonces, surgen tres dificultades interpretativas; concretamente, respecto del art. 149.3, art. 139.1 y art. 138.2 CE. Para *la regulación* de los derechos fundamentales hay que tener – volveremos sobre ello en el Capítulo III – competencia expresa.

Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que el art. 149.3 CE es una clausula residual en favor de las Comunidades Autónomas, al igual que existen en otros prácticamente (sobre todo después de la reforma italiana) todos Estados políticamente descentralizados. Sin embargo, tal y como ha puesto de manifiesto el Profesor F. Tomas y Valiente²⁴⁷, y es, también, bien consciente el Profesor S. Muñoz Machado, no sólo se trata de una clausula residual sino otra de prevalencia, y otra supletoria²⁴⁸. Las materias que no figuran en los apartados anteriores del artículo 149 CE no pasan sin más a ser competencia de las Comunidades Autónomas²⁴⁹ sino que tienen que ser asumidas por los Estatutos de Autonomía. Existe una oferta potencial, por tanto, de atribución competencial, pero las materias no asumidas pasan a ser competencia del Estado.

La dificultad interpretativa respecto de los catálogos de derechos, deberes y principios en relación con el art. 149.3 CE consiste en la imposibilidad de extraer de ahí títulos habilitantes para la legislación autonómica ordinaria. Si el art. 149.3 CE fuese sólo una clausula residual, como el art. 117 CI, las Comunidades Autónomas podrían legislar, de acuerdo con los mandatos contenidos en ellas, y especialmente en aquellos espacios donde no exista una competencia explícita en favor del Estado central. Por lo tanto, las declaraciones de derechos en los Estatutos regionales tienen (por más que sea limitado) un campo de acción concreto en donde incidir. En Alemania, la competencia

problemática de los derechos fundamentales en el Estado unitario-federal: el caso español” en AAVV. *Introducción a los Derechos Fundamentales*. Ministerio de Justicia. 1988. Pp. 581-584).

²⁴⁷ Cfr. TOMAS Y VALIENTE, F. *El Reparto Competencial* ...Pp. 121-122.

²⁴⁸ *Vid.*, ELIZALDE JALIL, M. “La supletoriedad del Derecho estatal en el marco actual del Estado autonómico español” *Anuario da Facultade de Dereito*. Nº 13. Pp. 115 a 145.

²⁴⁹ *Vid.*, STC 1/1982.

en materia de Derechos Fundamentales en su Constitución es mucho más clara en virtud, como hemos visto, de los arts. 28.3 y 142 de su Ley Fundamental. En España no se puede decir lo mismo. Los derechos no son títulos competenciales. Además, por si hubiese duda, sus propios articulados establecen, con una inspiración evidente en el art. 51.2 de la Carta de Niza, que no suponen alteración competencial alguna²⁵⁰. Ello implica, cuando se interpretan en relación al art. 149.3 CE que, porque lo no contenido en el apartado 1, pero no asumido por las Comunidades Autónomas, es competencia estatal, las normas programáticas estatutarias no tienen campo de acción propio. Dicho en otros términos: no tienen la posibilidad de *fundamentar* ninguna acción legislativa. Podrán tan sólo, acaso *inspirar*, con un sentido interpretativo, la legislación basada en un título competencial autonómico expreso.

Esto es lo que, a nuestro juicio, se les pasó por alto a algunos autores que han querido ver enormes semejanzas entre el modelo federal alemán y el modelo territorial español por cuanto a la protección de los Derechos Fundamentales se refiere. Así, escribía en 1989 K. Stern que:

“En la subsistencia de estos derechos fundamentales [los de las constituciones de los *Länder*] con una orientación socio-política en sentido amplio se evidencia un elemento esencial pluralista del federalismo alemán. Los *Länder* pueden poner en marcha, especialmente en el campo de su potestad cultural, en el sistema escolar y universitario, distintas evoluciones desde diferentes puntos de vista, configurando así el contenido de los derechos fundamentales de una manera diferenciada. La distribución de competencias propia del sistema federal hace posible la satisfacción de intereses regionales preferentes y la toma de decisiones en el mismo ámbito en el que se han de aplicar, adecuándose mejor así a las necesidades. En este campo existe un claro paralelismo respecto de las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas según el art. 148 de la Constitución española, en especial las mencionadas en los números 15 a 19”²⁵¹.

Obviando, sin embargo, que si bien las Comunidades Autónomas que hayan asumido estas competencias en sus respectivos Estatutos pueden, por supuesto, legislar en exclusiva sobre las mismas generando, con su acción legislativa, y estatutaria cuando regula la organización institucional, verdaderos derechos subjetivos, lo que no pueden – a diferencia de los *Länder* alemanes, y porque carecen de competencia para ello - es organizar un sistema de protección de Derechos Fundamentales que en todo caso – esto es obvio – sólo podrían hacer valer dentro de su marco competencial.

Estas declaraciones de derechos, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional con sentido de normas programáticas, sin que alteren la distribución de competencias entre el estado central y las Comunidades Autónomas, sin poder ser

²⁵⁰ En el caso de Cataluña que nos sirve de ejemplo, concretamente en el art. 37.4 del Estatuto catalán. En los demás estatutos: art. 13.3 del balear, 13 del andaluz 6.3 del aragonés y, finalmente, 8.3 del castellano leonés.

²⁵¹ STERN, K. “Pluralismo territorial y Derechos Fundamentales”. En AAVV. *Pluralismo territorial en la República Federal de Alemania*. INAP. Madrid. 1989. P. 74.

alegados por los ciudadanos ante los Tribunales, y sin ser vinculantes para el legislador es – creemos – la última manifestación del agotamiento, con el paso de treinta y cinco de años del Estado Autonómico en constante evolución (y porque ya hemos visto en el Capítulo I, de la mano de C.J Friedrich, que todo Estado federal o políticamente descentralizado es un proceso *in fieri*), del principio dispositivo. Incluso, por lo que respecta al reparto competencial, no se le puede quitar la razón al Profesor S. Muñoz cuando dice, en un trabajo reciente que, visto a lo que redujo el Tribunal Constitucional, con sus abundantes “interpretaciones conforme” el ambicioso catálogo de competencias del Estatuto de Autonomía de Cataluña, bien se puede afirmar, paradójicamente, que el principio dispositivo se agotó la primera vez que se usó²⁵². Y en el tema de los derechos la virtualidad práctica ha sido poco mayor. Las normas programáticas en las que el Tribunal ha convertido los derechos estatutarios puede que no sólo tengan un valor simbólico importante, sino que sean la manifestación más palpable de que, en treinta años de etapa constitucional, se ha avanzado algo, sobre todo por lo que a la teoría de los derechos sociales y de cuarta generación se refiere, y que, incluso, respondan a demandas sociales de las que los nuevos Estatutos se han hecho eco, pero lo cierto es que su valor jurídico ha quedado reducido a la nada por el Tribunal.

Además, aunque se sostuviese que el art. 149.3 CE permite que los Estatutos de Autonomía adopten, mediante una reforma de los mismos, catálogos de derechos, en tanto que el art. 149.1.1 CE sólo establece como competencia estatal, al igual que el artículo 117 CI “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos...”, nuestra Constitución establece también, que “todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado” (art. 139.1 CE) y que “las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales” (art. 138.2 CE).

El primero de los preceptos transcritos es, en realidad, ya pesar de su apariencia sencilla, bastante complejo. La doctrina y la jurisprudencia lo han interpretado de tres modos diversos: a) algunos lo han entendido como un mandato de uniformidad; b) otros defienden que lo que este artículo impone es una homogeneidad mínima; c) los que consideran que establece un mandato de igualdad de todos los

²⁵² Vid., MUÑOZ MACHADO, S. *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*. Crítica. Barcelona. 2012. P. 50.

españoles ante cada ordenamiento jurídico de las Comunidades autónomas²⁵³. Aparentemente, la segunda opción es la adoptada por el Tribunal Constitucional, quien ha sentenciado que “el art. 139.1 CE no contempla una uniformidad absoluta del régimen de los derechos constitucionales en todo el territorio nacional, sino un principio de igualdad sustancial susceptible de modulaciones diferenciadas en mayor o menor grado en las Comunidades Autónomas, según el tipo de derecho de que se trate y el reparto competencial en la materia implicada”²⁵⁴. Decimos aparentemente porque en realidad ha adoptado la primera pues, de modo contradictorio, en las SSTC 247/2007 y 31/2010 estableció que los Estatutos de autonomía pueden establecer derechos subjetivos en el ámbito institucional del contenido necesario que, de acuerdo con el art. 147.2.c) CE deben reflejar, pero – añade –, en el ámbito del contenido necesario reflejado en el apartado “d” del mismo precepto: “los Estatutos de Autonomía (...) requieren de la colaboración del legislador autonómico, de tal manera que las prescripciones estatutarias relativas a este último ámbito, cualquiera que sea el modo literal en que se enuncien, han de entenderse, según antes se acaba de decir, como mandatos, orientaciones u objetivos, dirigidos a los poderes públicos autonómicos para el ejercicio de competencias que el Estatuto atribuya”, concluyendo que, en ese caso “las referidas prescripciones de los Estatutos tampoco quebrantan el art. 139.1 CE, pues aparte de ser manifestación del ejercicio por el legislador estatutario de un cometido que la Constitución le atribuye, dan lugar a que, en su desarrollo, las Asambleas de las Comunidades Autónomas puedan en ejercicio de su autonomía política establecer derechos, con sometimiento a los límites constitucionales expuestos, salvaguardando, de un lado, el sustrato de igualdad general en todo el territorio nacional de los derechos regulados en la Constitución y, de otro, las competencias que la misma atribuye al Estado”²⁵⁵. La doctrina ha señalado, con razón, que no explica la razón de esta decisión²⁵⁶. Nosotros creemos que más bien la esconde, y que, lo que en el fondo hace, es establecer que el art. 139.1 CE impone, como se desprende de su propio tenor literal, que los españoles tengan los mismos derechos en todo el territorio, lo que implica, en el plano autonómico, y en la práctica, la imposibilidad de su protección multinivel.

²⁵³ Cfr., APARICIO PEÉREZ, M.A. Y BARCELÓ i SERRAMALERA, M. “Marco general. Los Derechos Públicos estatutarios”. En APARICIO, M.A, CASTELLÁ, J.M, Y EXPOSITO, E. (Dirs) *Derechos y Principios rectores en los Estatutos de Autonomía*. Atelier. Barcelona. 2008. P. 22.

²⁵⁴ Vid., STC 247/2007, Fto. Jco. 13.

²⁵⁵ STC 247/2007. Fdto. Jco. 15º.

²⁵⁶ Cfr., EXPOSITO GÓMEZ, E. Y CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A. “Conclusiones generales. Derechos y principios en los Estatutos de Autonomía”. En APARICIO, M.A, CASTELLÁ, J.M, Y EXPOSITO, E. (Dirs). *Derechos y Principios rectores...*p. 361.

Tratar, de nuevo, de buscar una fórmula que sea respetuosa con la voluntad del legislador estatutario en el Derecho Comparado, y concretamente en el alemán, no puede conducirnos más que a un estrepitoso fracaso. Es verdad, que el art. 33.1 C.A establece que “todos los alemanes tienen en todos los *Länder*, los mismos derechos y deberes cívicos”, que interpretado literalmente podría llevar también a la imposibilidad de distintos sistemas de derechos en el Estado alemán, pero esta interpretación queda refutada por lo dispuesto en el art. 142 de la misma Ley Fundamental, al que ya nos hemos referido en el epígrafe correspondiente y cuyo tenor literal es: “no obstante lo dispuesto en el art. 31, quedan en vigor también las disposiciones de las constituciones de los *Länder* que garanticen derechos fundamentales en concordancia con los arts. 1 a 18 de la presente Ley Fundamental”. De hecho, dado el tenor literal ambiguo de este precepto el TCF ha preferido siempre remitirse al derecho a la igualdad ante la ley del art. 3 C.A, que además, ha interpretado que sólo permite a las autoridades federales adoptar las medidas necesarias para conseguirla en la esfera federal. Después de todo lo expuesto no podemos, sin embargo, extraer la misma conclusión – esto es, que la propia Constitución autoriza a las Comunidades Autónomas a aprobar Cartas de Derechos Fundamentales – respecto de España.

En conclusión: en España se dan alguno de los problemas, sobre todo en lo que se refiere a declaraciones de derechos extra-constitucionales que en Italia o – como vamos a ver más adelante - la propia Unión Europea, y su imbricado sistema competencial no contribuye sino a agravarlos. Decimos agravarlos porque hemos visto que ni en Italia ni en la UE esta cuestión ha tenido una solución satisfactoria. Por eso sostenemos en estas páginas que debió haberse procedido, con carácter previo a la elaboración de nuevos Estatutos de Autonomía, a una reforma constitucional que diese coherencia al modelo autonómico, abriese claramente la posibilidad de un sistema de Derechos Fundamentales de las Comunidades Autónomas y eliminase, de paso, artículos que ya han cumplido su función histórica²⁵⁷.

Examinamos, muy brevemente, un último caso estatal problemático antes de analizar el modelo de la propia Unión.

²⁵⁷ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J *La Constitución del Estado de las Autonomías*. Editorial Biblioteca Nueva, Madrid 2003. Pp. 331 y ss.

II.3.2.4) Bélgica.

Es lugar común en la doctrina referirse al federalismo en Bélgica como “asimétrico”²⁵⁸ y “complejo”²⁵⁹. Quizás su mayor interés resida en la velocidad con la que pasó de ser un Estado unitario a un genuino Estado Federal. Cuando surgió, en 1831, lo hizo con un claro predominio francófono, estando, lo que hoy es la Región valona, mucho más desarrollada económica e industrialmente de lo que lo estaba lo que hoy es la Región flamenca. Esto se veía favorecido, obviamente, por la cercanía lingüística entre los valones con los ciudadanos de habla francesa de Bruselas. En origen, y a pesar de que la población flamenca siempre fue mayor demográficamente hablando, el único idioma oficial era el francés. Fue a finales del siglo XIX cuando el flamenco fue consiguiendo su aceptación en los Tribunales (1873), la Administración (1878), el ejército (1887) y la educación no universitaria (1895), hasta conseguir finalmente el estatus de idioma cooficial en 1898.

Pero esta situación, que el Profesor L. De Winter denomina de centro-periferia se invierte en torno a los años sesenta en que los flamencos consiguen no sólo mayor crecimiento económico sino, también, la mayoría en el Parlamento. A partir de este momento Bélgica comienza a caminar hacia una mayor descentralización, lo cual, y esto es importante en clave comparada, no suavizó, sin embargo, las demandas de mayor autogobierno por parte de las distintas Comunidades y Regiones creadas a partir de 1970 sino que, por el contrario, ha acrecentado las diferencias y, en consecuencia, las ansias de autogobierno²⁶⁰. Todo ello ha llevado al Estado belga a una situación de colapso, siendo muy representativo, a este respecto, los 193 días que hicieron falta para crear gobierno en 2007 y el año y medio que necesitó para formarlo entre las elecciones de 13 de Junio de 2010 y el 1 de Diciembre de 2011. Esta situación, a la que también contribuyen, obviamente, tanto el sistema de partidos como el sistema electoral, viene en buena parte – y por lo que aquí nos interesa ahora – propiciada por la organización territorial diseñada por la Constitución después, como hemos dicho, de 1993.

²⁵⁸ Un estudio comparado de las asimetrías de Bélgica, Reino Unido, Italia y España puede encontrarse en REQUEJO, F Y NAGEL, K-J. *Descentralizació, asimetries i processos de resimetrizació a Europa. Bélgica, Regne Unit, Itàlia i Espanya*. Institut d'Estudis Autònoms. Barcelona. 2009.

²⁵⁹ http://www.belgium.be/en/about_belgium/government/federale_staat/structure/

²⁶⁰ Cfr., DE WINTER, L. “Federalismo y sostenibilidad de Bélgica (I). El camino de Bélgica hacia el federalismo. En *Cuadernos Manuel Giménez Abad*. Nº 2 (2011). P. 8.

La vigente Constitución establece, en su artículo 1º, que Bélgica es un Estado compuesto por Comunidades y Regiones. Las Comunidades, establecidas en el artículo 2º son la Región francesa, flamenca y germanófoba, mientras las Regiones, establecidas en el art. 3º, la Región flamenca., la valona, y la de Bruselas. El complejo sistema federal se completa con comunidades lingüísticas, municipios y provincias (ahora dependientes de las Regiones), todas ellas reconocidas en la Constitución.

El reparto de competencias entre el Estado y los entes descentralizados se basa en los principios de atribución exclusividad, exterioridad, proporcionalidad y subsidiariedad²⁶¹. La Constitución establece las materias que pueden regular las Comunidades (arts. 127-133) mediante Decreto. Respecto de las Regiones, la Constitución establece, en su artículo 134, que pueden regular, con Decretos que tendrán fuerza de Ley, las materias atribuidas mediante Leyes de Reforma Institucionales²⁶², que requieren especiales mayorías. Igualmente establece la Norma Fundamental, en su artículo 35, que la autoridad federal sólo tiene las competencias que tanto la Constitución como las leyes dictadas en virtud de la misma le confieren, y que a las Regiones y Comunidades, de acuerdo con lo que la Constitución y las Leyes dispongan, les corresponden las restantes. Sin embargo, la Disposición Transitoria I supedita la vigencia de esta cláusula residual en favor de las Regiones a la inserción de un artículo en el Título III de la Constitución que enumere las competencias exclusivas de la Federación, lo cual aún no se ha producido. Por lo tanto, de acuerdo con el principio de atribución, las competencias residuales deben considerarse hoy por hoy estatales. Dado que la reforma en sentido federal de la Constitución data de hace ya más de veinte años, podemos calificar el federalismo belga, al igual que el español, de inacabado.

Hemos mencionado, además, el principio de exclusividad, y es que otra de las particularidades de Bélgica frente a los demás Estados estudiados es que, con muy contadas excepciones, no existen competencias compartidas, sino que, en sintonía con esta constante tensión entre las entidades federadas, todas las competencias son ejercidas de un modo exclusivo y excluyente. La consecuencia es, como nos señala el Profesor F. Delpérée²⁶³, y así lo ha entendido el Tribunal de Arbitraje, que la

²⁶¹ Cfr., DELPÉREÉ, F. “El reparto de responsabilidades”. En APARICIO, M.A. (ed). *La Descentralización y el Federalismo*. ... PP. 86 y ss.

²⁶² Vid., Ley de Reforma Institucional de 9 de Agosto de 1980, y sus modificaciones.

²⁶³ DELPÉREÉ, F. “El reparto de responsabilidades”. En APARICIO, M.A. (ed). *La Descentralización y el Federalismo*. ... P. 87.

competencia de las entidades regionales se comprende de manera amplia. De todas maneras, estas competencias exclusivas tienen que ejercerse de un modo proporcional, lo que de acuerdo con la sentencia de 23/92, de 2 de Abril de 1992, significa que ningún legislador puede ejercer su competencia de manera que impida a otro ejercer la suya.

Los principios de exterioridad y de subsidiariedad son más interesantes a los efectos de este trabajo. De acuerdo con el primero, plasmado normativamente en el art. 167 C.B, las competencias *ad intra* se proyectan *ad extra*, de modo que, si por ejemplo, las Regiones son competentes en materias de transportes dentro del Estado, lo serán también para concluir Tratados Internacionales o para representar al Estado en las Instituciones Europeas. Este principio viene matizado por el principio de subsidiariedad, que, como veremos en el Capítulo III, tiene un sentido distinto en la lógica de los Estados federales respecto del que tiene en el Derecho Comunitario. En Bélgica no significa sino que, de acuerdo con el art. 169 C.B, para cumplir con las obligaciones supranacionales, las autoridades federales pueden sustituir a las regionales, cumpliéndose una serie de requisitos, cuando el Estado haya sido condenado, por una instancia supranacional, por el incumplimiento de obligaciones internacionales o comunitarias.

Este principio de exterioridad juega, también, como una potencialidad, en favor de los entes federados, para incidir sobre los Derechos Fundamentales. Porque en Bélgica se ha entendido tradicionalmente que las colectividades miembros no tenían potestades en materia de Derechos Fundamentales. Aun hoy, y debido a la ya mencionada ausencia de autonomía constitucional de las Regiones, Bélgica es el único país de los que hemos analizado en que los entes federados no gozan con catálogos de derechos propios, por lo que podemos decir, con el Prof. M. Verdussen que su actividad es, cuanto menos, limitada²⁶⁴. Sin embargo, de acuerdo con este principio, tendrán la posibilidad de incidir en los Derechos Fundamentales, aplicados sobre materias, en principio, de su competencia, que hayan sido transferidos a la Unión Europea, en el sentido en que le hayan dado las Instituciones ahora competentes o, también, para regular las materias de su competencia en el sentido que haya dictaminado, de ser el caso, el TEDH. El Tribunal de Arbitraje belga, en su jurisprudencia original consideraba que las Regiones no tenían ninguna competencia en materia de Derechos

²⁶⁴ Cfr., VERDUSSEN, M. “La protección de los Derechos Fundamentales en el Estado Federal belga”. En CASTELLÁ, J.M. Y EXPOSITO, E. (coords.) *Derechos y Libertades en los Estados Compuestos*. Atelier. Barcelona 2005. P. 179.

Fundamentales²⁶⁵. Aunque la reacción de la doctrina fue crítica con este pronunciamiento, según el Profesor de la Universidad de Lovaina, no demasiado motivado, hay que reconocer que la posición parece encontrar un apoyo importante en lo dispuesto en el artículo 144 C.B. En cualquier caso el Tribunal cambió, a finales de los años noventa, su línea jurisprudencial, y reconoció que corresponde a cada instancia territorial asegurar los Derechos Fundamentales en el ámbito de sus respectivas competencias²⁶⁶. Esta línea jurisprudencial se asemeja mucho, como vimos, a la concepción clásica sobre los Derechos Fundamentales en Canadá, a la que se ha implantado recientemente por vía jurisprudencial en Italia y España y, como veremos a continuación, a la del TJCE en los años 70.

II.3.2.5) La Propia Unión Europea como modelo imperfecto de descentralización política.

La Unión Europea no es un Estado. Sin embargo, a lo que ya hemos dicho, de la mano del Profesor P. Lucas Verdú, en el primer Capítulo, respecto a lo interesante que resulta en un estudio sobre el federalismo (que no es sino una técnica para integrar realidades socio-políticas diversas que, según C.J Friedrich tiene reflejo en el interior y en el exterior) a la Unión Europea, añadiremos, además, que los mismos problemas en lo relativo a la distribución competencial y los Derechos Fundamentales se dan, también, en el marco de esta Comunidad Política.

La Unión Europea, desde su origen, se ha debatido entre la corriente funcionalista y la corriente federalista. Resumiendo, podemos afirmar que los funcionalistas defienden la integración de los Estados en una estructura supranacional europea con unas instituciones que aunando esfuerzos de los Estados miembros sean más capaces de actuar en el nuevo y complejo ámbito interestatal. Por el contrario, los federalistas apuestan por la creación de “Los Estados Unidos de Europa” tras un proceso paulatino de cesión de competencias soberanas por los Estados, que quedarían integrados en un ente superior. No reproduciremos, como es lógico, toda una problemática respecto a las tensiones entre ambas tendencias que hemos analizado en

²⁶⁵ *Vid.*, T.A., sentencia 14/1991, de 28 de Mayo.

²⁶⁶ *Vid.*, T.A, sentencias 124/1999 de 25 de noviembre, 124/2000, de 29 de noviembre 10/2001, de 7 de enero.

otro lugar²⁶⁷, pero si nos interesa poner de manifiesto en este momento (aunque lo abordaremos con más profundidad en el último epígrafe de este trabajo), al menos, tres aspectos relevantes que demuestran una similitud de planteamientos: a) Los defensores del federalismo europeo, al igual que los teóricos del primer Estado Federal (los Estados Unidos) sostienen el principio de soberanía divisible; b) Existen signos de un “nacionalismo europeo” que, como predijo el Profesor E. Tierno, adolece de los mismos defectos que los nacionalismos estatales de antaño; c) Porque el federalismo europeo se afirma sobre los Estados nacionales, existen lugares comunes entre estos nacionalismos y los de ámbito regional sub-estatal.

Ahora bien, al margen de idealismos, hay que advertir que el federalismo europeo, es decir, la idea de una Europa unida ha sido más una aspiración en la pluma de determinados intelectuales desde I. Kant (quien, no obstante, no conviene olvidar, concebía la aldea global como un fortalecimiento del Estado soberano) que una realidad hasta tiempos muy recientes. No cabe buscar, como se hace tan a menudo que podemos decir que se ha convertido en el mito más repetido en torno a la Unión Europea, ninguna suerte de línea del tiempo entre el imperio de Carlo Magno y la Unión actualmente existente²⁶⁸. Sin embargo, hay que reconocer que después de la aprobación del Tratado de Lisboa la Unión Europea tiene no pocas características federales.

Un elemento de gran valor simbólico en este sentido lo constituye que la Unión Europea (que sustituye a la Comunidad Europea)²⁶⁹, a la que, ni cuando se fundó, ni en las reformas de Ámsterdam y Niza quiso atribuírsele personalidad jurídica, la ostenta ahora en virtud del art. 47 TUE. Los autores europeístas lo celebran indicando que “la Unión Europea se erige con personalidad jurídica internacional y se responsabiliza de la continuidad del proceso de integración”, aun cuando reconocen que esta atribución de personalidad jurídica internacional tiene sólo valor declarativo, dado que lo importante, para poder hablar de personalidad jurídica internacional, es “que estemos ante una asociación voluntaria de Estados, con base convencional, que posea sus propios órganos, que traduzca una voluntad distinta a la de sus Estados miembros, y que tenga competencias normativas y las ejerza efectivamente, además de en el plano

²⁶⁷ Me remito, por lo tanto, a FONDEVILA MARÓN, M. *La disolución de la soberanía...*p. 353 y ss.

²⁶⁸ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. *La Constitución europea y la problemática del poder constituyente*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2000. Pp. 27-51.

²⁶⁹ *Vid.*, art. 1 TUE.

interno, en el externo”²⁷⁰. Sin embargo, y por si quedase alguna duda, una declaración anexa a los Tratados se encarga de establecer que: “La Conferencia confirma que el hecho de que la Unión Europea tenga personalidad jurídica no autorizará en modo alguno a la Unión a legislar o actuar más allá de las competencias que los Estados miembros le han atribuido en los Tratados”²⁷¹. Una declaración más, que junto a las que vamos a ver más adelante, en este mismo epígrafe, que reitera la atribución estricta de competencias de la Unión.

Pero si la Unión Europea no es ni un Estado ni una simple Organización Internacional aclaramos inmediatamente que se trata, a nuestro juicio, de una Confederación de Estados, si bien en lo que A. La Périgola denominó en “sentido moderno”²⁷². Decimos en sentido moderno porque, consecuencia del principio de soberanía de los Estados, una Confederación se caracteriza por la aplicación de la regla de la unanimidad para la modificación del ordenamiento y porque sus normas se dirigen exclusivamente a los Estados miembros, que posteriormente deben adaptar sus legislaciones internas. En la Unión Europea ninguna de estas características se aplican *stricto sensu*, ello no obstante deba seguir siendo considerada una Confederación. Por lo que respecta a la regla de la unanimidad, aunque la regla de la mayoría cualificada es la general en la adopción de decisiones, sobre todo a partir de 2017 con las modificaciones en esta materia consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se mantiene para un buen número de materias como son: fiscalidad, recursos propios, régimen lingüístico, política exterior, defensa, seguridad social, imprevisión de competencias, número de diputados en el Parlamento Europeo, revisión y simplificación de los Tratados, admisión de los nuevos Estados miembros, pasaportes, documentos de identidad y permisos de residencia, derecho de familia con implicaciones transfronterizas, aspectos de cooperación en materia penal y policial, y determinados aspectos en varias políticas (transportes, propiedad intelectual, política monetaria, política comercial), etc.²⁷³ De esta forma, aunque el número de materias para las que se aplica la regla de la unanimidad (que es la regla general en las Confederaciones arcaicas) sea, en el caso de la Unión Europea, minoritarias, son sin embargo las

²⁷⁰ MANGAS MARTÍN, A Y LIÑAN NOGUEIRAS, J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos. Madrid 2012. P. 39.40.

²⁷¹ *Vid.*, Declaración 24.

²⁷² Cfr., LA PERGOLA, A. “Sguardo sul federalismo e i suoi dintorni (una célebre dicotomía: “stato federale -confederazione”, La Confederazione di tipo antico e moderno. L’idea europeistica di comunità). En *Diritto e Società*. 1992 (3). Pp.491-518.

²⁷³ Para todo esto, *Vid.*, MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑAN NOGUEIRAS, D.J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*.... pp. 262-263.

fundamentales, o si se prefiere, aquellas más estrechamente relacionadas con la idea de soberanía. Dicho de otro modo: los Estados se reservan el poder de veto en aquellas cuestiones que van a afectar a sus ingresos, su posición exterior, o a la seguridad en el interior. En las Confederaciones arcaicas, señala el Profesor A. La Pérgola en el trabajo citado, la regla de la unanimidad responde a la lógica de que exista coincidencia entre los autores y los destinatarios de las normas, esto es: los Estados. Afirma el Profesor italiano que, cuando se introduce la regla de la mayoría dentro de la Confederación arcaica, se rompe esta lógica y la misma camina, por tanto, cara al Estado federal²⁷⁴. Así ocurrió efectivamente en los Estados Unidos y Alemania, y puede que ocurra también en un futuro en la Unión Europea, supuesto que los Pueblos de los Estados decidan libremente perder su identidad integrándose en una Comunidad nueva y englobadora de todos ellos, aunque no tiene necesariamente porqué ocurrir así. Si la tendencia de las confederaciones arcaicas fue, efectivamente, al menos de las que tenían algún peso político, la convertirse en Estados federales, ello fue debido – en nuestra humilde opinión – al cambio de paradigma sucedido en la dogmática jurídico-política consecuencia del principio democrático. Y es que, para la dogmática norteamericana y alemana de los siglos XIX y principios del XX, al menos hasta H. Heller, el sujeto de la soberanía no eran sino los Estados, por lo que la discusión versaba, exclusivamente, en torno a si la naturaleza de una Federación (o confederación) implicaba que la soberanía pasaba al Estado central o permanecía en los Estados miembros. Por la misma razón, es decir, el principio democrático, la Unión Europea es una Confederación *sui generis* en tanto que las principales normas que emanan de sus instituciones legislativas (los reglamentos, y en algunos casos, las directivas y decisiones²⁷⁵), tienen un efecto directo sobre los ciudadanos de la Unión. Mención especial merecen, después de aprobarse el Tratado de Lisboa, y por tanto, ser incorporados con fuerza jurídica vinculantes los Derechos Fundamentales de la Carta de Niza que, como veremos, pueden ser invocados por los ciudadanos ante los Tribunales de Justicia en aplicación del Derecho de la Unión.

Más allá de que, como se verá, denunciemos que el sistema de protección de Derechos Fundamentales en la Unión tiene algunas lagunas, lo importante en este momento es afirmar que el sólo hecho de que exista un sistema tal, sitúa a la Unión

²⁷⁴ Cfr., LA PERGOLA, A. “Sguardo sul federalismo...”. p. 496.

²⁷⁵ Vid., MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑAN NOGUEIRAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea...* pp. 364 y ss.

Europea, en tanto que una Confederación en sentido moderno, en un punto equidistante entre la antigua Confederación arcaica y el Estado Federal.

De hecho, si a las dos características principales que convierten a la Unión Europea en una Confederación de Estados en sentido moderno unimos el reconocimiento de resoluciones en materia civil y penal²⁷⁶ es evidente que estamos muy próximos a una estructura federal. Ahora bien, y aun cuando – insistimos – el argumento principal para afirmar que la Unión Europea es una Confederación es que la soberanía sigue perteneciendo al Pueblo de los Estados, es menester indicar que existen, también, elementos concretos que determinan característicamente la forma confederal: En primer lugar, la UE carece de Constitución en el sentido estricto que tiene en Derecho Público de norma jurídica superior, fruto de la voluntad del Poder Constituyente soberano²⁷⁷. En segundo lugar – este sería el criterio definitivo para la doctrina clásica (L. Le Fur) -, consecuencia de lo anterior, la ciudadanía de la UE sigue sujeta a la pertenencia a un Estado Miembro, lo que demuestra que no existe *demos* europeo, por lo que podemos hablar todavía de “déficit democrático”. En tercer lugar, la ausencia de coerción (de policía y fuerza militar propia). En cuarto lugar, como se ha demostrado no hace tanto con la Guerra de Irak, la incapacidad de adoptar una postura exterior común en materia de política exterior. En quinto y último lugar el hecho, como señala la Profesora N. García, de que se siga exigiendo la unanimidad en la modificación de los Tratados²⁷⁸.

Comenzamos por explicar el sistema de protección de Derechos Fundamentales en la Unión Europea y, a este respecto, lo primero que queremos indicar es que la protección de los Derechos Fundamentales en Europa ha atravesado por varias etapas. Con anterioridad a 1969, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas evitaba hacer consideraciones acerca de los Derechos Fundamentales por considerar que quedaban fuera del ámbito comunitario. A partir de esta fecha se produce un “giro

²⁷⁶ *Vid.*, arts. 81 a 86 TFUE.

²⁷⁷ Este “sentido estricto” del que hablamos se corresponde con el concepto liberal-burgués de Constitución (Cfr., DE VEGA GARCÍA, P. “En torno al concepto político... Pp. 701-719. Aunque algunos autores como P. Häberle vienen sosteniendo desde 2004 que Europa ya tiene una Constitución, (Vid., por todos, HÄBERLE, P. “¿Tienen España y Europa una Constitución” en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Nº 12 (2009)) su idea se corresponde, desde nuestro humilde punto de vista, con la de Tratado.

²⁷⁸ Cfr. GARCÍA GESTOSO, N. “Una prueba del carácter confederal de la Unión Europea: el mantenimiento de la unanimidad estatal en el proceso de revisión del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa” en *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 15 (2005) pp. 315-344.

copernicano” en la jurisprudencia del Tribunal²⁷⁹ que partir de entonces reconoce que: 1) “los Derechos Fundamentales de la persona están comprendidos dentro de los principios generales del Derecho Comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia”²⁸⁰. 2) Que la protección de estos Derechos Humanos está inspirada en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros²⁸¹. 3) Junto con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, los principios generales pueden ser también deducidos de los textos internacionales y especialmente del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁸². A partir de este momento, la protección de los Derechos Humanos en el ámbito comunitario fue construida casuísticamente por el TJCE, que fue reconociendo en distintas sentencias derechos tales como la propiedad, libre ejercicio de una actividad económica, reagrupación familiar, derecho de defensa, libertad religiosa etc.²⁸³

Desde que en 1979 en un memorándum de la Comisión al Consejo se propusiera la incorporación de la UE, como Organización Internacional, al Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁸⁴, esta ha sido una necesidad que se ha venido exponiendo de forma recurrente por actores y teorizadores de la UE. El Consejo de Ministros solicitó en 1995 al TJCE que emitiera un dictamen acerca de la posibilidad de adherirse al Convenio de Roma, y en su Dictamen 2/1994, de 28 de Marzo de 1996, el TJCE respondió negativamente, afirmando que la UE no tenía competencia, atribuida en los Tratados, en materia de Derechos Humanos. A la luz de la respuesta del TJCE comenzó a gestarse la idea de adoptar un catálogo propio de Derechos Humanos, que tuvo como resultado la aprobación de la Carta de Niza en 2000. La aprobación de este catálogo de Derechos Fundamentales de la Unión no implicó que se desechase la idea de incorporar a la UE como tal, y a pesar de que todos los Estados de la UE forman ya parte del Consejo de Europa, al CEDH. Además, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no fue incorporada a los Tratados, permaneciendo así, desde su aprobación hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa como un documento de referencia sobre el que no sólo el TJCE sino algunos tribunales nacionales se han inspirado pero sin poder hablar en rigor de eficacia jurídica de la misma.

²⁷⁹Cfr. CARRILLO SALCEDO, JA. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Editorial Tecnos, Madrid, 2003. Pp. 114 y ss.

²⁸⁰ Vid. STJCE de 12 de noviembre de 1969 (caso *Standder*).

²⁸¹ Cfr. CARRILLO SALCEDO, JA. *El Convenio Europeo...* p 114. Vid. también STJCE caso *InternationaleHandelsgesellschaft*, de 1970.

²⁸² *Idem* y también Vid. STJCE de 14 de Mayo de 1974 (caso *Nold*).

²⁸³ *Idem*.

²⁸⁴ *Ibidem*. p 123.

Eficacia que, sin embargo, se ve matizada por una serie de factores como son: 1) En primer lugar, el Título VII de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tal como fue adaptada el 12 de Diciembre de 2007²⁸⁵, recoge una serie de requisitos para la aplicación de la Carta reduciendo su ámbito de aplicación únicamente a las instituciones y organismos comunitarios, dentro del respeto al principio de subsidiariedad y a las de los Estados Miembros en aplicación del Derecho Comunitario (art. 51.1). 2) Establece, además, y aunque resulta innecesario a tenor de lo anterior, que ninguna de las disposiciones de esa Carta altera el reparto de competencias entre los Estados y la Unión. 3) Incluso y en lo que respecta únicamente a la aplicación del Derecho Comunitario por parte de los órganos estatales, la Carta de Derechos de la Unión Europea no es de aplicación todos los países de la Unión, en virtud del Protocolo nº 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y Reino Unido y que establece, en su artículo 1.2 que la Carta no crea ningún derecho que se pueda ejercitar delante de los Tribunales de estos países, excepto aquellos que coincida con derechos reconocidos por sus respectivas legislaciones nacionales.

De todo ello se concluye, que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sigue siendo, si la comparamos con el CEDH, un instrumento de defensa muy inferior, y si bien el artículo 6.1 TUE permite ahora que la Unión se adhiera a dicho convenio, el cambio tampoco resulta sustancial por cuanto que cada uno de los Estados Miembros de la misma ya eran signatarios del Tratado de Roma de 1950.

A no pocos está decepcionando, sin embargo, que cuatro años después de que se aprobase el Tratado de Lisboa, que establece el mandato de adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁸⁶ este no se haya producido y es que, a pesar del mismo, existe todo un debate interno acerca de los pros y contras de la adhesión que presenta argumentos, en ocasiones, verdaderamente sorprendentes²⁸⁷. Sin ánimo de exhaustividad, que se mencione, como argumento en contra que la Unión Europea ya ofrece suficientes garantías de los Derechos Fundamentales (jurídico) o que algunos de los Estados signatarios del Convenio ofrece serias dudas de su compromiso

²⁸⁵ Vid. DOUE 30.3.2010.

²⁸⁶ Es clara, a este respecto, la literalidad del art. 6.3 del nuevo TUE: La Unión *se adherirá* al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”. (la cursiva es nuestra).

²⁸⁷ Vid., NAVARRO PÉREZ, J. *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: un paso adelante en la protección de los Derechos Fundamentales*. Tesina fin de Master publicada en internet: http://ddd.uab.cat/pub/trerecpro/2010/hdl_2072_97217/tesinadefinitiu1.pdf.

con los derechos (político) se rebaten, simplemente, argumentando que sería igualmente una razón para cada uno de los 47 Estados signatarios, incluidos los 28 que hoy componen la Unión Europea. Incluso resulta irónico, por cuanto que el sistema de protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea es aun hoy, como mostraremos, deficiente respecto del de los Estados miembros. Existe también una apenas indisimulada reticencia a que el Tribunal de Justicia pierda la condición de último intérprete del Derecho Comunitario, sin embargo fácilmente contestable: el Tribunal de Justicia de la UE tendrá que aceptar, como lo hacen los demás altos Tribunales de los Estados firmantes del Convenio de Roma, la última palabra del TEDH en materia de Derechos Humanos. Con todo, se han efectuado avances (como por ejemplo, la aprobación del protocolo nº 14 del Convenio, que en su artículo 17 modifica la redacción del artículo 59 para permitir la adhesión de la Unión Europea) que permiten ser optimistas respecto de la adhesión de la Unión Europea, como un firmante más, al Convenio.

Al margen de esto, lo que nos muestra este *excursus* es, y de acuerdo con el esquema de análisis que hemos trazado, que existe actualmente en la Unión Europea un catálogo de Derechos Fundamentales con, en principio, fuerza jurídica vinculante. Es indudable, igualmente, que la Unión Europea tiene también un poder judicial propio encarnado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se configura como el máximo intérprete del Derecho Comunitario y custodio de los Tratados, en tanto que tiene competencia para cotejar que el Derecho derivado se ajusta al Derecho originario.

Lo que ocurre, sin embargo, - y por lo que respecta tercer elemento - es que el Tribunal de Justicia no tiene competencia en materia de protección de Derechos Fundamentales, o dicho de otro modo, no existe a nivel europeo ninguna suerte de procedimiento de amparo frente a presuntas vulneraciones de los Derechos Fundamentales consagrados en la Carta de Niza de 2000²⁸⁸. El Tratado de Lisboa mejora las posibilidades de impugnación de actos comunitarios por parte de los particulares, pero sin poner en sus manos un procedimiento específico de protección de derechos contra actos de aplicación del Derecho Comunitario.

²⁸⁸ Vid., en este sentido, BLASI CASAGRÁN, C. “La protección de los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa” en *Quaderns de Treball del Institut Universitari D’Estudis Europeus*. Nº 51 de octubre 2010, publicado en internet. La autora, explica como el Tratado de Lisboa aumenta las posibilidades jurídicas de las personas físicas para impugnar actos reglamentarios (que incluyen los actos legislativos) que les afecten, pero únicamente lo podrán hacer ante el juez nacional de su Estado, y si este se niega a elevar la cuestión al TJUE, el particular se verá sin posibilidades de mantener ante este órgano su pretensión (p. 48).

Es por esto último por lo que nos referimos a la Unión Europea como un modelo “imperfecto”. Caracterización de naturaleza puramente teórica que, sin embargo, tiene también consecuencias de carácter práctico. La principal, y al hilo de nuestro discurso, es que a falta de este procedimiento de amparo propio, la responsabilidad de protección de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recae en los Tribunales nacionales, con la limitación evidentemente de no poder anular por sí mismos actos o disposiciones provenientes de las instituciones de la Unión. Y el corolario, también de carácter práctico, que se deduce de todo lo expuesto, en el caso de posible duplicidad de derechos en las Constituciones de los Estados miembros y en la Carta de Niza, es, a nuestro juicio, que los Tribunales nacionales (incluidos, en su caso, Tribunales Constitucionales), cuando el recurso de amparo se invoque respecto de actos o disposiciones cuya materia esté comprendida dentro de las competencias de la Unión estarán obligados por la interpretación que, en su caso, haga el Tribunal de Justicia o, si se pensara que existe alguna laguna, a plantear la cuestión prejudicial, mientras que la interpretación que los Tribunales Constitucionales, en tanto que garantes de los Derechos Fundamentales declarados en la Constitución, será la única vinculante en caso de amparos planteados frente a actos y disposiciones derivadas del Derecho puramente nacional.

Postura, que nos parece la única compatible con el art. 51.1 de la Carta de Niza, y con la doctrina del juez nacional como juez comunitario y que, aunque ocioso debiera ser mencionarlo, en ningún caso implica cesión de soberanía por parte de los Estados ni mucho menos una pérdida de autoridad por los Tribunales Supremos y Constitucionales de los Estados, pues aplicar las normas de Derecho Comunitario (en la interpretación otorgada por su máximo intérprete) dentro de los ámbitos de su competencia, es, una exigencia del propio Derecho Constitucional (en nuestro caso, derivada del art. 93 CE).

El artículo 51 de la Carta de Derechos Fundamentales, ha de ponerse en relación con el nuevo artículo 5.2 TUE²⁸⁹, del cual se deduce que han desaparecido las competencias implícitas, y el artículo 352 TFUE que agrava los requisitos para poder ejercitar la *vis expansiva* de las competencias, que requerirá la aprobación, y no la mera consulta, al Parlamento Europeo. Aun cuando ello conduce a algunas dificultades, como

²⁸⁹ El cual dice, literalmente: “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 para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”.

las que vamos a señalar, la opción es acertada, pues como hemos señalado en otro lugar, con la antigua doctrina de las competencias implícitas, teniendo la Unión Europea reconocida, con valor de Tratado, los Derechos Fundamentales de la Carta de Niza, serían prácticamente infinitas, pues una competencia no atribuida expresamente en los Tratados, siempre (o casi siempre) podría defenderse, dentro de los objetivos de la Unión, en *pro* de algún derecho fundamental²⁹⁰.

Del tenor literal de la carta, parece natural, extraer la conclusión a la que llega la Profesora P. Biglino: “La Carta supone la consolidación del control que el Tribunal de Justicia (y los jueces nacionales, como jueces comunitarios) ejercen sobre los órganos de la Unión y sobre los Estados miembros, siempre que estos actúen en el marco del Derecho Comunitario. Esto no significa, sin embargo, que el poder legislativo o ejecutivo de la Comunidad asuman nuevas competencias. Es cierto que dichos poderes están obligados a proteger y a promover los Derechos Fundamentales como, por lo demás, deben hacer todas las instituciones en cualquier sistema político contemporáneo. Pero al llevar a cabo esta tarea, las instituciones y órganos de la Unión tienen que esgrimir una competencia que ya posean en virtud de los Tratados. En definitiva, lo que la Carta excluye es que los Derechos Fundamentales sean un título competencial autónomo, que habilite a la Unión a dictar normas destinadas exclusivamente a garantizar su protección”²⁹¹.

Sin embargo, el artículo 51 de la Carta, y en concreto el vocablo “aplicación” ha provocado algunos problemas de interpretación. Uno de ellos, lo señala la Profesora de la Universidad de Valladolid y versaría sobre si la Carta de Derechos Fundamentales resulta de aplicación cuando los Estados se sujetan a una excepción de la aplicación del Derecho Comunitario. Para esta autora, quien reconoce explícitamente seguir la teoría jurídica kelseniana la respuesta es positiva, dado que, a su juicio, las excepciones a las que se sujetan, en este caso, los Estados, no son una “competencia residual” y por lo tanto “exclusiva” de estos, sino una competencia “concurrente”, en tanto que la excepción ha sido prevista y permitida por el ordenamiento comunitario. En tanto que nosotros mantenemos justamente la metodología contraria, a nadie puede extrañar que discrepemos de tal postura, entendiendo, frente al monismo jurídico de esta autora, que las excepciones a la aplicación del Derecho Comunitario no son una

²⁹⁰ Cfr., FONDEVILA MARÓN, M. *La disolución de la soberanía...*415.

²⁹¹ BIGLINO CAMPOS, P. “Derechos Fundamentales y Competencias de la Unión: el argumento de Hamilton”. En *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año 7º, nº 14. p. 66.

“autorización” del Derecho Comunitario sino, como su propio nombre indica, una reserva por parte de los Estados que, tal y como nosotros concebimos al Derecho Comunitario, son el origen último del fundamento del Derecho Comunitario.

Existe un segundo aspecto problemático que suscita el término “aplicación”: El mismo ha surgido a raíz de un reciente caso planteado ante el Tribunal de Justicia desde el mismo momento en que el Abogado General P. Cruz Villalon expuso, en sus Conclusiones Generales, una tesis original, que él mismo reconocía no acorde con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hasta el momento, sobre cómo debería entenderse esta vinculación con el Derecho Comunitario²⁹². Aunque las circunstancias del caso no lo exigían, y esto lo reconoce expresamente el Abogado General, se sintió, sin embargo, obligado a ofrecer esta argumentación en torno al artículo 51 de la Carta, esperando que el Tribunal la hiciese – como al final hizo - suya a fin de ir construyendo una doctrina jurisprudencial al respecto. Es sólo en torno a esta cuestión por lo que el contenido de las conclusiones nos interesa.

Comienza afirmando que la relación entre la Unión y los Estados miembros debe comprenderse con la fórmula “*verfassungsverbund*”²⁹³, por lo que “la consecuencia es que la asunción por parte de la Unión de la garantía de los Derechos Fundamentales en el ejercicio de la potestad pública de los Estados en estos supuestos debe examinarse en términos de *desplazamiento*, en el sentido de traslación de la responsabilidad original de los Estados a la responsabilidad de la Unión, en lo que dicha garantía se refiere”²⁹⁴. De acuerdo con ello añade que “es legítimo que, en ocasiones difícilmente precisables de antemano, cuente el interés de la Unión en dejar su impronta, su concepción del derecho fundamental, con prioridad respecto de cada uno de los Estados miembros, (...). Este especial interés encuentra su principal fundamento en la presencia o incluso el protagonismo del Derecho de la Unión en el Derecho nacional en cada caso configurado. En definitiva, se trata de supuestos en los que la legitimidad de la *res pública* europea puede estar en juego, y esta consideración debe encontrar adecuada respuesta”²⁹⁵. Por todo ello, concluye, “una clausula característicamente abierta como es la que hoy se recoge en el apartado 1 del artículo 51 de la Carta necesita de una determinación básica de su sentido. Ello debe tener lugar, en

²⁹² Vid. Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón en el Asunto C-617/10 publicadas el 12 de Junio de 2012.

²⁹³ Párr. 35.

²⁹⁴ Párr. 37. Cursiva en el original.

²⁹⁵ Párr. 41.

primer lugar, mediante la determinación de diversas situaciones en la que el desplazamiento de la garantía de los derechos fundamentales desde los Estados hacia la Unión puede encontrarse, en línea de principio, justificado. En segundo lugar, considero, que una ponderación de las circunstancias concretas de cada caso debe permitir un juicio final y definitivo respecto de la adscripción de la responsabilidad de la garantía ya sea a la Unión, ya sea a los Estados”²⁹⁶.

Su argumentación, transcrita en los aspectos que hemos considerado más relevantes en el párrafo anterior, es demasiado abstracta como para permitir juicios precipitados. En todo caso está necesitada – a nuestro juicio – de precisiones y concreciones. Lo que no podemos admitir, de ningún modo, es que haya habido un desplazamiento de la responsabilidad de protección de los Derechos Fundamentales por parte de los Estados a la Unión Europea, si quiera en algunas áreas. La responsabilidad universal de protección de los Derechos Fundamentales sigue recayendo en los Estados, aunque estos hayan decidido que cuando el conflicto tenga lugar a propósito de la aplicación del Derecho Comunitario decidan los jueces comunitarios (que son también jueces nacionales), y en última instancia el Tribunal de Justicia, de acuerdo con las disposiciones de la Carta.

En la Sentencia de 26 de Febrero de 2013, que resuelve el caso, el Tribunal de Justicia va todavía más allá que el Abogado General²⁹⁷ – puesto que éste, en conclusión, aun consideraba que debió considerarse incompetente para conocer del caso – y afirma que “Cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad de los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, en una situación en que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y Tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (...) A estos efectos, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales deban interpretar las disposiciones de la

²⁹⁶ Párr. 46.

²⁹⁷ Hasta este momento, la jurisprudencia del TJUE mantenía, de modo inequívoco, que la obligación de respetar los Derechos Fundamentales definidos en el marco de la Unión se imponía a los Estados solamente en el marco de aplicación del Derecho de la Unión (*Vid.*, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*. Sanz y Torres. Madrid. 2011. P. 109.).

Carta, tienen la posibilidad y, en su caso, la obligación de plantear una petición de decisión prejudicial....”.

Teniendo en cuenta lo expuesto y haciendo un esfuerzo de concreción nosotros sostenemos: a) que la Carta de Derechos Fundamentales, en la interpretación que le dé su máximo intérprete (el Tribunal de Justicia) es jurídicamente vinculante para el juez nacional, y el único catálogo de referencia, cuando se trate de ejecutar los actos legislativos comunitarios que tienen eficacia directa. En estos casos, el único catálogo de derechos de referencia para el juez nacional (que es juez comunitario) es la Carta. Es más, en el caso de posible duplicidad de derechos en las Constituciones de los Estados miembros y en la Carta de Niza, los jueces estarán vinculados a la interpretación que de dicho precepto haya hecho, el Tribunal de Justicia. Es menester hacer notar que aquí, el juez nacional incluye también al Tribunal Constitucional²⁹⁸, que apartándose aparentemente de su anterior jurisprudencia²⁹⁹ admitió recientemente elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, preguntando a este órgano la interpretación, que de acuerdo con la Carta de Derechos Fundamentales, debía darse a una determinada Decisión Marco de la Unión Europea³⁰⁰. b) En el caso de normas nacionales en trasposición de las directivas de la Unión Europea, tampoco puede haber duda de que la solución es la misma que en el caso anterior por cuanto la norma nacional recoge exactamente las disposiciones de la directiva, pues el control que pueden hacer los órganos comunitarios se basa en los mismos fundamentos que cuando se sostiene el incumplimiento del Derecho Comunitario por una trasposición defectuosa. La argumentación del Profesor y Abogado General P. Cruz parece dirigida a sostener, en definitiva, que también aquí la Carta de Derechos Fundamentales entra en juego, y con ella, la competencia del TJUE. Desde nuestra concepción dualista del Derecho, a nadie puede extrañar que, por entender nosotros que el ámbito de aplicación nacional es Derecho estatal, y no Comunitario, la solución deba ser la misma que en el caso de

²⁹⁸ Cfr., a este respecto, FONDEVILA MARÓN, M. *La Disolución de la Soberanía ...* P. 394.

²⁹⁹ Vid., por ejemplo, STC 28/1991. En realidad, esta Sentencia y el Auto citado *infra* no son absolutamente incompatibles. No ha dicho, el Tribunal Constitucional, en este Auto, que el Derecho Comunitario forme parte del bloque de Constitucionalidad o pueda servir para enjuiciar la constitucionalidad de una norma. Ha dicho, en síntesis (Fdto jco 4, apartados “b” “c”) que el incorrecto conocimiento del juez nacional del Derecho Comunitario puede vulnerar el Derecho Constitucional a la tutela judicial efectiva.

³⁰⁰ Vid. ATC 86/2011. Y para un comentario completo ARROYO JIMENEZ, L “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional: bases, contenido y consecuencias” en *Indret*. Nº 4 (2011). Cuestión prejudicial que obtuvo respuesta negativa en la STJUE Melloni, de 26 de Febrero de 2013.

aplicación pura y simple de una norma nacional. Como acabamos de ver, para el Tribunal de Justicia, cuando exista un vínculo entre el Derecho de la Unión y la normativa nacional, aunque ésta no sea en trasposición de aquel, también se aplica la Carta de Derechos Fundamentales, si tiene un estándar más elevado de protección³⁰¹. De esta tesis discrepamos por razones que hemos expuesto en otro lugar, pero teóricos y sobre todo prácticos del Derecho deberán tenerla presente en sus argumentaciones³⁰². c) En el caso de no encontrarnos ante un supuesto de aplicación del Derecho Comunitario, es obvio, la Carta no se proyecta sobre el Derecho nacional. No se proyecta, como decimos, de modo directo, pero sí como parámetro de interpretación de los Derechos Fundamentales que estén reconocidos en la Constitución, en nuestro caso, por imperativo del artículo 10.2 CE una vez que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos Fundamentales, es un Tratado Internacional más. Es decir, aunque no podrá ser directamente invocada por los litigantes de un proceso, ni utilizada de modo directo por el juzgador para la resolución del conflicto, en tanto que es una declaración de derechos más moderna, y por lo tanto, más conectada con la realidad social actual servirá para complementar el contenido de derechos constitucionales que puedan tener, de ser el caso, una redacción algo menos precisa³⁰³. Por ejemplo: el artículo 15 de la Constitución Española, puede ver complementado su contenido, en un litigio concreto, con el artículo 3.2 CDFUE. Los derechos sociales, aunque en nuestra Constitución estén expresamente excluidos del procedimiento de amparo (art. 53 CE) y aunque el paradigma dominante del positivismo jurídico los sigue considerando meras normas programáticas, a pesar de lo que se podía deducir de la propia estructura de la Carta, también pueden verse favorecidos, aun cuando nos movamos en el ámbito competencial puramente interno, por las disposiciones de la Carta. En primer lugar porque la Constitución, como norma jurídica, vincula a todos los poderes públicos y no sólo a los tribunales de justicia, por lo que si atendemos al artículo 41 CE, en relación con el artículo 34 CDFUE, podemos interpretar el primero (derecho a la seguridad social) al amparo del segundo en el sentido de que la seguridad social deberá ofrecer, al menos, las prestaciones que en este se contienen. En segundo lugar, en caso de que los poderes públicos incumplan su obligación de mantener un sistema de aseguración

³⁰¹ Vid. Parr. 28 de la Sentencia de 26 de Febrero de 2013.

³⁰² Cfr., FONDEVILA MARÓN, M. “El modelo confederal e imperfecto de protección de Derechos Fundamentales en la UE”. *Revista de Derecho de la UNED*. Nº11. Pp. 317-332.

³⁰³ Vid., MARÍN AÍS, R. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en España con el Tratado de Lisboa”. En *Revista Digital de la Facultad de Derecho UNED*. Nº 2 (Monográfico Premios García Goyena) (2010). Pp. 8 y ss.

público que contenga al menos las prestaciones del art. 34 CDFUE, podrán, los órganos legitimados para ello interponer recurso de inconstitucionalidad, con base, lógicamente, en el artículo 41 CE, pero interpretado conforme al 34 CDFUE.

La tesis aquí expuesta es la única, a nuestro juicio, viable, teniendo en cuenta, por un lado, los principios de primacía y eficacia directa del derecho comunitario, y del otro, el principio de distribución de competencias del art. 51.2. Ahora bien, debemos reconocer que se enfrenta a una dificultad. En tanto que como hemos dicho no existe un procedimiento de amparo³⁰⁴ que los ciudadanos puedan ejercitar frente actos de las instituciones nacionales o comunitarias en aplicación del Derecho de la Unión, y por más que, en algún caso, la cuestión prejudicial pueda servir a tal fin, no es el procedimiento ideal para la protección de Derechos Fundamentales (razón por la cual existe en los ordenamientos constitucionales nacionales ambos) ¿Puede plantearse un recurso de amparo por violación del Derecho Comunitario de los Derechos recogidos en la Constitución? A nuestro juicio la respuesta es un sí, pero con importantes matices. La dualidad del ordenamiento constitucional y comunitario debería implicar una respuesta negativa, en el sentido de que no es una cuestión “constitucional” la aplicación del Derecho Comunitario, ni una cuestión “comunitaria” (que se pueda alegar frente al Tribunal de Justicia) la posible violación de un derecho reconocido en la Constitución. Sin embargo es imposible ignorar, de un lado, que existe una conexión última entre ambos órdenes que no puede ser ignorada, como ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional a partir de la STC 58/2004, y de otro lado, el principio de soberanía popular, que implica, entre otras cosas, que no tenga lugar una merma de los derechos de la ciudadanía como consecuencia del proceso de integración. Por eso a nuestro juicio es razonable y prudente, la solución intermedia sostenida por el Tribunal Constitucional Federal alemán en la Sentencia conocida como *Caso Bananas*³⁰⁵. En ella el Tribunal afirma que los recursos de amparo y las cuestiones de inconstitucionalidad de Tribunales que aleguen una lesión de los Derechos Fundamentales de la Constitución por parte del Derecho Comunitario no son admisibles *ab initio* cuando su fundamentación no evidencia que la evolución jurídica europea, incluyendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tras la publicación de la Sentencia *Solange II* haya reforzado el estándar necesario de protección de los

³⁰⁴ La posibilidad de que un ciudadano interponga recurso de anulación (art. 263 TFUE) debe ser considerado amparo directo.

³⁰⁵ Vid., Resolución de 7 de Junio de 2000.

Derechos Fundamentales. Por ese motivo, el amparo y la cuestión deben evidenciar que la protección de los derechos que se considera indispensable no se garantiza con carácter general, lo que exige una contraposición de ambos ordenamientos jurídicos. De esa contraposición debe resultar un “déficit estructural” en la protección de derechos. Este déficit estructural es más fácil que se dé si, como denunciamos, no existe un proceso asimilable al procedimiento de amparo en el Derecho Procesal europeo. Nuestro Tribunal Constitucional, en la STC 58/2004, también ha reconocido la posibilidad de un amparo impugnando la aplicación por parte de los poderes públicos del Derecho Comunitario en estos términos: es claro también que, en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un Derecho Fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 CE” y aunque los mismos puedan parecer más amplios que los del Tribunal Constitucional Federal alemán, en caso de producirse un conflicto en la actualidad, deberían matizarse consecuencia de la “objetivación” del amparo operada por la L.O 6/2007³⁰⁶, lo que en nuestra opinión, daría lugar a un resultado similar. Además, y aunque no se hubiese producido esta reforma, el Tribunal Constitucional debería ser, a la hora de examinar el concreto caso de amparo que denunciase una aplicación del Derecho Comunitario contraria a los Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución, consecuente con lo expresado en la DTC 1/2004 (posterior a esta sentencia) sobre primacía del Derecho Comunitario y Derechos Fundamentales de la Constitución. Y ello, porque como allí se dijo, hoy en día, con todo, esta posibilidad es poco más que una hipótesis remota. Además, téngase en cuenta, que cuando el TCF dictó esta Resolución, en 2000, y cuando el nuestro se pronunció en 2004, la Carta de Derechos Fundamentales no tenía carácter vinculante, y por lo tanto, no había, en el marco de la Unión, sistema alguno de protección de derechos como tal.

³⁰⁶ Ello se ha llevado a cabo, a través del requisito de especial trascendencia constitucional por el cual, y como indica la doctrina, el TC deja prestar una tutela subjetiva de los Derechos Fundamentales de los individuos, que pasa a ser responsabilidad de la jurisdicción ordinaria, y sólo excepcionalmente, al Tribunal Constitucional. (Cfr., por todos, Cfr. ARAGON REYES, M. “La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 85 (2009). P. 40).

En conclusión: la Unión Europea no es un Estado, y ello condiciona que la responsabilidad última de protección de los Derechos Fundamentales recaiga en los Estados. Pero ello no es óbice para afirmar que su sistema de protección de Derechos, especialmente en lo que se refiere a las garantías, es deficiente no sólo respecto de los Estados sino de otras organizaciones internacionales como el Consejo de Europa.

II.3.3) Otras Formas de Descentralización política en Europa.

Para terminar este Capítulo, analizaremos el caso de tres Estados, que si bien no pueden ser considerados federales, parecen caminar hacia una efectiva descentralización política, confirmando la tendencia que señalamos.

II.3.3.1) La Regionalización en Francia.

El proceso de regionalización de la otrora unitaria y jacobina Francia se ha visto favorecido por un contexto de descentralización más amplio en la Unión Europea, pues, como dice la Profesora C. Zoco, los nuevos entes territoriales han empezado a establecer comunicaciones con los entes territoriales de otros Estados y con las instituciones europeas, suponiendo este hecho un incentivo indirecto – en su opinión – a la descentralización operada por Ley Constitucional de 28 de Marzo de 2003³⁰⁷.

La descentralización en Francia, después del fracaso de las leyes de regionalización que intentó impulsar De Gaulle en 1969 se consiguió, entre 1982-1983 cuando se aprobaron una serie de leyes que permitieron la descentralización administrativa³⁰⁸.

³⁰⁷ Cfr., para un análisis algo más profundo, ZOCO ZABALA, C. “Revisión Constitucional en Francia: La redefinición del modelo de descentralización administrativa” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. nº 72 (2004) pp. 165-166. Igualmente la Profesora C. Bertolino (Cfr.. BERTOLINO, C. “Córscica, una Regione autónoma nella Francia unitaria?” en *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*. 2002 (4) P. 1426), achaca a la política europea el reclamo de un mayor reconocimiento de la diversidad cultural en Francia.

³⁰⁸ Para una Historia más completa, aunque breve, que se remonta a 1792, Vid. ANGUITA SUSI, A. “Las bases jurídico-constitucionales del proceso de descentralización en Francia” En *Revista de Derecho UNED* Nº 2 (2007). PP. 269-272.

Finalmente, y este es el fenómeno en el que nos vamos a concentrar aquí, en 2003, se aprueba una reforma constitucional que, en lo fundamental implica: a) En primer lugar, se modifica el artículo 1 de la Constitución que reconoce ahora que la organización territorial de Francia es descentralizada; b) Se introducen importantes modificaciones en el Título XII de la Norma Fundamental, relativo a las colectividades territoriales: 1) lo primero que llama la atención es la referencia al principio de subsidiariedad (art. 72, párr. 2), que como veremos también tiene una importancia especial en el Tratado de Lisboa; 2) Las Regiones pueden derogar, a título experimental, disposiciones legislativas o reglamentarias cuando no se traten de un ejercicio del poder público, y cuando recaigan sobre aspectos de su competencia; 3) Se establece también la posibilidad de que tanto el poder central como el gobierno regional convoque a la población de una Región para dar una opinión en referéndum (art. 72-1); 4) Es muy importante, tal y como generalmente señala la doctrina, la autonomía financiera que se concede a las regiones, garantizando el artículo 72-2 que todo traspaso de competencias vendrá acompañado de una transferencia económica; 5) La posibilidad de un traspaso, mediante ley, de competencias a las regiones (art. 73³⁰⁹), por ejemplo, en lo relativo a la formación profesional de adultos y adolescentes mayores de 16 años; 6) Por último, se prevé la aprobación de Estatutos especiales para las Regiones de Ultramar. c) Fuera de este título XII, debemos mencionar, por ser relevantes para nuestro objeto de estudio, dos últimas innovaciones introducidas por la reforma de 2003: 1) En primer lugar la posibilidad de introducir por ley o reglamento disposiciones de carácter experimental en un territorio determinado (art. 37-1) y; 2) En segundo lugar, el reforzamiento del Senado (que respondía, en Francia, en su origen, a una Cámara de segunda lectura) como Cámara de Representación Territorial, dada cuenta de lo dispuesto en el último inciso del artículo 39, según el cual, los proyectos de Ley que versen sobre aspectos territoriales deben previamente sometidos al Senado³¹⁰.

Qué duda cabe que, aun cuando como hemos visto, los cambios constitucionales de 2003 son de gran importancia, sobre todo teniendo en cuenta el hecho de proceder de un Estado que con anterioridad a 1970 era paradigma de la

³⁰⁹ Advertencia: este artículo, a tenor de lo dispuesto en la Ley Constitucional nº 2008-724, entra en vigor en las condiciones que la ley necesaria para su desarrollo determine.

³¹⁰ Vid. GAROT, M-J. “Los procesos de regionalización en la Unión Europea. Dos casos: España e Italia”. Los procesos de regionalización en la Unión Europea. Dos casos: Italia y Francia”. Artículo en internet: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1024505. También, para una información acerca de cómo se llevó a cabo la mencionada reforma “Actualidad Política y Constitucional Francesa (2002-2003)” En Teoría y Realidad Constitucional. nº 12-13 (2003-2004).

centralización, la misma lectura de los preceptos que hemos indicado no deja lugar a dudas de que, por supuesto, no se ha operado en Francia un cambio, ni mucho menos, en sentido federal. Tan pocas dudas, a nuestro juicio, pueden albergarse, que ni siquiera será necesario que en este apartado, confrontemos los caracteres de la descentralización francesa con los que hemos dicho que forman el tipo federal. Y ello porque, como señala la doctrina, la Constitución francesa, aún después de las modificaciones efectuadas, no reconoce ninguna suerte de autonomía política a los entes territoriales: así pues, como señala la Profesora C. Zoco, a diferencia de cómo ocurre por ejemplo en España, la Constitución no establece, tal y como ha dictaminado nuestro Tribunal Constitucional para el caso de España³¹¹, un mínimo de autonomía local a los nuevos entes regionales creados por la reforma constitucional de 2003, pues el legislativo puede desautorizar la participación local en el ámbito de las competencias que le son propias³¹². En definitiva, y como señala el Profesor A. Anguita, se trata de una reforma que permite al legislador descentralizar, pero que no descentraliza³¹³ y, en todo caso – insistimos – lo que se delegó en las regiones no es más que un *poder reglamentario* y una “participación” en la legislación, además de una eventual posibilidad de exceptuar la aplicación de una regla general, tal y como se deduce de los preceptos constitucionales nuevos antes mencionados, nunca una potestad legislativa plena en las materias de su competencia.

Es necesario, y para terminar, que hagamos aunque sólo sea una breve referencia, a la situación de dos Regiones particulares de Francia que, sin embargo, quedan fuera de las regiones de Estatuto especial (art. 74) mencionadas en el artículo 72-3 de la Constitución. En primer lugar el territorio de ultramar de Nueva Caledonia, el cual se somete a las disposiciones contenidas en el Título XIII de la Carta Fundamental. De acuerdo con las disposiciones que allí se contienen, y como es sabido, en este territorio se celebrará, antes de 2018, un referéndum para determinar si siguen formando parte de la República francesa o finalmente se independizan. En segundo lugar, mención aparte merece también la isla de Córcega, la cual, si bien no tiene un Estatuto especial al abrigo del artículo 74 por no estar dentro de las Regiones de ultramar, se ha venido rigiendo, ya desde la primera ola descentralizadora de los años 70, por Estatutos especiales (el primero de 1972 y el segundo de 1991) creados al amparo del artículo 72

³¹¹ STC 32/1981 Fdto jco 3º.

³¹² Cfr. ZOCO ZABALA, C. “Revisión Constitucional en Francia...”. p. 173.

³¹³ Vid. ANGUIA, A. “Las bases jurídico-constitucionales del proceso de descentralización en Francia...” p. 280.

de la Carta Fundamental³¹⁴. La especificidad de esta isla viene marcada tanto por razones geográficas (su ubicación en el mediterráneo) razones lingüísticas (el idioma vernáculo es el corso) como por un cierto carácter especial del pueblo corso, señalado por la Profesora C. Bertolino³¹⁵, respecto a la desafección que parecen sentir respecto de las instituciones públicas y la justicia estatales. Por estas razones, ya con carácter previo a la reforma de 2003 fue aprobada la Ley n. 92 de 2002, que modifica algunos preceptos del Código General de las Colectividades Territoriales³¹⁶ para otorgar a la Asamblea de Córcega un poder de deliberación general sobre los asuntos de su competencia (art. L. 4424-1), poder que, huelga decir, es reglamentario (art. L. 4424-2.II). Después de la reforma constitucional, y en aplicación de lo previsto en el art. 72-1 de la Constitución se celebró, un referéndum para crear una Colectividad única descentralizada para Córcega que, por varios motivos, fracasó³¹⁷, alcanzando el no el 50.98% de los votos.

Por tanto, y al igual que sucede con el caso de la Gran Bretaña, que veremos después, resulta difícil extraer conclusiones (la reforma constitucional tiene apenas 11 años y las innovaciones que supuso no han sido del todo desarrolladas). Habrá que ver qué sucede finalmente con Córcega y Nueva Caledonia, y esperar, como en el caso británico, a ver qué resulta del juego de fuerzas políticas. En todo caso, nos interesa poner de manifiesto la existencia de corrientes contrapuestas porque, incluso en ultramar, también fracasó el referéndum celebrado en Martinica (antigua potencia colonial) el 10 de Enero de 2010, donde esta vez la propuesta autonomista salió derrotada por el 80% de los votos.

II.3.3.2) La Regionalización en Portugal.

El caso de Portugal presenta una particularidad que debemos mencionar a modo de advertencia preliminar: se da la extraña circunstancia de que la institución de la regiones administrativas continentales, previstas desde la aprobación de la Constitución de 1976 no se ha verificado todavía, más de 30 años después. Este hecho,

³¹⁴ Cfr. BERTOLINO, C. "Corsica. Una Regione...". P. 1428.

³¹⁵ *Ibidem.* p. 1429.

³¹⁶ Después de que el Consejo Constitucional la avalase en la Decisión 2001-454.

³¹⁷ El referéndum estuvo marcado por varios hechos entre los que destaca la detención de Yvan Colonna por haber supuestamente causado la muerte al prefecto francés. Este hecho propició que los independentistas retirasen, en el último momento, su apoyo al "SI". Como es lógico, el incidente provocó un aumento de la violencia en los días previos a la celebración del plebiscito.

consecuencia de las grandes discrepancias que existen en el país vecino respecto al modo en que debe llevarse a cabo esta regionalización³¹⁸ debe ser tenido en cuenta para contextualizar todo lo que brevemente vamos a exponer a continuación, ya que, si bien en la actualidad sólo existen como regiones político-administrativas las islas de Azores y Madeira, a las que por sus características socio-geográficas y mayores deseos de independencia la Constitución de 1976 permitió mayor nivel de autogobierno³¹⁹, nosotros hemos optado aquí por explicar el régimen previsto en la Norma Fundamental.

Comenzando por las Regiones Administrativas previstas en los artículos 255 y siguientes de la Constitución, lo primero que hay que destacar es que 35 años después de la entrada en vigor de la Carta Fundamental nos encontramos con la sorprendente situación de que no se ha cumplido dicho mandato constitucional. Desde la aprobación de la Constitución y hasta 1998 la idea fue simplemente aparcada debido a la disparidad de opiniones políticas al respecto. Por *Lei Constitucional 1/97* se modificó la Constitución estableciendo, en su artículo 256.1, la obligación de que la creación de las regiones administrativas dependiesen de aprobación mediante ley y del voto favorable de la mayoría de ciudadanos en referéndum que, de acuerdo con el artículo 115.11 CP (también añadido en la 4ª modificación constitucional) sólo tiene efectos vinculantes en caso de superarse el 50% de participación. Así, el 8 de Noviembre del año siguiente se propuso a referéndum la regionalización administrativa del territorio continental en un

³¹⁸ Estas causas varían mucho según los autores. A los efectos del discurso que hemos mantenido en estas páginas debe llamar la atención el hecho, apuntado por la Profesora M. Salema en el trabajo citado, de que quizás, la cooperación interregional para asuntos europeos ha podido suponer alguna dificultad en la concreción del proceso de descentralización en el continente, porque ya hay territorios portugueses que han creado zonas de cooperación con Galicia, por ejemplo, para recabar fondos europeos. La creación de entidades gubernativas regionales que no coincidan con lo establecido en estos acuerdos interregionales podría dar lugar a dificultades en la práctica.

De todas formas hay que tener en cuenta, al margen de la variable comunitaria que en Portugal un buen sector de la población (piénsese, como vamos a ver inmediatamente en que 2/3 de los portugueses rechazaron la propuesta regionalista en el referéndum de 8 de Septiembre de 1998), la clase política y la intelectualidad rechazan la idea de regionalizar el territorio continental. El Profesor A-X López Mira resume los argumentos empleados (Vid. LOPEZ MIRA, AX., “La Regionalización en Portugal” *Revista de las Cortes Generales*. Nº 53 (2001) pp. 111-198. Epígrafe 4.1) en siete, a saber: 1) La quiebra de la unidad nacional portuguesa 2) La falta de tradición regional 3) Dificultad de la división territorial 4) El riesgo de una mayor burocratización 5) El riesgo de la cifra de cargos políticos 6) La pequeñez territorial del Estado Portugués y, por último 7) Que se agravarían los problemas económicos y sociales del país. Pero lo más importante sea quizás la constatación de que la clase política cambia de opinión dependiendo de si está en el gobierno o en la oposición. Este trabajo, por lo demás muy completo, resulta enormemente interesante para quien desea conocer la actualidad constitucional de Portugal por lo que respecta a su organización territorial.

³¹⁹ Vid. el artículo 225 CP en la redacción ofrecida por la Ley Constitucional de IV modificación de la Constitución nº 1/1997.

acto que fue un sonoro fracaso desde todos los puntos de vista³²⁰. En primer lugar porque, si bien por un estrecho margen, no se alcanzó el porcentaje mínimo de participación al que nos acabamos de referir³²¹ y, en segundo lugar, porque tanto a la pregunta genérica de si estaría Ud. de acuerdo con la regionalización del territorio continental como con la pregunta concreta acerca de si apoyaba el proyecto concreto de creación de su región un porcentaje muy similar superior al 60% respondieron negativamente, y de una forma bastante homogénea excepto en el Alentejo. Desde entonces y hasta nuestros días todo parece indicar que el proyecto de regionalización administrativa del territorio continental vuelve a estar en “hibernación”.

Ahora bien, si esto es así para las regiones administrativas continentales, también es de justicia señalar que en lo que respecta a las regiones político-administrativas han alcanzado desde la aprobación de la Constitución de 1976 hasta nuestros días un estatus político que casi las equipara con los Estados federales. Tienen, insistimos, sólo estas dos Regiones, competencias legislativas propias protegidas por la Constitución³²².

Así, como señala el Profesor A. D’Oliveira, en el trabajo citado:

“Con un alcance político, corresponde a las regiones especialmente: crear, extinguir o modificar *autarquías locais*; aprobar el plan de desarrollo económico y social; el presupuesto y las cuentas de la región; participar en la elaboración de planes nacionales; en la elaboración de las políticas tributaria, monetaria, financiera y cambiaria; en las políticas relativas a aguas territoriales, a zona exclusiva y a los fondos marinos contiguos; pueden también las regiones participar en negociaciones de tratados y acuerdos internacionales, así como en el proceso de integración europea mediante representación o delegación, etc.”³²³.

Fijándonos en este resumen llama la atención, en primer lugar, la competencia en materia internacional que como hemos visto en los capítulos anteriores caracteriza a las regiones de los Estados propiamente federales. En el mismo sentido, a lo mencionado por el Profesor de Luisiana habría que añadir la competencia de las Regiones para acudir al Tribunal Constitucional en defensa de su autonomía constitucionalmente garantizada en el artículo 227 del Texto Constitucional. Así, el artículo 281.2.g C.P concede el poder tanto a las Asambleas Legislativas, al presidente de éstas, al presidente del gobierno regional, o a un décimo de las asambleas legislativas

³²⁰ Para un análisis completo de todo lo que sigue Vid. LOPEZ MIRA, AX. “La Regionalización...” Epígrafe 4.1.

³²¹ La participación fue de un 49.16%.

³²² Cfr., SALEMA, M. “La división de competencias y la resolución de conflictos entre el poder central y las regiones autónomas” en *Revista de Estudios Políticos*. nº 60-61 (1988). Pp. 891-909.

³²³ Vid. D’OLIVEIRA MARTINS, A. “El regionalismo portugués...”. p. 98. Esto es solamente un resumen, para una relación más exhaustiva de las competencias de las Regiones, contenidas en diversos preceptos diseminados a lo largo de la Constitución de 1976 Cfr. MIRANDA, J. “As regiões autónomas” en TAJADURA TEJADA (coord.) *La Constitución Portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después*. CEPC. Madrid 2006. Pp. 195-200.

para acudir al Tribunal Constitucional en defensa de los derechos del Estatuto Regional. Por su parte, el artículo 281.1.d C.P establece la competencia de control abstracto de constitucionalidad de las normas emanadas de los órganos que representan la soberanía que se dicten en violación de lo dispuesto en los Estatutos de las Regiones Autónomas³²⁴. Esta autonomía constitucionalmente garantizada es la esencia, como vimos, de un Estado federal. Así pues, las Regiones Autónomas tienen relativamente amplios poderes de participación en la legislación nacional, que van desde el poder constitucionalmente establecido en el artículo 227.1.e de iniciativa legislativa ante la Asamblea de la República y el derecho de audiencia (en algunos casos legalmente obligatoria) hasta determinadas formas de cooperación intergubernamental³²⁵, aunque se excluye la posibilidad de las regiones de participar en la reforma constitucional (arts. 284 y ss.) ni siquiera a través de un órgano de carácter nacional como el Senado, pues no existe en Portugal. Es decir, cabe la posibilidad, al menos en hipótesis, que si bien la autonomía política de las Azores y Madeira no pueda ser suspendida o limitada por ley ordinaria (como ocurre en Gran Bretaña y Francia), pueda, sin embargo, ser alterada por una *Lei Constitucional* aprobada por 2/3 de la Asamblea de la República³²⁶ sin que representantes de estas regiones hayan tenido la más mínima intervención. Esto, según los propios parámetros que nosotros hemos establecido en el Capítulo I, no impide – en principio - que el Estado pueda considerarse federal. La protección constitucional de los entes autónomos no tiene, necesariamente, que garantizarse mediante su participación en el procedimiento de reforma de la Constitución. Lo que ocurre es que no existiendo cláusulas de intangibilidad haría falta que doctrina, y en último caso, el Tribunal Constitucional de aquel país, considerase la forma territorial del Estado como un límite material implícito a la reforma para que pudiéramos asegurar que existe esta garantía³²⁷. Es, por lo tanto, el hecho de que las Regiones Autónomas a las que nos estamos refiriendo son territorios insulares bajo la soberanía portuguesa mientras que el territorio continental sigue siendo un Estado unitario y centralizado por lo que deseamos actualmente la idea de federalismo portugués.

³²⁴ Se debe advertir que la *Lei Constitucional* 1/2004 eliminó (vid. arts. 40 y 41) del artículo 280.2.b y 281.1.c de la Constitución portuguesa la referencia a las Leyes Generales de la República, reforzando así la autonomía de las regiones.

³²⁵ Cfr. MIRANDA, J. óp. cit. pp. 200-202.

³²⁶ Vid. artículo 286 C.P.

³²⁷ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. *Reforma versus revolución Consideraciones desde la teoría del Estado y de la constitución sobre Los límites materiales a la revisión Constitucional*. Porrúa. México. 2014.

En conclusión, una vez más la prudencia nos llama a no hacer conjeturas, y nos conformamos con constatar que al igual que Gran Bretaña y Francia, Portugal se halla en un proceso de cambio donde confluyen tendencias políticas de signo contrapuesto.

II.3.3.3) La Devolution británica.

La doctrina³²⁸ que se ha ocupado de explicar la *devolution* la caracterizan por la existencia de tres elementos, a saber: i) La existencia de dos entes políticos ii) que

³²⁸ No soy partidario, por lo general, de las relaciones bibliográficas a no ser que se haya tomado una idea directamente del texto mencionado, pero como hemos comprobado, en nuestra tarea de investigación, que no es fácil encontrar bibliografía, al menos en nuestro idioma, sobre el tema ofrecemos al lector una bibliografía original básica sobre el tema: KING, A. *The British Constitution*. Oxford University Press. 2007; MIDWINTER, A. "Resource Allocation in the UK: A Rejoinder on Needs Assessment" En *Regional Studies* n° 36 (2002) pp. 563-567; TRENCH, A. "The Calman Commission and Scotland's Disjointed constitutional debates" En *Public Law* (2009) 686-696; HADFIELD, H. "Devolution, Westminster and the English Question" En *Public Law* (2005) WINETROVE, B. "A Partnership of the Parliaments" En HAZELL, R. Y RAWLINGS, R. *Devolution, Law Making and the Constitution*. Imprint Académic. Éxeter. 2005. RAWLINGS, "Law Making in a Virtual Parliament: the Welsh Experience" En HAZEL, R y RAWLINGS, R (eds). *Devolution, Law... óp. cit* ; HIMSWORTH, C. "Devolution and its Jurisdictional Asymmetries" En *Modern Law Review* 70(1) pp. 31-58; BIRREY, D. "Divergence in Policy Between Great Britain and Northern Ireland in the Case of Local Taxation" En AA.VV. *Public Money and Management*, November 2007, Pp. 323-330; MCMILLIAN, J y MASSEY, A. "Central government and devolution" En O'NEIL, M (ed). *Devolution and British Politics*. Longmans. London 2004. MORRISON, J. "The Government-Voluntary Sector Compacts: Governance, Governmentality, and Civil Society" En *Journal of Law and Society* n° 27 (2000) Pp. 98-132. MORRISON, J. "Democracy, Governance and Governmentality: Civic Public Space and Constitutional Renewal in Northern Ireland" *OJLS*, Vol.21, No.2 (2001), 287-310; SHAW, J, MACKINNON, D, y DOCHERTY, J. "Divergence or convergence? Devolution and transport policy in the United Kingdom" En *Environment and Planning C: Government and Policy* 2009. Vol. 27, Pp. 546-567; KEATING, M. "Policy Convergence and Policy Divergence in Scotland under Devolution" En *Regional Studies*. Vol 39.4 (June 2005). pp.453-463. BAMFORTH, N y LEYLAND, P. "Public Law in a Multi-Layered Constitution" En BAMFORTH, N y LEYLAND, P (Eds) *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford Hart Publishing, 2003; LEYLAND, P. "Fiscal Federalism" and Reforming the Financial Parameters of Devolution: Italy and the UK compared" En *Percorsi costituzionale*, I-2009 Pp.237-247; LEYLAND, P. "Il British-Irish Council: governance multilivello e cooperazione intergovernativo dopo la devolution" En FROSINI, J (ed) *Isole nel diritto pubblico comparato ed europeo*, Giapichelli, Torino 2007; LEYLAND, P. "Inter-governmental Relations Post-Devolution in the UK: Coordination, Cooperation and Concordats" En ALVAREZ CONDE, E, PEGORARO, L y RINELLA, A (eds). *Regional Councils and Devolved Forms of Government*. Clueb. Bologna (2006) Pp. 155-179. RAWLINGS, R. "Hastening Slowly: The Next Phase of Welsh Devolution" En *Public Law* (2005) Pp. 824-852. RAWLINGS, R. "Shock of the New: Devolution in the United Kingdom" En RIEDEL, E (Hrsg). *Aufgabenverteilung und Finanzregimes in Verhältnis zwischen dem Zentralstaat and seinen Unterreinheiten* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001; RAWLINGS, R. *Delineating Wales: Constitutional, Legal and Administrative Aspects of National Devolution*. University of Wales Press. Cardiff. 2003; RHODES, R, CARMICHAEL, P, MCMILLAN, M y MASSEY, A. *Decentralizing the Civil Service: From unitary state to differentiated polity in the United Kingdom*. Open University Press. Buckingham. 2003. HAZEL, R. *The English Question* Manchester University Press, Manchester 2006; BOGDANOR, V. *Devolution in the United Kingdom*. Oxford University Press. Oxford. 1999. HOPKINGS, J. *Devolution in context*. Cavendish. London 2002.

uno de esos entes políticos tenga una base territorial de carácter regional iii) la transferencia de poderes de carácter político del poder central a dicho ente territorial.

Porque desde nuestra concepción antiformalista del Derecho Constitucional no identificamos rigidez con la mera existencia de un procedimiento agravado de reforma, no creemos que no exista en Gran Bretaña una Constitución escrita y rígida. Incluso quien, como el M García Pelayo, en su monumental *Derecho Constitucional Comparado* habla de “Constitución flexible”, porque en principio puede ser modificada por el mismo Parlamento que la aprobó por el procedimiento ordinario, (y además, lo celebra, porque le permite adaptarse sin obstáculos jurídico-formales a realidades cambiantes y transitorias) reconoce, sin embargo, con rigor, que se debe entender que existe un núcleo irreformable (que el identifica con el estatuto de Westminster que regula las relaciones entre el Reino Unido y los dominios)³²⁹.

Aunque compartimos, con el Profesor J.J Solozabal, que para hablar de federalismo no es posible que la autonomía de los entes territoriales esté a disposición del legislador ordinario, no es del todo cierto – como él sostiene - que el Parlamento de Westminster pueda mañana, por ejemplo, legislar sobre las material que no se ha reservado en la *Scotland Act* o, decidir suprimir definitivamente la autonomía de cualquiera de las tres regiones (Escocia, Gales, e Irlanda del Norte) a las que ha traspasado competencias de gobierno³³⁰.

Los juristas continentales no podemos anclarnos en nuestro modelo de Constitución, si hemos de extraer alguna consecuencia de Derecho Comparado respecto de la Gran Bretaña, a la hora de examinar el Derecho británico, y si la *devolution* fuese un principio secular en la Gran Bretaña (como por ejemplo, la Monarquía) nosotros no tendríamos problema alguno en aceptarlo como parte de su Derecho Constitucional y, por lo tanto, de su Constitución, que se ha interiorizado de tal manera por los británicos que, por ejemplo, su norma constitucional más antigua (la *Constitutional Act*) está vigente desde 1215. Ocurre no obstante, en primer lugar, que se trata de un fenómeno reciente, pues la descentralización política llega como consecuencia de una promesa electoral del Partido Laborista que se alza con el poder después de una larga época de thatcherismo marcada por la concentración de poder. En segundo lugar, si nos fijamos en el caso de Escocia, porque es ésta la Región que más nivel de autogobierno ha

³²⁹ Cfr., GARCÍA PELAYO, M. “Derecho Constitucional Comparado”...p. 453.

³³⁰ Cfr. SOLOZABAL ECHABARRÍA, J.J. “Sobre la *Devolution* en el Reino Unido (*Letter from London*)” en *Revista General de Derecho Constitucional*. nº 1 (2006) P. 5.

alcanzado comprobamos como se ha dado la circunstancia, además, que desde 1997 a 2007 ha coincidido que el primer ministro británico y el primer ministro escocés eran ambos miembros del partido laborista, lo que sin duda ha facilitado una obvia armonía entre ambos. La situación ha cambiado, después de que en 2007 se alzase con el poder en Escocia el partido independentista SNP (*Scottish National Party*) y en 2010, David Cameron, del partido conservador se aupase como Primer Ministro de la Gran Bretaña³³¹. Esta confluencia es la que ha permitido la celebración de un referéndum, el 18 de Septiembre de 2014, y que como todo el mundo sabe, arrojó un resultado negativo, se le presta mucha atención, también, desde Cataluña. En él, se realizó (por imposición de Westminster) una única y clara pregunta, a saber: *Do you agree that Scotland should be an independent country?* Un hipotético sí hubiese abierto un marco de negociación con la Gran Bretaña, la Unión Europea y otras Organizaciones Internacionales a fin de concretar los términos de la separación. Este referéndum ha sido orquestado a través de un acuerdo del gobierno del partido conservador David Cameron con el SNP escocés³³², que se materializaron en una reforma constitucional de la *Scotland Act*³³³, y en una *Scottish Independence Referendum Act*³³⁴. Sin poder entrar aquí, sin separarnos de nuestro objetivo, en un análisis exhaustivo de los aspectos de este referéndum constitucional, nos interesa señalar algunos aspectos llamativos, a saber: que vayan a poder votar todos aquellos mayores de dieciséis años, o la exigencia de una mayoría simple para validar el resultado. Ambos aspectos parecen criticables, pues una decisión tan importante, que probablemente no tenga marcha atrás, parece que debe exigir el juicio propio que se presume con la mayoría de edad, así un determinado nivel de consenso, que asegure que la voluntad de separación es clara, y no meramente coyuntural en el tiempo. Así se ha entendido, por ejemplo, en Canadá, tanto por el Tribunal Supremo como por el gobierno federal, que aprobó la “Ley de claridad” que, recogiendo la doctrina de aquel exige una “respuesta clara” del electorado para legitimar

³³¹ Al parecer, éste habría prometido a su homólogo escocés Alex Salmond la tan ansiada autonomía financiera que Escocia lleva reclamando desde el mismo momento en que la *Scotland Act* reservase la materia impositiva al Parlamento de Westminster (Vid. GIBERNAU, M. “Devolution and Independence in the United Kingdom. The Case of Scotland”. En *Revista d’estudis autonòmics i federals* nº 11 (Octubre 2010). P. 76), pero a pesar del carácter pragmático inglés no podemos soslayar la dificultad de que se alcancen acuerdos entre dos tendencias políticas tan contrapuestas, sobre todo, como señala la misma autora, en un contexto dificultado por la crisis económica (p. 69).

³³² Los términos del acuerdo pueden verse en el siguiente enlace web: <http://www.scotland.gov.uk/Resource/0040/00404789.pdf>.

³³³ *Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order 2013*, de 12 de Febrero consultable en <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2013/242/introduction/made>.

³³⁴ De 27 de Junio de 2013, consultable en: http://www.legislation.gov.uk/asp/2013/13/pdfs/asp_20130013_en.pdf.

el resultado. Incluso el propio Parlamento de Quebec, que aprobó una ley en muchos aspectos opuesta a ésta, establece la necesidad de que un referéndum de independencia obtenga el voto favorable del cincuenta por ciento más uno de los electores³³⁵. Este no es lugar oportuno, como es lógico, para conjeturar sobre si la celebración del referéndum escocés ha sido una excelente muestra del talante británico o una hábil estrategia del Primer Ministro, seguro de que el no vencería por amplia mayoría. Pero no está de más recordar, que sea de ello lo que fuere, la celebración del referéndum en Escocia, se pudo realizar, no sólo – por importante que sea – gracias al acuerdo político, sino con todas las formalidades legales que se deben a las características antes expuestas de su Constitución y teniendo competencia legal-constitucional para ello; algo de lo que, refiriéndonos a nuestro país, Cataluña carece manifiestamente³³⁶.

Un hecho significativo, del constitucionalismo británico es que el control jurisdiccional de las leyes en el sistema del Reino Unido afecte exclusivamente a los parlamentos de Escocia e Irlanda, pero no a las leyes procedentes de Westminster³³⁷. Desde que en 2009 entrase en funcionamiento la Corte Suprema del Reino Unido³³⁸ que previó la Ley de Reforma Constitucional de 2005, sustituyendo la competencia jurisdiccional que antes tenía la Corte de Apelaciones y la Cámara de los Lores y convirtiéndose por tanto en el Tribunal de última instancia en materia civil para toda la Gran Bretaña y penal para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte³³⁹, con competencia, para lo que a nosotros nos interesa, en “*devolution issues*” pero con poder para declarar la inconstitucionalidad únicamente, como hemos dicho, de los parlamentos regionales, ya que la *devolution* no discute el principio constitucional tan arraigado en la Gran Bretaña de “*parliamentary sovereignty*”. Por esta razón, este Tribunal no puede alterar la Orden del Parlamento del Reino Unidos (Sección 30(2) de la *Scotland Act* de 1998),

³³⁵ Sobre esto, Cfr., CASTELLA ANDREU, J. M^a. “Canadá: un laboratorio del federalismo”...P. 300 y ss.

³³⁶ Me remito a lo expuesto en FONDEVILA MARÓN, M. “Derecho a decidir y soberanía. A propósito de la STC 42/2014, de 25 de Marzo” *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 34 (2014). Epígrafe IV.

³³⁷ Cfr. SOLOZABAL ECHAVARRIA, J.J. “Sobre la *devolution*...”. P. 20.

³³⁸ Para la relación de esta Cámara con la *devolution* Cfr., HIMSWORTH, C. “*Devolution and its...*”. Pp. 37-40.

³³⁹ El sistema jurisdiccional británico requiere quizás una pequeña explicación. Aquellos interesados pueden verlo plasmado en un esquema en la página web de este tribunal (http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_StoryPanel_9_1100hx800w_v6.pdf), pero lo que a nosotros nos interesa destacar es simplemente que: primero, es la corte suprema en materia civil y penal para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, pues en materia penal, y en lo referente a Escocia es la High Court of Justiciary de Escocia. Se debe tener presente que si bien Westminster es el único sujeto legitimado para legislar en materia de Tribunales, existen tres modelos diferenciados de jurisdicción (ver esquema).

lo que se traduce en que no podrá entrar en el enjuiciamiento del referéndum siempre que éste se circunscriba a los términos de la disposición³⁴⁰.

Ahora bien, resulta difícil (aunque no imposible), extraer consecuencias en clave comparada para España, y en concreto, para la pretensión del gobierno de Cataluña de reproducir en nuestro país un referéndum con idénticas pretensiones. Pretensión que no ha disminuido por el resultado de éste en la isla. Las razones para no admitir la pretensión de los partidos nacionalistas de ámbito regional en España son fundamentalmente dos, difícilmente discutibles: a) la primera, la manifiesta falta de competencia de acuerdo a lo que establece el art. 149.1.32 CE; b) la segunda es que, aunque admitiésemos, que la competencia para convocar referéndums consultivos puede ser transferida por vía del art. 150.2 CE, lo cual no es pacífico entre la doctrina³⁴¹, nunca lo podría ser para convocar un referéndum independentista, pues ni siquiera las Cortes Generales pueden ejercer una competencia en un sentido destructivo con la Constitución. Si este referéndum ha sido posible en Gran Bretaña no es, en nuestra humilde opinión, como indica el Profesor V. Breda, porque la soberanía del Parlamento siga considerándose como un poder ilimitado e irresistible, no sometido a ningún límite (concepción que habría que considerar superada, por lo menos, aunque sea tan sólo atendiendo a su integración en la UE y porque si el Parlamento de Westminster no hubiese realizado la modificación constitucional tampoco sería legítimo), como porque los británicos, desde un sentido pragmático, han demostrado a lo largo de la Historia, una gran disposición para llegar a “pactos entre caballeros” en cuestiones político-constitucionales, en lugar de por cambios revolucionarios³⁴².

Otra dificultad que presenta el estudio de la *devolution* es su asimetría. En primer lugar nos encontramos con una devolución de poderes a las Regiones de Escocia, Irlanda del Norte y Gales y un simple proceso de regionalización en las regiones inglesas³⁴³. Pero es que incluso el nivel de competencias cedido es desigual dentro de cada proceso. Así por ejemplo a Escocia e Irlanda del norte se les cedió desde el primer

³⁴⁰ Sobre esto *Vid.*, BREDÁ, V. “La devolution de Escocia y el referéndum de 2014: ¿Cuáles son las repercusiones potenciales en España? En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 31 (2013). P. 78.

³⁴¹ *Vid.*, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *La Administración en el Marco Constitucional*. Fundación Instituto Gallego de Estudios Autonómicos y Comunitarios. Santiago de Compostela. 1992. P. 106

³⁴² *Vid.*, en el mismo sentido, DORREGO DE CARLOS, A. “El referéndum sobre la independencia de Escocia”. En *Cuadernos de pensamiento político Faes*. Abril/Junio 2012. P. 116.

³⁴³ *Vid.* BRADBURY, J (ed). *Devolution, Regionalism, and Regional Development. The UK experience*. Routledge. London. 2008. P. 9.

momento poderes legislativos plenos en materias no reservadas mientras que Gales tuvo únicamente cesión de competencias administrativas y de ejecución hasta 2006, donde le fueron transferidos algunos poderes legislativos, pero, sin embargo, el Secretario de Estado de Westminster para Gales mantiene poderes de veto sobre las decisiones legislativas que pueda adoptar la asamblea³⁴⁴. Por otra parte, si bien parece que aumenta la presión sobre el gobierno central con el amago de una posible independencia escocesa, la propuesta de 2004, votada en referéndum, para crear gobiernos elegidos democráticamente en la región noreste de Inglaterra recibió una respuesta negativa³⁴⁵. Así pues, parece que existen tendencias contrapuestas dentro de la misma Gran Bretaña.

Al margen de estas dificultades, que tan sólo nos conformamos con señalar, lo que nos interesa destacar, al hilo del discurso que hemos venido sosteniendo, es que como señala la doctrina, el proceso de devolución de poderes y regionalización en el Reino Unido viene favorecido por un contexto europeo más amplio³⁴⁶, y de hecho ya hemos visto como las regiones inglesas envían representantes, al igual que ocurre en los Estados propiamente federales, a los órganos de representación gubernamental de la UE. Por eso nuestra hipótesis en estas páginas es que lo más probable es que el sistema se generalice, como ha sucedido también en otros Estados antes unitarios que conocieron un proceso de federalismo disgregativo como España (donde no desaparecieron las asimetrías, y al menos hasta 2006 con la aparición de nuevos Estatutos de Autonomía que como hemos sostenido chocan de frente con el sistema constitucional, hasta 1992) o Italia (donde las regiones de autonomía ordinaria mantuvieron un estatus inferior hasta la reforma de 1999). Sin embargo, es menester advertirlo también, es pronto para sacar conclusiones, sobre todo, como ya hemos dicho, cuando el proceso de devolución se encuentra sometido a algunas incertidumbres, fruto, como hemos visto, por un lado, de la crisis económica actual (es obvio que el federalismo tiene un coste económico, consecuencia de la duplicidad de instituciones, cargos públicos, de eficacia por la demora temporal en la toma de decisiones etc. que para sus defensores se encuentra justificado por la mayor eficiencia que se consigue en la toma de decisiones y por el carácter democrático que tiene el acercar las instancias de poder al ciudadano) y por otro lado, por el hecho, señalado por

³⁴⁴ Cfr. GIBERNAU, M. "Devolution and independence...". P. 61.

³⁴⁵ Vid. BRADBURY, J. *Devolution, Regionalism...* P. 211.

³⁴⁶ *Ibidem*. P. 203.

el Profesor J. Bradbury, de que la *devolution* no ha dado, en Gales e Irlanda del Norte, el resultado que se esperaba en lo que respecta al desarrollo regional.

II.4) Conclusiones preliminares.

Al igual que la Tierra (de ahí la frase con la que introducíamos este Capítulo) el federalismo se mueve. Ello implica no sólo, como vimos en el Capítulo I que el mismo concepto debe adaptarse a la nueva realidad, para evitar una distancia distorsionante entre la realidad jurídica y la realidad política sino, además:

Existen dos tipos de Estados federales: los de integración y los de desintegración. En los Estados federales de integración, y en concreto, Estados Unidos, Alemania y Suiza la tendencia ha sido a la mayor centralización de competencias en manos de la Federación, aunque esta tendencia se ha visto invertida recientemente en los dos primeros Estados mencionados estableciéndose, en los Estados Unidos, mecanismos de colaboración legislativa entre la Federación y los estados y, en Alemania, mediante una reforma constitucional, en 2006 en la que, en resumidas cuentas, los *Länder* perdieron su capacidad de influencia en el Consejo Federal por la disminución del número de leyes que requieren el asentamiento de esta Cámara a cambio de disponer de un mayor número de competencias. Los Estados Federales de disgregación, y especialmente España y Bélgica, se muestran como una especie de Estados “inacabados” (si se nos permite la expresión) en que el traspaso de competencias del centro a la periferia es continuo, fruto de continuas tensiones territoriales que la experiencia comparada no parece demostrar que se resuelva ampliando el grado de descentralización.

Estados Unidos y Alemania son modelos paradigmáticos que tienen a imitarse por otros Estados cuando deciden discurrir por la senda del federalismo. Los resultados, que de acuerdo con las enseñanzas del Derecho Comparado podrían diferir simplemente por el hecho de importar instituciones pensadas para otra latitud geográfica y realidad social, no suelen ser los mismos, normalmente, en los Estados analizados (que guardan cierta cercanía jurídico-política), por la trasposición parcial o por la combinación con otros elementos. Claro ejemplo de lo segundo lo es Canadá, donde se combina la técnica federal, importada de los Estados Unidos, con la particularidad de un Derecho Constitucional de naturaleza anglosajona. Ejemplo de lo primero sería, en el

continente norteamericano los elementos centralizadores (y especialmente, según hemos destacado, respecto del procedimiento de amparo) que se aprecian en los federalismos mexicano y argentino y, en Europa, en donde destaca, a los efectos que a nosotros nos interesa (pues pudimos haber mencionado otros como la errática naturaleza del Senado en España e Italia), la deficiente implantación, en España, Italia y Bélgica, de un sistema federal de protección de Derechos Fundamentales en varios niveles así como la complejidad (en España y Bélgica) del reparto competencial.

Todos los Estados Federales objeto de este estudio han tenido que afrontar y, además, en tiempos recientes, la protección multinivel de los Derechos Fundamentales. En Estados Unidos y Alemania los Derechos Fundamentales de las constituciones estatales actúan, con el matiz que veremos en el párrafo siguiente, de manera muy similar a lo que ocurre con los consagrados en la Constitución Federal. En los demás Estados, aunque por diferentes caminos, se ha llegado a la conclusión de que los Derechos Fundamentales, más que una competencia como tal cuya protección pueda, por tanto, corresponder a una u otra instancia territorial (o a ambas) se entiende que cada ente territorial, en el marco de sus respectivas competencias, puede reconocer e implementar los Derechos Fundamentales. En España (a partir de 2006), Italia (de 2004 en adelante) y México (después de que lo hiciese la Constitución de Veracruz en 2000), el primero de ellos, a nuestro juicio, permitido con una interpretación discutible por parte del TC, los entes descentralizados (no todos) han aprobado catálogos más o menos amplios de derechos incidiendo, sobre todo, en el aspecto social. En Argentina, algunos estados (entre los que destacamos Tucumán, 1994) han aprobado Códigos Procesales Constitucionales con innovaciones respecto de la protección de los Derechos Fundamentales reconocidos en sus respectivas Constituciones. En Bélgica, la jurisprudencia del TA se ha modificado, a partir de 1999, en el sentido que indicamos. Aunque lo haya hecho en el sentido inverso, Suiza incorporó, en 1999, un catálogo de derechos (hasta entonces inexistente) a su Constitución federal, evolucionando también a una protección multinivel de los mismos. Lo mismo ocurrió en Canadá, con la aprobación, en 1982, de la Carta canadiense de Derechos Fundamentales.

Los dos Estados federales en los que, sin embargo, desde su creación ha existido esta protección de los Derechos Fundamentales en los dos niveles de gobierno representan para nosotros, según hemos expuesto, los dos modelos que los Estados mencionados en el párrafo anterior, así como la propia Unión Europea en tanto que ejemplo único en la actualidad de Confederación de Estados tratan, con mayor o menor

éxito, de imitar. Ambos tienen en común dualidad de catálogo de derechos a nivel federal y estatal, dos poderes judiciales, cada uno en un nivel territorial y procedimientos de amparo propios ante estos Tribunales. La diferencia fundamental radica en que mientras en los Estados Unidos se ha entendido que cada catálogo de derechos respondía a sus propias circunstancias y, en consecuencia, la interpretación de los Tribunales federales y estatales puede diferir incluso de derechos que se dan con un contenido idéntico en la Constitución Federal y en las constituciones estatales, configurándose así en un sistema alternativo de Derechos Fundamentales en el que los abogados de derechos civiles deben, previendo un posible resultado en base a los precedentes, elegir bien donde interponer su demanda de amparo, en Alemania, el TCF garantiza en última instancia que los Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución Federal se aplican de manera homogénea, en la interpretación, en su caso, dada por el TCF, en todo el país, pudiendo las constituciones estatales ampliar, pero nunca restringir, los derechos reconocidos a nivel federal.

En la Unión Europea, que no es un Estado pero sí Confederación de Estados en sentido moderno, lo cual no quiere decir sino que se encuentra más próxima a la forma estatal que las Confederaciones arcaicas, presenta problemas de protección de Derechos Fundamentales y de distribución competencial muy similares a los Estados estudiados. En ella también, en primer lugar, también se ha pasado de una centralización progresiva de competencias a, en los últimos tiempos, y especialmente tras la aprobación del Tratado de Lisboa, a un mayor respeto a los Estados y, especialmente, las Regiones. Una manifestación de este cambio de tendencia se aprecia en el sistema de protección de Derechos Fundamentales el cual, según establece el propio art. 51.2 de la Carta de Niza, no altera el reparto competencial entre la Unión y los Estados miembros.

El federalismo – insistimos – se mueve, y sobre todo en Europa, donde tres países (Francia, Reino Unido y Portugal) parecen comenzar a caminar por su senda.

Capítulo III: El proceso de integración europea

en relación con la descentralización en los

Estados miembros.

“Con el poder, viene la responsabilidad”.

Inmanuel Kant.

III.1) Introducción: la eliminación del concepto de soberanía en un mundo globalizado.

Sobre el concepto de soberanía, por haber sido y, a nuestro juicio (como habrá percibido, al comprobar que nos remitimos a él en decenas de ocasiones, todo aquél que nos haya seguido hasta aquí) seguir siendo, un concepto clave del Derecho Constitucional, ha dado lugar a un buen número de construcciones doctrinales y de interpretaciones, como es lógico, no todas ellas afortunadas, que han generado una gran confusión en torno al concepto, razón por la cual numerosos autores, desde L. Duguit hasta S.D Krasner, pasando por J. Bryce, A. Posada y, sobre todo, H. Kelsen, hablaron de crisis de este concepto o trataron de desterrarlo de la literatura jurídica (aunque sea, paradójicamente, como el último de los mencionados, dedicando cientos de páginas y haciendo, por ello, una de las más cuantiosas contribuciones al mismo)¹. De otro de los autores citados, nos dice N. Pérez Serrano, en un interesantísimo opúsculo sobre el concepto en cuestión que:

“Escribe Bryce, con su habitual brillantez que, al modo como los en los territorios comprendidos entre dos fronteras suelen refugiarse quienes huyen de la justicia, así en el terreno situado entre la Ética, el Derecho y la Ciencia Política han penetrado términos vagos y ambiguos que han provocado estériles debates y han causado a los estudiosos muy grave perturbación. Y añade que no hay entre los malhechores de aquel género ninguno que haya originado tanto trastorno como la llamada “doctrina de la soberanía”, pues las discusiones que provocara (sic) han

¹ Quizás porque, paradójica y contradictoriamente, como afirma el Profesor J. Ruiperez, su teoría sólo es concebible precisamente desde la idea de soberanía popular. (Cfr., HELLER, H. *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Fondo de cultura económica. México. 1995. P. 141 y RUIPEREZ ALAMILLO, J. “La Constitución y su estudio. Un episodio en la forja del derecho constitucional europeo: método jurídico y régimen políptico en la llamada teoría constitucional de Weimar”. En LEÓN BASTOS, CA Y WONG MERAZ, A. *Teoría de la Constitución. Estudios en homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid*. Porrúa. México 2010. Pp. 888 y ss).

sido tan numerosas y aburridas, que cualquiera (sic) lector, aun el de más paciencia, habría de sentirse alarmado si se le invitara a recorrer de nuevo el polvoriento desierto de abstracciones a través del cual condujeron a sus discípulos no pocas generaciones sucesivas de filósofos de la política”²

Por ello, este autor se proponía, en el trabajo citado, sintetizar las principales aportaciones que configuraron el concepto clásico y la revisión del mismo producida como consecuencia, principalmente, de las organizaciones *infra* y *supraestatales*³.

Antes, sin embargo, de exponer las interesantes enseñanzas del que fuera Profesor de la Universidad de Madrid sobre el tema que nos ocupa, quisiéramos nosotros hacer, recordando en parte lo que dijimos en el Capítulo I acerca del concepto de soberanía, algunas aclaraciones previas. Indicamos allí la importancia, de la mano de H. Heller, de no olvidar que la soberanía es poder absoluto pero ejercido siempre por un sujeto político que no puede ser sino el Pueblo. En la Historia política de este concepto, que como es lógico, no vamos a reproducir aquí por haberla expuesto, de modo exhaustivo, en otro lugar, puede apreciarse como tras la primera formulación científica de este término, como “el poder absoluto y perpetuo de una República” (J. Bodin), el concepto va siendo objeto, cada vez, de mayores abstracciones y mistificaciones por parte de los autores que se ocupan de él, aun cuando luego justificaran el poder de un monarca concreto consecuencia, sostenían ellos, de una “transpersonalización” (M. García Pelayo⁴) de ese poder en la figura del monarca. Abstracciones y mistificaciones que alcanzan su apogeo en la teoría organicista de O. Von Gierke y de las que, ni siquiera se libra el positivismo jurídico desde Jellinek⁵. Lo de menos es, por tanto, indicar que el concepto, en la teoría originaria es menos absoluto y abstracto de en lo que, teóricos posteriores a J. Bodin como su discípulo G. de Tolouse y, sobre todo, T. Hobbes, finalmente lo convirtieron, dado que la doctrina de la soberanía del hugonote, a diferencia de la de éstos, no estaba exenta de límites⁶. Lo de menos es, también, denunciar lo que todo el mundo sabe: que esas mistificaciones y abstracciones estaban encaminadas a poder justificar, a posteriori, cualquier poder y, en especial, de un Príncipe o dictador. Lo de más es, sin embargo, indicar que caer en el error de mantener

² PÉREZ SERRANO, N. *El concepto clásico de soberanía y su revisión actual*. Madrid. 1933. P. 6.

³ *Ibidem*. p. 9.

⁴ Cfr., GARCÍA PELAYO, M. “Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político”. En *Obras Completas*. Madrid. CEPC. 2010. vol. 2. pp. 1041 a 1072.

⁵ Cfr., por comodidad, FONDEVILA MARÓN, M. “Soberanía y Globalización”. En REVIRIEGO PICÓN, F (coord.). *Constitución y Globalización*. Fundación Manuel Giménez Abad. Zaragoza. 2013. Pp. 273 y ss.

⁶ Cfr., FONDEVILA MARÓN, M. *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea*. Reus. Madrid. 2014. Pp. 90-97.

este concepto abstracto de soberanía lleva a conclusiones tan coherentes como patéticas y problemáticas. Un extraordinario ejemplo, a este respecto, lo constituye la sorprendente conclusión a la que llega L. Duguít, y haciéndose eco de su postura, entre nosotros, A. Posada, de que la noción de soberanía entra en crisis como consecuencia de la evolución del concepto de servicio público. Y así, nos dice el titular de la Cátedra de Valdecilla:

“La “irrupción”, (...) de la noción de servicio público en el sér (sic) real de los Estados constitucionales, ha trastornado la concepción del Estado como un organismo político de pura soberanía como un sistema de instituciones políticas de poder, que tienen su raíz en la soberanía y capacitadas (tal se supone) para recoger y condensar las corrientes de opinión pública, transformándolas en decisiones de voluntad: actos del Poder público, decisivos, inapelables. La doctrina del Estado constitucional, en vías de socialización no podía menos de reconocer lo que la realidad ofrecía como resultado del proceso que estamos interpretando; a saber: que sin mengua del carácter de soberano del poder del Estado, y del valor de la acción de la opinión pública y de la fuerza (jurídica y política) de las decisiones – (...) – de los órganos constitucionales de la voluntad colectiva, se afirma la existencia de zonas, cada vez más dilatadas, en las cuales la índole de la materia objeto de la actividad del Estado, pide la aplicación de procedimientos adecuados a la naturaleza de dicha actividad, que es *la actividad de un servicio*”⁷.

¡Casi nada! En un formidable olvido de que el Estado es (o al menos debe ser) un instrumento de liberación, y no de subyugación, de los hombres, el Estado y, con él, la soberanía, entran en crisis porque, con la evolución de la idea de servicio público, aquél no se limita a dictar normas que resultan irresistibles. Obsérvese como el que es, sin duda, uno de los grandes Maestros del Derecho Político español, abraza la idea de “soberanía del Estado”, siendo preso de la “explicación subjetiva” del Estado, medieval, por oposición a la “explicación objetiva” y moderna, que lo caracteriza por el conjunto de instituciones y personas al servicio del ciudadano⁸. Si entendemos, tal y como hemos tratado de demostrar desde las primeras páginas de este trabajo, que no es el Estado sino el Pueblo soberano, y los representantes políticos en los que éste delega la resolución de los asuntos ordinarios de gobierno, los únicos *sujetos* dotados de *voluntad* estamos, entonces, en condiciones de comprender que la soberanía no es un concepto formal y abstracto de justificación del poder más frío y despersonalizado (que se atribuye, en definitiva, y de manera confusa a un ente incorpóreo como es el Estado) sino que es la cualidad del Pueblo por la que la voluntad general de éste se sitúa por encima de los poderes constituidos, actuando como *límite* a su actuación, y a su vez, como *fundamento* de la acción de gobierno, que no puede sino estar enfocada, también a través de la función de servicio público, a conseguir lo mejor para el interés general.

⁷ POSADA, A. *La Crisis del Estado y el Derecho Político*. Madrid. 1934. P. 138.

⁸ Cfr., MARITAIN, J. *El Hombre y el Estado*. Madrid. Fundación Humanismo y Democracia. 1987. pp. 26-27.

Pero si una errónea comprensión de la expresión “soberanía estatal” (que no puede querer decir sino soberanía del Pueblo del Estado) puede llevar a, por lo demás absurda, conclusión de que la soberanía entra en crisis porque el Estado hace algo más que dictar leyes irresistibles, lleva también a soluciones indefendibles a la hora de enfrentarnos al fenómeno del federalismo. Tal y como anunciábamos, el ingenio de N. Pérez Serrano supo ver que la evolución de las discutibles tesis de la co-soberanía hacía la correcta comprensión de la soberanía como indivisible en el Estado federal corre en paralelo a la evolución de las antiguas Confederaciones americana y germánica hacia Estados federales (hay que distinguir ambos conceptos) cada vez más centralizados. En Estados Unidos – nos explica el que fuera Profesor de la Universidad de Madrid – de hecho, y aunque sea, como vimos, el origen doctrinal de la tesis de la co-soberanía, en el momento de la Guerra de Secesión, ésta no resultaba ya ampliamente compartida, y la disputa versaba sobre si pertenecía a los estados (Calhoun) o al conjunto de la Nación (Lieber). Autores como Burgess calificaban la idea de un soberano limitado como “*contradictio in adjecto*”, porque no cabe “*imperium in imperio*”. En Alemania – continua nuestro autor – también se sostenía al principio que la Confederación germánica era una asociación de Estados soberanos y, a partir de la Asamblea de Franckort (art. 1º, ap 5), se pronuncia a favor de la unidad, siendo autores como Meyer, Haenel y Laband los que refutasen finalmente la idea de soberanía dividida⁹. El problema de fondo, se comprenderá sin demasiada dificultad, es que si la soberanía pertenece “al Estado”, si estamos en una organización de varios “estados” habrá de haber, consecuentemente, varias soberanías. Evidentemente, eso plantea además de los problemas lógicos referidos, contradicciones desde el punto de vista democrático. Por eso, añadimos nosotros, la idea de co-soberanía fue cayendo por su propio pie no solo a medida que se daba, tanto en Estados Unidos como en Alemania, las tendencias centralizadoras apuntadas, sino, también, a medida que se reforzaba la democracia. Si ello es relativamente fácil de percibir – todo esto, lo hemos visto ya en el Capítulo II - en el país cuya Constitución, la primera Constitución federal del mundo, comienza con la célebre frase “*we, the people...*”, y cuyo Tribunal Supremo ha venido, primero, en la Sentencia *Marbury vs Madison* reconociendo la naturaleza de la Constitución como norma jurídica superior y, después, en *Texas vs White*, a la Federación como una Unión “eterna”, lo es mucho más claro con la Constitución de Weimar de 1919, que establece

⁹ Cfr., PÉREZ SERRANO, N. *El concepto clásico de soberanía...* PP. 17-22.

en Alemania un verdadero Estado Constitucional, Democrático y Social, por más que lamentase C. Schmitt que, con ella, los *Länder* habían perdido su estatalidad.

La crisis del Estado y de la soberanía vuelve en nuestros días, y como a nadie se le escapa, a estar en crisis, a consecuencia del fenómeno jurídico-político que supone la Unión Europea. El Profesor O. Alzaga es bien consciente de ello, como demuestra el hecho de que, prologando una reciente edición de la obra clásica sobre este concepto de M. Hauriou, escribió: “Desearíamos que esta monografía pudiese servir a jóvenes y finos constitucionalistas para avanzar en el estudio de la mutación del concepto jurídico abstracto de soberanía para, desde alguna coherencia formal y, sobre todo desde el compromiso generoso con el interés general, contribuir a desbordar su faceta de obstáculo pedregoso en el camino que nos conduce hoy a la construcción política de la Unión Europea”¹⁰.

Lamentablemente, sin embargo, debemos indicar que la obra de M. Hauriou es, probablemente, la última a la que se puede acudir con esa pretensión. Sin ánimo, en estas páginas introductorias de una crítica exhaustiva y pormenorizada de la obra del Profesor de la Universidad de Tolouse, afirmaremos que *La soberanía nacional* no puede servir para lograr una explicación una explicación racional, y admisible desde los presupuestos del constitucionalismo democrático, del fenómeno de la integración europea, al menos, por los siguientes motivos: 1) En primer lugar porque su obra, abstracta como pocas, parte de presupuestos teóricos erróneos. Recurrentemente, en su extensa crítica (la cuál ocupa mayor espacio que el dedicado a sus ideas propias) a la obra de J.J Rousseau le acusa, primero, de confundir la voluntad general con Ley y, segundo, el cuerpo electoral con el soberano. Las dos afirmaciones son erróneas. Por cuanto respecta a la Ley, hay que comenzar diciendo que el “padre de la democracia moderna”¹¹, al referirse a la Ley, se refiere a la Ley Fundamental, o sea, a lo que actualmente identificamos como una Constitución y ésta es, por supuesto, la plasmación de la voluntad general (hoy en día nadie discute que la Constitución recoge la voluntad del Pueblo soberano), la cual, por cierto, aunque requería el asentimiento unánime de los ciudadanos - que no significa un voto unánime favorable sino el asentimiento, por haber todos participado de ella de que es efectivamente la plasmación de la voluntad

¹⁰ ALZAGA VILAAMIL, O. “Prólogo” en HAURIU, M. *La Soberanía Nacional*. Marcial Pons. Madrid. 2013. P. 16.

¹¹ Cfr. RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *Libertad Civil e Ideología Democrática De la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación liberalismo-democracia*. IJ-UNAM. México 2008. p. 52.

general¹² - no tenía necesariamente porque ser aprobada directamente por los ciudadanos reunidos individualmente en una suerte de plaza pública, tal y como parece insinuar nuestro autor cuando afirma que la soberanía nacional no se ejerce, como pretendía Rousseau, de forma activa, sino de forma pasiva, (por adhesión, nos dice M. Hauriou), sino que admite expresamente, en *Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia*, que se aprueba por la representación de los ciudadanos reunidos en la *Dieta*¹³. Una representación que acepta como mal menor, pero no como excepción, porque, lo que J-J. Rousseau quiere decir cuando afirma que la voluntad general no puede ser representada, es que no cabe una representación trascendental, de una vez y para siempre (como ocurre en T. Hobbes), de la soberanía del Pueblo ejercida por parte de una persona¹⁴. Frente a la idea de “*traslatio imperii*” de T. Hobbes, J-J Rousseau utiliza la de “*concesio imperii*”¹⁵. Por lo tanto, Rousseau tampoco confunde (esto era una preocupación común de todos los autores de la época, y así, también A. Posada), el cuerpo electoral con el Pueblo soberano, lo hicieran o no los revolucionarios franceses posteriores a él. 2) En su abstracción pura, en la estratosfera dogmática, nos va perfilando nuestro autor poco a poco, a lo largo de su opúsculo, un concepto de soberanía nacional (por cierto apenas compatible con el concepto de Nación que perfila en su *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*¹⁶) como un conjunto de poderes e instituciones, en un difícil equilibrio sin, en ningún momento, salvo ofuscación de quien escribe estas líneas, llegar a precisar de qué modo los poderes electivo, ejecutivo y legislativo que él describe llegan a realizar esa formidable idea de representación de la voluntad general sin estar dirigidos por ella. Por tanto, no es que no evite, es que lo asume plenamente, el riesgo de que la nación requiera siempre “alguien” que hable por ella¹⁷. 3) Ese concepto, como él mismo reconoce, no sirve como fundamentación al

¹² Cfr., ROUSSEAU, J-J. *Del contrato social; Discursos: Discurso sobre las Ciencias y las Artes; Discurso sobre el origen y el fundamento de la desigualdad de los hombres*. Alianza. Madrid. 1998. Libro II. Cap. IV.

¹³ Cfr., ROUSSEAU, J.J. “Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su Proyecto de Reforma” en ROUSSEAU, J.J. *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*. Tecnos. Madrid 1988. Pp. 85-86.

¹⁴ Cfr., a mayor abundamiento FONDEVILA MARÓN, M. “La herencia rousseauiana, en el pensamiento constitucional, trescientos años después de su nacimiento”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. nº 16 (2012). P. 374.

¹⁵ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. “Prolegomenos al estudio de la disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea”. En FONDEVILA MARÓN, M. *La disolución...* Pp. 7-60.

¹⁶ Cfr., HAURIOU, M. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Ariel. Barcelona. 1970. P. 114.

¹⁷ Vid. VAN DOREN, C. *Breve Historia del Saber*. Planeta. Barcelona 2006. Cap. 9. Pp. 317-354.

poder, y nos indica nuestro autor, expresamente, que mientras la nación “se organiza” y acepta el poder el poder de gobierno es impuesto hasta que la nación “se recompone” y, entonces, la sujeción al poder pasa a ser voluntaria¹⁸. Así pues, la UE no podrá encontrar en la teoría de M. Hauriou su tan deseado fundamento de legitimidad y, lo que es más grave, no podrá nadie encontrar en ella argumentos teóricos para una sana crítica (que es una misión fundamental del intelectual y, especialmente, del universitario) del poder establecido. Por el contrario, tan inútil como cínicamente, permite únicamente la asunción acrítica de todo poder establecido *de facto*. Permite, en definitiva, el cinismo de C. Schmitt, quien afirmó que es posible referir a la voluntad expresa o tácita del Pueblo toda Constitución que haya regido¹⁹. Al menos hubiese sido deseable que en su profusa crítica a J-J Rousseau hubiese tratado de rebatir nuestro autor la moraleja, expuesta en el Capítulo I de este trabajo, del ladrón que te asalta en el bosque que no es otra que la negación de legitimidad a todo poder *de facto*, aun cuando coyunturalmente no sea contestado por el Pueblo. Sin embargo, guarda silencio. 4) Y si resulta inútil como fundamentación del poder resulta también, lo reconoce el propio autor de la misma, inútil como límite al mismo²⁰. Apenas tiene el valor, nos dice M. Hauriou, de excluir a poderes no estatales (por ejemplo, la Iglesia), de la soberanía nacional. Pero hasta eso la hace contraria al objetivo de buscar una teoría que permita conjugar la idea de soberanía con el proceso de integración europea, pues en el mundo globalizado de hoy es evidente que el Poder Constituyente, está, políticamente, influido por los lugares comunes del Derecho Internacional y Comunitario. Otras teorías sobre la soberanía, como la que, con muchas menores pretensiones y, sin duda, mucha menor originalidad, aunque más concreta, expusimos nosotros en *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea* (Reus. Madrid 2014) sirve, al menos, para recordar que el poder cedido a la Unión Europea tiene como límite lógico el que se enfoque al bien común, reteniendo el Pueblo el legítimo derecho de revolución, como último recurso, en caso de que los gobernantes decidan tomar otra deriva y tienen, por tanto, mayor virtualidad práctica. 5) La adhesión, sobre la que pivota toda la tesis de la soberanía nacional, tampoco sería un argumento suficiente para legitimar y, como profesores de Derecho Constitucional, explicar el fenómeno de la integración europea, teniendo en cuenta que según el barómetro del CIS 2010, son mayoría (53,8%) los

¹⁸ Cfr., HAURIOU, M. *La soberanía nacional*....Pp. 101 y ss.

¹⁹ Cfr., SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. Alianza. Madrid 1982. P. 111

²⁰ Cfr., HAURIOU, M. *La soberanía nacional*....P. 110.

ciudadanos poco o nada interesados en noticias relativas con la Unión Europea y cuando, como es sabido, la mal llamada Constitución europea fracasó por dos rechazos refrendatarios en Francia y Holanda. 6) Pero, y para terminar, al igual que con los parámetros de *La soberanía nacional*, no podríamos explicar la Confederación de Estados que hoy representa la Unión Europea, encontraríamos muchas dificultades, igualmente, para explicar el mismo Estado federal (que ya existían en época de M. Hauriou). ¿Cómo abordaría nuestro autor el problema, en un Estado federal, de la soberanía, observando que en el mismo se dan varios poderes legislativos, ejecutivos, y electivos? La doctrina de la soberanía que nosotros intentamos transmitir en estas páginas permitirá, con todas sus limitaciones, por lo menos, a quien la asuma, criticar el ejercicio del poder público por los distintos niveles de gobierno de este tipo de Estado y marcar unos límites a su actuación legítima. Porque el federalismo es una técnica, y Confederación y estado federado dos figuras producto de la misma, tampoco a nadie extrañara las relaciones que señalaremos entre ellas.

Sirva esta breve crítica de la obra de uno de los, sin embargo, más prestigiosos Profesores de Derecho Público del siglo XX, por cierto, muy influyente en nuestro país, como ejemplo para distinguir una teoría auténtica de una falsa de la soberanía para nuestros días. Porque, y esto es lo importante, las mismas dudas y vacilaciones de la doctrina y la jurisprudencia en torno a este concepto cuando hubo de enfrentarse al fenómeno del Estado federal, se reproducen cuando hemos tenido que enfrentarnos al fenómeno de la Confederación europea. Así, y por tomar un ejemplo dice el Profesor S. D Krasner que la UE es un perfecto ejemplo de cesión de “soberanía westfaliana” por parte de los Estados²¹. Y el TJUE, en la Sentencia *Van Gend & Loos* de 1963, que “los Tratados comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía”. Evidentemente, en ambos casos la cesión de soberanía (porque no es toda) implica, aunque no lo digan expresamente, que Estados y UE tienen, desde el momento de la integración, los derechos reservados y cedidos respectivamente.

Mayor dislate se contenía en la reciente Resolución 5/X, de 23 de Enero de 2013, del Parlamento de Cataluña en la que se afirmaba, en el punto primero, en un auténtico *déjà vu* de las teorías calhounianas, que “El pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano”, y

²¹ *Vid.*, KRASNER, S.D. *Soberanía, hipocresía organizada*. Traducción de Ignacio Hierro. Paidós. Barcelona. 2001. P. 35.

que ha sido anulado por el Tribunal Constitucional²², que se ha visto obligado a hacer el trabajo del Tribunal Supremo de Norteamérica en *Texas vs White*, indicando que “la cláusula primera de la Declaración, que proclama el carácter de sujeto político y jurídico soberano del pueblo de Cataluña debe ser considerada inconstitucional y nula”, pues “en suma, el reconocimiento que lleva a cabo del pueblo de Cataluña como “sujeto político y jurídico soberano” resulta contrario a los arts. 1.2 y 2 CE y a los arts. 1 y 2.4 EAC, así como, en relación a los arts. 9.1 y 168 CE, invocados por el Abogado del Estado, en la medida en que, respectivamente, consagran los principios de primacía de la Constitución y someten la reforma del Título preliminar de esta, entre otros preceptos, a un procedimiento y a unos requisitos determinados”. El Tribunal recuerda, además, que “la cualidad de soberano del pueblo de Cataluña se predica de un sujeto “creado en el marco de la Constitución, por poderes constituidos en virtud del ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en la norma constitucional “ (STC 103/2008, de 11 de Septiembre, FJ 4) (...) Ese sujeto, sin embargo “no es titular de un poder soberano, exclusivo de la Nación [española] constituida en Estado” (ibídem), pues “la Constitución parte de la unidad de la Nación española, que se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional” [STC 247/2007, de 12 de Diciembre, FJ 4 a) que cita la STC 4/1981, FJ 3]”.

Si estos problemas a los que nos referimos se tratasen de solucionar desde la búsqueda de una teoría auténtica de la soberanía nuestra conclusión sería, simplemente, y es, sin duda, cierto, que la Ciencia Política y el Derecho Constitucional son Ciencias que periódicamente necesitan volver a revisar y actualizar sus conceptos medulares. El problema actual es más grave, sin embargo, porque estas Ciencias, como todas las demás, se desarrollan en un marco cultural más amplio (P. Lucas Verdu²³) y la solución a la que se invita a llegar a la Ciencia en un mundo globalizado es, en lugar de buscar una teoría que, como decía el Profesor O. Alzaga, compatibilice la integración europea con el clásico principio de soberanía popular, sencillamente, eliminar este último. Ello como consecuencia del influjo que sobre todas las Ciencias proyecta el movimiento que se ha venido en llamar “posmodernidad” que impone la huida de todo tipo de meta-relatos en búsqueda de la verdad científica. A los efectos que aquí y ahora nos interesan,

²² Vid., STC 42/2014. Fdto. Jco. 3º.

²³ Cfr., LUCAS VERDU, P. *La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*. Tecnos. Madrid. 1987. Pp. 31 y ss.

esta tendencia supone la impugnación de argumentos basados en el principio de soberanía popular para explicar y ordenar, en Estados descentralizados a su vez integrados en instancias supranacionales, operaciones de naturaleza constitucional de gran relevancia como son, y trataremos de abordar en este capítulo, la distribución de competencias y la protección multinivel de los Derechos Fundamentales. Nuestra tesis es que sin tenerlo, al menos manera de implícita, presente, las relaciones entre tres órdenes jurídicos pueden provocar situaciones que van desde lo caótico a la contradicción más absoluta.

Un matiz, antes de finalizar se impone: nada de lo que decimos supone que el concepto de soberanía, al que apelamos como raíz para atajar los problemas deba entenderse al modo clásico y que haya pertenecido invariable desde sus primeras formulaciones. Al contrario. Creemos firmemente que en las Ciencias Constitucionales en general, y en el Derecho Constitucional en particular *los conceptos evolucionan* y el de soberanía no es una excepción. En un mundo globalizado es obvio que los once atributos que T. Hobbes enunciaba como atributos del soberano, entre los que se encontraba el uso de la jurisdicción, el hacer la guerra o la paz etc.²⁴ están claramente desfasados. Prueba de esta evolución es que nosotros hemos sostenido que se pueden reducir todos a uno: el derecho a la revolución. Si hablamos en concreto de la soberanía en el marco jurídico-político de la globalización es un hecho innegable que los Estados no pueden ser considerados ya “islas soberanas” que puedan permanecer de espaldas al resto del mundo. En este sentido, estamos “casi” de acuerdo con P. Häberle “El Estado Constitucional abierto o bien sólo puede ser cooperativo a largo plazo o dejará de ser constitucional”²⁵, pues este autor lleva, en nuestra humilde opinión, demasiado lejos sus tesis del Estado Constitucional cooperativo. Lo cierto es que, como hemos dicho, el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional muestran una evolución paralela de modo que el primero se constitucionaliza mientras que el segundo se internacionaliza, dando como consecuencia, por lo que ahora nos interesa, que todo poder constituyente que se precie deberá tener en cuenta, a la hora de establecer las disposiciones legal-constitucionales de su Comunidad Política, el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario, y aun configurar una Constitución abierta a estos ordenamientos, pues si

²⁴ Cfr., HOBBS, T. *El leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Traducción de Carlos Mellizo. Alianza. Madrid. 1999. Capítulo 28.

²⁵ HÄBERLE, P. *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad abierta*. Estudio preliminar y traducción Emilio Mikunda-Franco. Tecnos. Madrid. 2013. P. 263.

no lo hiciese así se trataría de un poder probablemente poco democrático. Esta no es una máxima imperativa que no admita excepciones (es imaginable un Estado que desee mantenerse relativamente aislado del orden internacional y no obstante liberal y democrático, por lo que no suponga ninguna suerte de actor desestabilizador de la paz a nivel mundial), ni tampoco una máxima que configure el Derecho Internacional como un límite jurídico al Poder Constituyente soberano, porque una cosa es constatar, desde el punto de vista político, que la sociedad internacional es una realidad de la que los Estados no pueden (o muy difícilmente) mantenerse al margen, y otra sostener, como hace el Profesor de la Universidad de Bayreut y cofundador del Instituto de Investigación de Derecho Constitucional Europeo, que surge una especie de “Derecho Común de cooperación” que, en su sistema, implica una renuncia parcial de la soberanía por parte de los Estados. Estas consideraciones de carácter general le llevan a sostener, en el caso concreto de la Unión Europea, que tanto ésta como los Estados tienen una “constitución parcial”²⁶. Llevado a este extremo, se puede comprender sin demasiada dificultad – creemos - que su teoría no es más que una reelaboración, eso sí, muy refinada, y ante el fenómeno del surgimiento de la Confederación europea, de la teoría de la soberanía divisible que ya ha sido refutada respecto de las federaciones clásicas.

El objetivo de este capítulo no es, con todo, el desarrollo de una teoría auténtica de la soberanía sino su aplicación práctica a problemas concretos como los mencionados, destacando que dichos problemas se dan de la misma forma, tanto a nivel *supra* como infraestatal y, las más de las veces, consecuencia de la interrelación de ambos.

III.2) Razones para la Relación entre Procesos de Integración y de Descentralización.

El retorno de la teoría de la soberanía divisible al que nos acabamos de referir supone, evidentemente, un campo de cultivo intelectual propicio para reforzar los regionalismos a costa del Estado nacional que es el ámbito donde siempre se ha desarrollado, tal y como hemos indicado la soberanía. Téngase en cuenta, además, que como hemos dicho en otro lugar, la idea de soberanía divisible lleva exactamente a los

²⁶ Cfr., HÄBERLE, P. ¿Tienen España y Europa una Constitución?. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. nº 12 (2009).

mismos corolarios prácticos que la pura y simple negación de la idea de soberanía. No podemos entrar aquí en un desarrollo exhaustivo de la cuestión, pero la tesis podría resumirse en que una y otra conducen en definitiva a la existencia de dos o más halos competenciales que deben respetarse mutuamente, pero que pueden llevar, en casos extremos, a un caos por ausencia de un elemento ordenador en última instancia²⁷. Pero al margen de estas consideraciones más generales, sostenemos que el potenciamiento de los regionalismos supra e infra estatales, hasta el punto de la misma secesión respecto del territorio se observa también en determinadas políticas concretas. A continuación examinamos tres de ellas.

III.2.1) Una razón de Eficacia Económica.

La integración europea supone para los ciudadanos de los Estados Miembros indudables mejoras en su calidad de vida. En el periodo de 2000-2006, que fue en el que España recibió más fondos europeos, estos superaron los cincuenta mil millones de euros. Cualquier ciudadano puede comprobar, incluso hoy en día, en que esa aportación se ha reducido a treinta y cinco mil, que por doquier las obras públicas que se realizan se hacen con fondos europeos. Esto sin duda otorga a la UE una considerable “legitimidad por eficacia”²⁸.

Pero la Unión Europea se mueve en una cierta esquizofrenia en la que, por un lado, es una unión de Estados de Derecho Internacional en la que los Estados siguen siendo, según la conocida expresión, “los señores de los Tratados”, y por otro, es un claro exponente, tanto – como hemos visto – de la ideología de la globalización como del regionalismo, ideología cuyo origen se encuentra en el siglo XIX, crítica con la idea de una política basada en el Estado nacional así como con la Democracia liberal, y que propugna, en el marco concreto europeo, una “gobernanza multinivel” articulada en tres escalas de gobierno, y en el que las regiones juegan cada vez un rol más importante²⁹. Hablamos de esquizofrenia, y no, como algunos autores, desde J. Habermas a M. Castells se han precipitado a proclamar, de nuevo tipo de forma política porque de

²⁷ Para un desarrollo más completo nos remitimos a FONDEVILA MARÓN, M. *La disolución de la soberanía...* Pp. 318-326.

²⁸ Vid., PORTERO MOLINA, J.A. “Legitimidad democrática y Unión Europea”. *En Revista de Derecho Constitucional Europeo*. nº 3 (2005). Pp. 11-20.

²⁹ Vid., TUÑÓN, J. *Andalucía y la Unión Europea. Actor periférico y escenario privilegiado de la política europea*. Centro de estudios andaluces. Sevilla. 2010. Pp. 23 y ss.

hecho, los avances que se han producido en este sentido son, en comparación con la pretensión de los más regionalistas, ciertamente modestos.

Analicemos el caso del Comité de las Regiones. Creado por el Tratado de Maastricht ha sido reforzado por el Tratado de Lisboa, que le otorgó legitimidad activa ante el TJUE³⁰. Se constituye, sin embargo, como un órgano consultivo, no como una Institución, el cual debe emitir un informe preceptivo, que no vinculante, sobre determinadas materias (transportes, empleo, política social, fondo social europeo, formación profesional, educación, cultura, salud pública, redes transeuropeas, medio ambiente, cohesión económica y social: acciones fuera de los fondos, normas generales, decisiones de aplicación relativas al FEDER). Los órganos legislativos pueden, además, consultarle sobre cualquier materia que se esté debatiendo (dictamen facultativo), a lo que invita el propio Tratado de Funcionamiento³¹ en alguna materia como la cooperación transfronteriza. No obstante la creciente importancia de su papel, sigue sin ser decisivo en la aprobación de normas europeas y sin poder dictarlas por sí mismo.

Pero queremos llamar la atención sobre su composición, pues es interesante a los efectos de nuestro estudio. El Comité de las Regiones está compuesto por 353 representantes de las Regiones y de los entes locales de los 28 Estados miembros. Su composición, por lo tanto, como se ve, es muy heterogénea. En primer lugar, porque se junta, como se ve, miembros de las Regiones y de los entes locales y, después, porque entre los representantes de las Regiones están aquellos que proceden de Regiones con competencias legislativas, que como veremos en el próximo epígrafe pueden participar también, de acuerdo con las normas estatales, directamente de la legislación en el seno del Consejo de la Unión Europea, con representantes que proceden de Regiones que disponen solamente de una más o menos amplia autonomía administrativa.

Sobre esta cuestión, indica agudamente la Profesora A. Mangas, que la composición del Comité de las Regiones no puede alterar – matizamos nosotros, en principio – la estructura territorial de los Estados de manera que si un Estado es completamente unitario, enviará únicamente a representantes de los entes locales. Pero – añade – “por el contrario, si un Estado está organizado mediante leyes regionales y locales, en la propuesta nacional y en la posterior decisión del Consejo se ha de tener en cuenta la vinculación de la representatividad de los nombrados con los entes regionales

³⁰ *Vid.*, art. 263 TFUE.

³¹ *Vid.*, art. 307.

y locales”³². A nuestro juicio, en un orden de consideraciones no estrictamente jurídico, sino más bien político, está claro que la existencia del CdR, con competencias cada vez más amplias, no sólo refuerza el papel de los representantes políticos que en él participan, y que tienen desde ese momento un papel que jugar en la política no sólo regional y estatal sino también europea, sino un aliciente para, no diremos la creación, pero sí el reforzamiento de las Regiones en el ámbito estatal. Porque está claro que el peso político de las Regiones, sobre todo el de aquellas con competencias legislativas de Estados como Alemania, Austria, Bélgica, España, Italia y, también, Gran Bretaña, es mucho mayor que el de los representantes locales, que juegan un papel de contrapeso en el Comité. En el trabajo citado, señala la Profesora de la Universidad Complutense que las Regiones habrían preferido no compartir los asientos del Comité con los entes locales. Sea como sea, nosotros sostenemos que el estatus de los representantes de Regiones con menos personalidad, que dispongan si acaso de una autonomía meramente administrativa, se ve reforzado al ser partícipes de la política europea, y ese reforzamiento de su estatus político se puede traducir en una demanda de mayor autonomía frente al Estado. Piénsese, por analogía, que si según la conocida teoría económica del *bureau* de W. A. Niskanen, el responsable departamental de un organismo público siempre intenta maximizar el presupuesto porque los funcionarios públicos, que no cobran según su productividad ni tienen incentivos salariales, se mueven por motivos personales como el deseo de ejercer poder, influencia, prestigio, ¿Cómo no va a querer el representante político de una región aumentar el estatus político de ésta? Pero no lo reducimos todo al *thymos* del político. La participación en la legislación de la Unión Europea, aunque sea a través de un órgano consultivo como es el CdR, le da un argumento racional a sus pretensiones: ¿No es, acaso racional sostener que el que conoce de una política europea con carácter previo a la aprobación de la misma debe tener alguna capacidad en la ejecución de la misma?

Precisamente, como se ha visto, el CdR tiene que emitir un informe preceptivo en las decisiones acerca de la alteración de las políticas relativas a los fondos de desarrollo regional que conforman la política regional de la UE. Y si la política regional de la Unión Europea se orienta – obviamente - al servicio de las Regiones, ¿No es racional, acaso, que éstas puedan gestionar autónomamente esos recursos? No decimos ya tanto desde el punto de vista económico como político. Nuestra tesis es que

³² MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑAN NOGUEIRAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos. Madrid. 2010. P. 335.

la configuración de la política regional europea incentiva – y decimos “incentiva”, no “determina”, pues la evolución de la organización territorial de los Estados dependerá, lógicamente, de muchas cosas – una mayor descentralización política en el interior de los Estados.

Es verdad que la UE no se inmiscuye en la organización territorial de los Estados (art. 4.2 TUE) y, además, que la recepción de fondos al desarrollo de ningún modo depende de que existan entes subestatales de organización dentro de los Estados, y así, por ejemplo, si repasamos las regiones objetivo convergencia (Nivel NUTS 2, es decir, que su PIB medio es inferior al 75% de la media de la Unión Europea) encontramos que hay regiones beneficiadas por estos fondos tanto en los países federales, o que cuentan con una descentralización política más acusada, como Alemania (Brandenburg-Nordost, Mecklenburg-Vorpommern, Chemnitz, Dresden, Dessau, Magdeburg, Thüringen), y España (Andalucía, Castilla-La Mancha, Extremadura y Galicia), junto con Estados con una simple descentralización administrativa como Francia (Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion), e incluso Estados absolutamente centralizados como Grecia (Anatoliki Makedonia, Thraki, Thessalia, Ipeiros, Ionia Nisia, Dytiki Ellada, Peloponnisos, Voreio Aigaio, Kriti) y Portugal (Norte, Centro, Alentejo, Região Autónoma dos Açores). De ello se colige que, como no podía ser de otro modo, ni mucho menos insinuamos que los Estados con un cierto grado de descentralización política o administrativa se vean en modo alguno favorecidos con mayores fondos europeos que aquellos que son unitarios. Sin embargo, sí es cierto que aquellos Estados con ese cierto nivel de descentralización política o administrativa podrán aplicar dichos fondos de una manera más *eficaz*³³.

Porque la pregunta clave que surge es, ¿De dónde salen estas regiones de los Estados más unitarios? La definición de lo que es una región desde el punto de vista de la Unión Europea se encuentra regulada en el Reglamento (CE) nº 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por el que se establece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS)³⁴. Este reglamento viene a dar un soporte jurídico a la nomenclatura NUTS que la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas venía atribuyendo desde la década anterior. Como dice el artículo 2 del citado reglamento “La nomenclatura NUTS subdivide el territorio

³³ En este sentido *Vid.* ALBERTI ROVIRA, E. “Las regiones en el debate sobre la nueva arquitectura institucional de la Unión Europea” en *Investigaciones Regionales*. 2 (2003). P. 179

³⁴ DO L 154 de 21.6.2003, p. 1/41.

económico de los Estados miembros, tal y como se define en la Decisión 91/450/CEE, en unidades territoriales. Asigna un código y un nombre específico a cada unidad territorial”, es una nomenclatura jerárquica que clasifica los distintos territorios en 3 categorías diferentes, dependiendo del nivel económico de los mismos. Sin embargo, lo verdaderamente relevante en esta normativa, a los fines que nos ocupan, viene establecido en su artículo número 3.1:

“Criterios de clasificación

1. Las unidades administrativas existentes en los Estados miembros constituirán el primer criterio utilizado para definir las unidades territoriales.

Con este fin, la expresión «unidad administrativa» significará una zona geográfica con una autoridad administrativa que esté facultada para tomar decisiones administrativas o políticas para dicha zona, dentro del marco jurídico e institucional del Estado miembro”.

Dicho en otros términos: cuando en un Estado cualquiera existan unidades territoriales políticas o administrativas “visibles” este será el primer criterio para la consideración de que ese territorio constituye una “Región” a los efectos de integrarse a posteriori en el Comité de las Regiones y de ser susceptible de ser beneficiada con los fondos de desarrollo regional dependiendo de sus necesidades. Porque – huelga decir – todos los Estados (Unitarios, administrativamente descentralizados, y políticamente descentralizados) están a estos efectos, divididos en Regiones. Lo que ocurre es que, cuando no existan unidades políticas o administrativas a las que hace referencia el mencionado artículo 3.1 del Reglamento (CE) 1059/2003 se siguen otros criterios de carácter estadístico, establecidos en los demás apartados del mencionado artículo, para determinar los focos territoriales que merecen mayor dotación presupuestaria en aras a una mayor homogeneidad económica³⁵. Evidente resulta, desde nuestro punto de vista, que el empleo de los fondos europeos al desarrollo serán empleados con mayor racionalidad (así al menos debiera ser) allí donde exista una autoridad, política o administrativa que, conociendo las necesidades primordiales en su región, los aplique de la forma más racional posible, de acuerdo a un orden de prioridades y no en aquellas “unidades no administrativas”, donde carentes de una autoridad común, la ejecución de medidas corresponda a un gobierno central, que necesariamente tiene un conocimiento menos específico de las necesidades o al acuerdo de un grupo de municipios, velando cada uno por sus propios intereses que pueden llegar a ser incluso contrapuestos.

En conclusión: allí donde exista alguna tendencia a la descentralización por razones culturales, étnicas o lingüísticas (evidentemente un país muy centralizado va a

³⁵ Vid., artículo 174.2 del TFUE.

permanecer al margen de todo lo que indicamos), la legislación comunitaria añade una razón meramente organizativa de carácter económico.

III.2.2) Razones de Eficiencia Política.

En el epígrafe anterior hablábamos de una posible mejor asignación de los recursos económicos supuesto de una autoridad competente en la Región. En éste vamos a disertar acerca de la política regional de la Unión y como ésta se produce de forma paralela – y por lo tanto no nos encontramos ya, a diferencia de lo ocurría en el epígrafe anterior ante una mera hipótesis sino ante hechos constatables y constatados – a modificaciones en los ordenamientos constitucionales de los Estados Miembros.

Para lo cual, enumeramos primero, y de la mano del Profesor JM. Cortés³⁶ las novedades en torno a las regiones que aporta el nuevo Tratado de Lisboa a los efectos que nos ocupan: Así pues nos encontramos, en primer lugar, con el reconocimiento de la promoción de la “cohesión territorial” y el respeto de la “diversidad cultural y lingüística” como objetivos de la UE (Art. 3.3 TUE), así como el respeto de la autonomía local y regional (Art. 4.2 TUE). En segundo lugar, la corroboración de que la representación de un Estado miembro en el Consejo podrá ser ejercida por un Ministro regional (Art. 16.2 TUE). Y, finalmente, y de forma muy destacada, las nuevas previsiones sobre el principio de subsidiariedad (Art. 5.3 TUE y Protocolos sobre los Parlamentos nacionales y sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad).

a) El primero de los aspectos resulta de notable importancia porque es la primera vez en la Historia de los Tratados que se reconoce esta dimensión territorial, por lo que podemos decir que la UE, aunque fundamentalmente sigue siendo una Comunidad Política formada por Estados como demuestra el hecho de que el Comité de las Regiones, sigue sin ser más que un órgano consultivo aunque haya visto una vez más ampliadas sus potestades o el hecho de que las Regiones sigan teniendo ante el TJUE la misma consideración que los particulares, es decir, que únicamente pueden recurrir actos que les afecten individualmente. Tanto es así que algún sector de la doctrina considera que los cambios que contiene el Tratado de Lisboa en torno a la

³⁶ Cfr., para todo el párrafo, CORTES MARTÍN, JM. “El Tratado de Lisboa y las Regiones” en *Revista de Estudios Regionales* nº 86 (2009) pp. 261-279.

dimensión política de las Regiones no suponen ninguna novedad sustancial³⁷. Nosotros sí creemos que los principios enunciados solemnemente en los artículos 3 y 4 del TUE tras la redacción que le ofrece el Tratado de Lisboa y los demás elementos que vamos a comentar a continuación suponen un cierto cambio de perspectiva en la Unión Europea como Comunidad Política.

b) Antes de continuar queremos hacer una advertencia: existen en la actualidad una pluralidad de organismos, conferencias, e instituciones comunitarias donde los entes territoriales de los Estados política y administrativamente descentralizados tienen una presencia mayor o menos según los casos³⁸. Dados los objetivos de este trabajo no nos detendremos en la mención y explicación de todos y cada uno de ellos sino que únicamente examinaremos aquellos que por ser más representativos o por ser de mayor importancia mejor explican el fenómeno que tratamos de explicar. Por esta razón únicamente nos vamos a detener en el tipo de la participación de las regiones en el Consejo de la Unión, por ser este una institución de primer orden dentro de la Unión Europea y porque dicha participación esta prevista en el Derecho originario de la Comunidad.

A resultas de una propuesta de Alemania y Bélgica el Tratado de Maastricht modificó en su día el artículo 203 del TCE – cuyo contenido se encuentra hoy en el artículo 16.2 TUE– para permitir que los Estados miembros estuvieran representados en el Consejo por un representante de “rango ministerial” (aceptándose por lo tanto que pudieran ser Consejeros de los *Länder*, las Comunidades Autónomas o las Regiones), siempre que tuvieran capacidad para comprometer al Estado en su conjunto en la toma de decisiones. Pero esta regulación europea no establecía, y porque la Unión Europea no se inmiscuye en la organización territorial de los Estados (artículo 4.2 TUE), ninguna previsión de carácter procesal acerca de cómo establecer dicha representación y por lo tanto correspondía al Consejo de Ministros de cada Estado determinar cuando decide ceder la representación en el Consejo de la Unión Europea a un representante de rango

³⁷ Vid. CARMONA CONTRERAS, A. “La organización territorial de los Estados en el Tratado de Lisboa ¿nada nuevo bajo el sol?” En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 23 (2009). P 254.

³⁸ Podríamos mencionar, por ejemplo, que algunos Estados como Alemania permiten la presencia de funcionarios de los *Länder* en el COREPER, y este mismo Estado, al igual que Bélgica, incluye a representantes de las Regiones en los trabajos preparatorios de la Comisión (Cfr. URIBE OTALORA, A. “La Participación de las Regiones Europeas en el Consejo de la Unión: Alemania, Austria, Bélgica y Reino Unido” en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*. nº 14 (2003). Pp. 250-259. Existen también, además de los organismos y las instituciones mencionadas distintas Conferencias donde las Regiones con competencias legislativas (allí donde existan) simbolizan con su presencia cierto peso político en el Estado y en la Unión como por ejemplo la Conferencia de los Presidentes de los Parlamentos de los estados legislativos de Europa (CALRE) entre otras.

ministerial de los entes sub-estatales y cómo, caso de acudir ambos, regular el reparto de los tiempos de intervención asignado a cada Estado. Sin embargo, los Estados Miembros políticamente descentralizados han regulado, incluso a nivel Constitucional (casos de Alemania, Austria e Italia) esta participación de los entes sub-estatales en el proceso de toma de decisiones comunitario.

1) En el caso de Alemania las referidas en el Capítulo anterior reformas constitucionales de 2006 y 2008, vinieron también a reforzar el papel europeo de los estados. Así, se aprecia con la nueva redacción del artículo 23.6 CA³⁹, que establece que en las materias mencionadas, competencia de los *Länder*, el ejercicio de los derechos que corresponden a Alemania como miembro de la Unión Europea serán delegados por el gobierno federal a un representante del gobierno de los estados elegido por el *Bundesrat*. Y no es este el único aspecto de que recoge el mencionado artículo respecto de la participación ascendente en la toma de decisiones de la Unión Europea por parte de los *Länder*: el apartado cuarto del mismo precepto obliga a la participación del Consejo de los estados en la toma de posición de Alemania frente a la Unión en aquellos asuntos en que sería competente internamente. Y, por último, el apartado 5 establece, con carácter general, la consulta a la Cámara de los estados, aun en aquellas materias competencias legislativa de la Federación, cuando los intereses de los *Länder* se vean afectados. El apartado 2 establece el deber de informar a las cámaras lo antes posible. Por lo que se refiere a la legislación ordinaria, como consecuencia de la Sentencia *Lisboa*, de 30 de Junio de 2009, se han reformado las normas que regulan la participación de los parlamentos en asuntos europeos. En esta Sentencia, el TCF consideró inconstitucional la Ley de acompañamiento de ampliación de los derechos del *Bundestag* y del *Bundesrat* por vulneración de los arts. 38.1 y 23.1 al no quedar suficientemente garantizados los derechos de participación de estas Cámaras en los procesos legislativos y de modificación de los Tratados. Esta carencia se ha subsanado con la Ley de responsabilidad para la integración (*Integrationsverantwortungsgesetz*) de 22 de Septiembre de 2009. Se reformaron además, también a consecuencia de esta Sentencia, y con vistas a la ratificación del Tratado de Lisboa, la Ley de cooperación

³⁹ La reforma del 2006 supone en realidad un cambio mínimo en la redacción: se sustituye la palabra “encomendar” por “delegar” acentuando el deber de la Federación de transferir el derecho en los supuestos mencionados en el propio precepto.

entre la Federación y los *Länder* y la Ley de cooperación entre la Federación y el *Bundestag* alemán en asuntos de la UE, ambas de 1993⁴⁰.

2) También en el caso de Austria la Constitución prevé en su artículo 23.d la participación de los *Länder* en formación ascendente de las decisiones europeas, pero es menester advertir de que la regulación que dicho precepto hace de dicha participación es mucho más restrictiva que en el caso alemán: Tras establecerse, en el apartado 1, un deber general de información similar al del apartado dos del artículo de la Constitución alemana a los Parlamentos regionales acerca de los proyectos legislativos europeos, los cuales informan sobre la posición que debería tomarse, aunque ésta vincula sólo de un modo limitado a la Federación, que bajo determinadas circunstancias, puede apartarse de los criterios de los *Länder*, aun cuando sean unánimes, el apartado tercero de dicho artículo se refiere a aquellos aspectos que sean competencia legislativa de los *Länder* afirmando que el gobierno federal “puede” designar a un representante de los entes territoriales para la negociación de los asuntos europeos.

Ya advertimos en el Capítulo anterior que Austria era, de los Estados analizados, el que probablemente ofrecía un grado de descentralización menor y si la regulación constitucional es – como acabamos de ver - ya mucho más restrictiva que la alemana, la normativa de desarrollo (los acuerdos del 12 de marzo de 1992) han establecido que son las propias Regiones las que deben proponer su participación y asumir todos los costes de la misma para a la postre, no estar autorizados para representar a la Federación dentro de la institución europea sino únicamente participar en las negociaciones. Así las cosas, no es de extrañar que su participación en el Consejo sea la menor de los demás países descentralizados.

3) En el otro extremo se encuentra Bélgica, donde si bien la participación de las Regiones en el proceso de toma de decisiones europeo no está regulada en la Constitución, desde los Acuerdos de Marzo de 1994, las Regiones tienen un amplio margen de participación en los asuntos europeos que les conciernen, sea porque tienen una competencia exclusiva en la materia o sea en competencias compartidas porque les corresponde bien la titularidad o bien la ejecución. Y esta “teoría” se plasma en la

⁴⁰ Cfr., para mayor abundamiento sobre su contenido ELÍAS MÉNDEZ, C. “Alemania”. En FREIXES SANJUÁN, T., GÓMEZ SÁNCHEZ, Y, Y ROVIRA VIÑAS, A. *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre los Parlamentos*. Prólogo de Martin Schulz. CEPC. Madrid. 2013. Pp. 76 y ss.

“práctica” ya que, como señala la Profesora A. Uribe, ha sido este el Estado cuyas Regiones han estado más presentes en los Consejos⁴¹.

4) La Ley italiana n. 31/2003⁴² establece, en su artículo 5, párrafo 1º, y conforme a lo dispuesto en el quinto párrafo del art. 117 CI⁴³, que en las materias propias de su competencia “las regiones y las provincias autónomas de Trento y Bolzano concurren directamente, en las materias de su competencia legislativa, a la formación de los actos comunitarios, participando, en el ámbito de la delegación del gobierno, en la actividad del Consejo y en los grupos de trabajo y los comités del Consejo y de la Comisión Europea, de acuerdo con la modalidad acordada en sede de la Conferencia Estado-Regiones teniendo en cuenta las particularidades de las Regiones especiales y, sin embargo, garantizando la unidad de la posición italiana por parte del jefe de la delegación designado por el gobierno”⁴⁴. Esta disposición, como señala el Profesor E. Di Salvatore, tenía el defecto, señalado por la doctrina, de que no establecía el modo de fijar la posición común italiana⁴⁵, algo que vino a solventar la Ley 11/2005⁴⁶, sustituida recientemente por la Ley 234/2012. El art. 22 de esta Ley establece la participación de las Regiones en los actos normativos a través de la *Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano*, la cuál será convocada por el Presidente del Consejo de Ministros, como mínimo, cada cuatro meses o a petición de las Regiones y Provincias autónomas en una sesión especial para establecer las líneas generales de actuación en política europea. El proceso concreto de transmisión de información por parte del Consejo de Ministros, el plazo para que las Regiones transmitan su posición al respecto y el

⁴¹ Cfr., URIBE OTAROLA, A. “La Participación de las Regiones Europeas...” Pp. 257-258 por un lado y 259 y ss. por otro.

⁴² Vid., Legge 5 giugno 2003, n. 131 "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 " pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 132 del 10 Giugno 2003.

⁴³ El mismo establece: “las Regiones y las Provincias autónomas de Trento y Bolzano, en las materias de su competencia, participan en las decisiones dirigidas a la formación de los actos normativos comunitarios y llevan a cabo la aplicación y la ejecución de los acuerdos internacionales y de los actos de la Unión Europea, de acuerdo de las normas de procedimiento establecidas con ley estatal, que regule el poder sustitutivo del Estado, en caso de incumplimiento” (Traducción propia).

⁴⁴ Traducción propia.

⁴⁵ Cfr., DI SALVATORE, E. “Le relazioni delle regioni italiane con l’unione europea: fondamento costituzionale, normativa statale e disciplina statutaria” en CASTELLÀ ANDREU, J.Mª (Dir). *Nuevos Estatutos y Reformas del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate*. Atelier. Barcelona 2009. P. 348.

⁴⁶ Vid. Legge 4 febbraio 2005, n. 11 "Norme generali sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo dell’Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari" pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 37 del 15 febbraio 2005.

procedimiento de adopción de una posición común se regula en el art. 24. Según dispone, también el antes referido art. 5 de la Ley 31/2003, en la delegación del Gobierno en el Consejo participará al menos un miembro de las Regiones.

5) En el caso de España, único Estado de los que venimos hablando que, con la excepción de la reforma de los artículos 13.2 y 135, ha mantenido su Constitución invariada, y por lo tanto, a diferencia de otras de nuestro entorno, ajena formalmente al proceso de europeización, durante estas tres últimas décadas, no se prevé en la Carta Fundamental de ningún modo la participación ascendente de las Comunidades Autónomas en los procesos de toma de decisiones europeas, lo cual es natural si tenemos en cuenta, primero, que en 1978 no existían las Comunidades Autónomas ni se había todavía España adherido a la UE y, segundo, que tampoco en el seno comunitario se había aprobado el Tratado de Maastricht que permite tal posibilidad. Por ello, de lo que hay que partir, a nivel constitucional, es de la previsión, contenida en el artículo 149.1.3 CE, de que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales.

Lo que sí ha sucedido en España, como ya hemos comentado, durante la VIII legislatura, es que se han aprobado los nuevos Estatutos de Autonomía de la Comunidad Valenciana, Cataluña, Andalucía, Islas Baleares, Aragón y Castilla y León, adoptando dichas normas institucionales básicas disposiciones en la materia que – a nuestro juicio – hubiese sido preferible, en aras a una mayor homogeneidad en todo el territorio, que se hubiesen incorporado a la propia Carta Fundamental. Nosotros, por comodidad, y porque podemos contrastar la literalidad de este precepto con la doctrina constitucional al respecto fijada en el STC 31/2010 vamos a referirnos tan sólo al artículo 186 EAC⁴⁷, cuyo tenor literal es el siguiente:

1. La Generalitat participa en la formación de las posiciones del Estado ante la Unión Europea, especialmente ante el Consejo de Ministros, en los asuntos relativos a las competencias o a los intereses de Cataluña, en los términos que establecen el presente Estatuto y la legislación sobre esta materia.

2. La Generalitat debe participar de forma bilateral en la formación de las posiciones del Estado en los asuntos europeos que le afectan exclusivamente. En los demás casos, la participación se realiza en el marco de los procedimientos multilaterales que se establezcan.

3. La posición expresada por la Generalitat es determinante para la formación de la posición estatal si afecta a sus competencias exclusivas y si de la propuesta o iniciativa europeas se pueden derivar consecuencias financieras o administrativas de especial relevancia para Cataluña. En los demás casos, dicha posición debe ser oída por el Estado.

4. El Estado informará a la Generalitat de forma completa y actualizada sobre las iniciativas y las propuestas presentadas ante la Unión Europea. El Gobierno de la Generalitat y el

⁴⁷ Disposiciones más o menos similares podemos encontrar en los artículos 61.3 EACV, 63 EAEL, 93 EAAR, 234 EAA, y 111 EAB.

Parlamento de Cataluña deben dirigir al Gobierno del Estado y a las Cortes Generales, según proceda, las observaciones y las propuestas que estimen pertinentes sobre dichas iniciativas y propuestas.

La constitucionalidad de este precepto es proclamada por el Alto Tribunal en el fundamento jurídico 120 de la mencionada sentencia. Respecto del apartado primero se encarga de aclarar el garante constitucional que la expresión “legislación sobre esta materia” se refiere, necesariamente, a la legislación estatal en virtud de lo dispuesto en el ya mencionado artículo 149.1.3 CE. Lo mismo con el apartado 2º, que el Tribunal interpreta como una mención general y abstracta al tipo de procedimientos de colaboración en la relaciones de las Comunidades Autónomas con el Estado y la Unión pero precisando que es “evidentemente al legislador estatal a quien compete concretar los supuestos, términos, formas y condiciones de esa participación”. Esta precisión es importante, y recordamos aquí, por ser importante, los efectos *erga omnes* de las Sentencias del Tribunal Constitucional, pues el artículo 232 del EAA parece – como afirma el Profesor J. Fernández Allés – afirmar la participación de Andalucía sin la presencia del Estado aunque durante su tramitación parlamentaria se incorporó el siguiente inciso final: “en los términos que legalmente se determinen” (que ya sabemos que se refiere a la legislación estatal)⁴⁸. Dicha normativa la encontramos en los Acuerdos CARCE de 9 de Diciembre de 2004⁴⁹, que regula, en su artículo 5, la participación del representante autonómico (que es escogido por Conferencias de carácter sectorial) dentro de la delegación española, del siguiente modo:

5. Aplicación de la representación autonómica directa

5.1 El representante autonómico será miembro de pleno derecho de la delegación española a todos los efectos. Representará al conjunto de las Comunidades Autónomas.

5.2 Prestará asesoramiento directo al jefe de la delegación en todo lo referente a la posición común adoptada por las Comunidades Autónomas en relación con los puntos del orden del día en que se traten cuestiones que afecten a sus competencias.

5.3 El representante autonómico podrá solicitar el uso de la palabra al jefe de delegación si se están debatiendo cuestiones que afectan a competencias autonómicas y existe una posición común autonómica que expresar. En este supuesto, el jefe de delegación le cederá el uso de la palabra siempre que lo estime oportuno para la mejor defensa de los intereses españoles.

5.4 La posición común de las Comunidades Autónomas habrá de ser debidamente tenida en cuenta a lo largo de todo el proceso de negociación.

5.5 La responsabilidad última de las negociaciones y de su conclusión corresponderá en todo momento al jefe de delegación.

Por lo tanto, en principio, si bien las Conferencias sectoriales de las Comunidades Autónomas pueden designar un representante para los asuntos que se estén tramitando en Bruselas y que afecten a sus competencias e intereses, pero dicha

⁴⁸ Cfr., FERNANDEZ ALLÉS, J. “La Cooperación Interparlamentaria e Intergubernamental de las Comunidades Autónomas en Asuntos Europeos tras la STC 31/2010. En *Revista de Derecho Político*. Nº 79 (2010). P. 79.

⁴⁹ Publicados en el BOE de 16 de Marzo de 2005.

participación quedará sujeta a las instrucciones del jefe de la delegación, que es siempre el ministro del Estado del ramo. Desde que se aprobaron dichos acuerdos, la representación en Bruselas por Consejeros autonómicos se ha realizado efectivamente.

Con respecto al apartado tercero, el Tribunal establece que, puesto que de acuerdo con la Disposición Adicional segunda el Estado, motivadamente, ante la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, puede apartarse de una posición que se considera por el Estatuto, tampoco puede predicarse sobre él tacha alguna de inconstitucionalidad. Así entendido, concluye el Tribunal que el Estatuto no es foro impertinente para contener disposiciones de este tipo, lo que puede ser riguroso desde el punto de vista técnico, aunque criticable, por lo que hemos dicho, desde el punto de vista de la racionalidad jurídica.

6) Debemos incluir, por último, en este epígrafe, el caso *sui generis* del Reino Unido, donde “desde 1999, se permite la participación de Escocia, Gales e Irlanda del Norte en determinados Consejos. No obstante, no existe un marco legal o un Acuerdo escrito que regule dicha participación, por lo que esta se rige de forma informal, para cada caso, en función de las competencias de las Regiones y los puntos del orden del día del Consejo”⁵⁰

c) Y si las Regiones pueden participar, desde la reforma del TCE, en la fase ascendente de elaboración del Derecho Comunitario, tienen un papel cada vez más relevante también, en el control de la fase descendente de la elaboración de la normativa europea. El papel que les encomienda el Tratado de Lisboa, en concreto, en el control de la aplicación del principio de subsidiariedad va a ser abordado con más o menos profundidad en el último epígrafe de este capítulo y a él nos remitimos ahora.

En conclusión, parece que caminamos hacia una Europa donde, si bien los Estados siguen y probablemente seguirán siendo los actores principalísimos de esta nueva forma de Confederación, la política comunitaria tiene en cuenta cada vez más el aspecto regional y esto, no hace falta ser muy sagaz para darse cuenta, no sólo permite una mayor eficacia en el empleo de los recursos económicos (tal y como vimos en el epígrafe anterior) así como una mayor eficiencia en la toma de decisiones políticas, pues la voluntad comunitaria se nutre de más perspectivas (tal y como acabamos de ver) dentro de los países políticamente descentralizados sino que, a nuestro juicio, han de ser

⁵⁰ Cfr. URIBE ORTAOLA, A. “La participación de las Regiones Europeas...”. pp. 258y ss.

también un aliciente para una paulatina descentralización de Estados otrora más centralizados.

III.2.3) Coyunturalismo: La Unión Europea y su Errática Posición Respecto del Derecho de Autodeterminación.

El objetivo de este Capítulo es mostrar las relaciones entre los procesos de integración europea y los procesos de descentralización en los Estados Miembros que podemos calificar de “ordinarias”. Acabamos de ver como las Regiones participan en la política comunitaria y como la acción de éstas se enfoca buena medida a las mismas. En los próximos epígrafes veremos cómo se ordena la protección de los Derechos Fundamentales y cómo se articula la distribución de competencias en los tres ordenamientos jurídicos (comunitario, estatal, regional). En principio no tiene sentido, ni siquiera, plantearse un “estado de excepción (en terminología schmittiana)”⁵¹ en el marco de la Unión Europea porque ésta no es ningún Estado, que es en el marco en el que, por ser donde reside la soberanía, se tienen que dilucidar, en su caso, las decisiones fundamentales que afectan a los ciudadanos. Sin embargo, la fuerza de los hechos nos obliga a plantearnos, al menos, una de esas “situaciones de excepcionalidad” de gran actualidad en nuestros días, como es la posibilidad de secesión de una parte del territorio de un Estado.

Por ser el Derecho Constitucional una Ciencia conceptual y práctica, debemos comenzar por precisar, con el Profesor J. Ruiperez, los distintos sentidos del “derecho de autodeterminación”, que varía, según estemos en el marco del Derecho Constitucional o del Derecho Internacional. Cuando se emplea el término “derecho de autodeterminación” en lenguaje coloquial éste siempre significa derecho a la secesión de un territorio respecto de un Estado. Así es también como lo emplean los nacionalismos de tipo regional que buscan como objetivo político la independencia.

⁵¹ Es bien sabido que para c. Schmitt, “soberano es quien decide en el estado de excepción” (Cfr., SCHMITT, C. *Teología Política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*. Traducción de Francisco Javier Conde. Struhart & Cia. Buenos Aires 1998. P. 15) H. Heller acoge la teoría, en lo que a la idea de que la soberanía corresponde a un sujeto capaz de imponer una decisión universal se refiere, añadiendo que es únicamente el pueblo el que decide la declaración, subsistencia o levantamiento del estado de excepción (Cfr., HELLER, H. *La soberanía*....Pp. 206 y 207).

Pero en Derecho Público, este concepto es polisémico, pudiéndose distinguir, de la mano del Profesor J. Ruipérez⁵² hasta cinco significados distintos:

a) En primer lugar, y desde el punto del Derecho Público interno el derecho de autodeterminación hace referencia a la existencia, en una Comunidad Política, de Democracia interna. Lo cual, no quiere decir sino que el Pueblo de un Estado se autodetermina mediante la participación en los asuntos públicos del Estado. Y eso exige, como es lógico, mucho más que simplemente participar cada cuatro años en las elecciones con el fin de elegir entre los candidatos o listas de partidos que se presentan al público. Un Pueblo sólo se autodetermina *cuando participa de la constitución democrática de la Comunidad Política*⁵³. Esto conviene si acaso recordarlo aún con más énfasis cuando en Europa estamos asistiendo a un claro proceso de alejamiento del Pueblo de la toma de decisiones *fundamentales*, como demuestra la aprobación del Tratado de Lisboa (refrendado por el electorado únicamente en Irlanda del Norte), relegándolo a la simple elección de listas al Parlamento⁵⁴.

b) En el Derecho Público Internacional – donde los sujetos son, como es sabido – fundamentalmente los Estados, son, siempre de acuerdo con el Profesor Ruipérez, cuatro los significados que podemos dar al Derecho de Autodeterminación. i) En primer lugar, la libre asociación de un Estado con otro: es el caso, bien conocido, de Puerto Rico respecto de los Estados Unidos en 1917. Fue la fórmula que recogía el proyecto de reforma del Estatuto de Guernica vasco (periodísticamente conocido como Plan Ibarretxe) que pretendía modificar las relaciones entre el Estado español y esta

⁵² Cfr. RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *Constitución y Autodeterminación*. Tecnos. 1995 Madrid. Pp. 47 y ss y *Proceso Constituyente, soberanía y autodeterminación*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2003. Pp. 295 y ss,

⁵³ Cfr., en este sentido, FONDEVILA MARÓN, M. “Pobo, Estado, Nación” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*. nº 15. Pp. 199-207.

⁵⁴ En el ámbito comunitario europeo, y sentimos decirlo, se cumple mejor que en ningún otro sitio aquella frase del intelectual, político y escritor gallego, Castelao, que decía aquello de “o pobo é somentes soberán o día das eleccións” (el pueblo únicamente es soberano el día de las elecciones), y aún ni eso, pues, como es sabido, la potestad legislativa de la Unión Europea está compartida entre el Parlamento europeo y el Consejo, incluso decantándose un poco la balanza a favor de éste (Vid. art. 294 TFUE).

En la lección magistral que inauguraba el Seminario Internacional de Nuevas Tendencias del Constitucionalismo en América Latina que se celebró entre el 18 y 20 de Marzo de 2009 en México DF Jorge Carpizo expuso hasta diecisiete requisitos *materiales* que debería cumplir una Democracia Liberal digna de ser llamada tal: “orden jurídico; constitución; Estado de Derecho; sufragio universal; voto libre y secreto; elecciones periódicas; partidos políticos; minorías políticas; gobierno con facultades expresas; protección de Derechos Humanos; calidad de vida; transparencia; control del poder (checks and balances); laicismo; medios de información libres y responsables; y por último, diálogo, negociación y concertación”. Con mayor o menos fortuna dependiendo del caso concreto, en nuestra humilde opinión, en los llamados “Estados occidentales” o del primer mundo se encuentran recogidos de una forma más o menos aceptable todos ellos excepto los cuatro últimos, que son, sin embargo, imprescindibles para hablar de verdadera “Democracia”.

Comunidad y que fue rechazado por el Congreso de los Diputados en 2004⁵⁵. ii) En segundo lugar, como la libre asociación de Estados antes independientes: es el caso, por ejemplo, de la federación estadounidense en 1787 o Alemania en 1919 iii) En tercer lugar, el derecho de autodeterminación puede significar en el Derecho Internacional la decisión de un territorio concreto de seguir perteneciendo al mismo Estado, algo que ocurrió en Canadá con la provincia de Quebec en 1980 y 1995, dado que no se alcanzó el porcentaje de votos suficientes para la independencia. iv) Por último, el derecho de autodeterminación puede verificarse como la secesión de una parte del territorio respecto del resto del Estado. El ejemplo más reciente lo tenemos en el caso de la provincia serbia de Kosovo, último suceso en ese “polvorín” en el que – desde hace ya casi un siglo – se han convertido los Balcanes. Este último caso, el más reciente, se ha producido, como trataremos de demostrar a continuación, con absoluta violación de todas las reglas tanto de Derecho interno como internacional. Y lo peor es que puede sentar un mal precedente para otras regiones europeas con pretensiones independentistas.

Atendiendo al discurso de las fuerzas independentistas de Cataluña y Escocia, no podemos sino darle la razón al Profesor A. C Pereira cuando afirma “Independencia hoy en Europa no tiene mucho más sentido que ingresar en la Unión”⁵⁶, pero estas palabras solo son correctas en sentido político, no jurídico.

De hecho, la cuestión no deja de ser paradójica si se toma en consideración que la hipotética independencia de una parte del territorio de un Estado respecto de éste es una cuestión exclusiva de Derecho Constitucional interno⁵⁷. Por supuesto, el eventual reconocimiento como Estado nuevo por la Comunidad Internacional es algo que depende del Derecho Internacional, pero el hecho de la secesión debe ser llevado a cabo desde las reglas que fije el Derecho Constitucional del anterior Estado. Más aún: en nuestra opinión, y en busca de una compatibilidad entre Derecho Internacional y Derecho Constitucional creemos que la Comunidad Internacional debería exigir, para reconocer a un nuevo Estado, que la secesión se haya producido de un modo

⁵⁵ La característica más peculiar del federalismo español es precisamente la necesidad de la doble voluntad para la reforma estatutaria: del parlamento autonómico por un lado, y de las Cortes Generales por otro (Vid. art. 147.3 CE). En el caso del Estatuto vasco, esta obligación se encuentra consignada en el art. 46.

⁵⁶ PEREIRA MENAUT, A.C. *Política, Estado, Derecho*. Colex. Madrid 2008. P. 183.

⁵⁷ Cfr., RUIPÉREZ, J. “El ius secessionis en la confrontación derechos humanos-derechos fundamentales. Algunas reflexiones sobre las últimas propuestas de los partidos nacionalistas en España”, en RUIPÉREZ, J. *Proceso Constituyente, Soberanía y Autodeterminación*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2003. Pp. 239-295.

constitucionalmente legítimo. Porque, entiéndase bien: obviamente, como sabe todo jurista mínimamente informado, en el ámbito internacional existe un derecho de autodeterminación de los pueblos sometidos a situaciones de dominación o persecución étnica dentro de un Estado⁵⁸. *Fuera de esos supuestos la secesión de un territorio respecto del Estado sólo es legítima si lo permite el Derecho Constitucional del mismo*⁵⁹. Esta máxima no es incompatible, aunque se exprese muy mal, con la jurisprudencia de la Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 22 de Julio de 2010, relativa a la independencia de Kosovo. Una lectura superficial de un pronunciamiento, lamentamos decir, de muy baja calificación técnica, podría llevar a conclusiones erróneas (incluido dudar de la propia normatividad del Derecho Internacional) y, por ello, vamos a tratar de aclarar algunos pasajes problemáticos. Comienza el Tribunal, como no podía ser de otro modo, reconociendo que existe un derecho de autodeterminación de los pueblos en los casos a los que nos acabamos de referir (principios del párrafo 79) y, en el párrafo siguiente, afirmando que el principio de integridad territorial que se deriva de determinados textos internacionales se aplica solamente a las relaciones entre Estados y que, en consecuencia, no se puede deducir ninguna prohibición de Derecho Internacional a la secesión de un territorio respecto de un Estado. Hasta aquí nada que objetar, pues nadie puede poner en duda el principio jurídico que ha permitido la descolonización ni el hecho indiscutible de que el Derecho Internacional regula las relaciones entre Estados y no las relaciones entre éstos y territorios autónomos de los mismos.

A partir de aquí cada pronunciamiento nos parece más disparatado que el anterior. En estas páginas nos ocuparemos sólo de la parte de la sentencia contenida entre los párrafos 79-84, concernientes a la compatibilidad de la independencia unilateral declarada por las autoridades de Kosovo respecto del Derecho Internacional general, pues su compatibilidad con la concreta Resolución del Consejo de Seguridad 1244 (1999), afirmada, paradójica y contradictoriamente, sobre el hecho de que fue

⁵⁸ Vid., Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 1), Resolución de la Asamblea de Naciones Unidas 2625 (XXV), , y Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pp. 31-32, paras. 52-53; East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 102, para. 29; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I), pp. 171-172, para. 88”.

⁵⁹ Vid., LOPEZ BASAGUREN, A. “La independencia de Escocia en la Unión Europea. Los efectos de la secesión de territorios en la UE entre política y derecho” En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 33, 2014. P. 71.

adoptada por autoridades no sometidas al mandato de las mismas, precisamente por haber sido sentenciado así, carece para nosotros del menor interés.

Ciñéndonos, entonces, a los pronunciamientos en relación con el Derecho Internacional general, en el párrafo 79 *in fine*, sorprende el Tribunal, afirmando que “*A great many new States have come into existence as a result of this right [de autodeterminación de los pueblos]. There were, however, also instances of declarations of independence outside this context. The practice of States in these latter cases does not point to the emergence in international law of a new rule prohibiting the making of declaration of independence in such cases*” y ésta es la base de su argumentación para finalmente concluir, de un modo tan lacónico como infundado, que “*the Court considers that general international law contains no applicable prohibition of declarations of independence. Accordingly, it concludes that the concludes of 17 of February 2008 did not violate general international law*”⁶⁰.

Pues bien, aun cuando este último pronunciamiento es el que sirve de argumento a no pocos sectores independentistas vascos y catalanes para afirmar que tienen derecho a separarse de España, si lo decide democráticamente su electorado, por la sencilla razón que el Derecho Internacional no lo prohíbe, lo primero que hay que decir al respecto es que una lectura atenta de la Sentencia lleva a la conclusión (y ya es discutible) de que la independencia unilateral de un país no está prohibida por el Derecho Internacional, lo cual no implica que no lo pueda estar por el Derecho Constitucional de ese Estado. Y a esta conclusión es imperativo que llegue cualquier jurista independientemente de la postura metodológica que adopte respecto a las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional.

Desde luego coincidirá con nosotros el jurista que parta de un dualismo entre Derecho Internacional y Derecho Constitucional y considere, por tanto, como lo hacemos nosotros, que el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional se desenvuelven en planos diferentes (siendo el segundo un Derecho de los Estados, establecido en los Tratados, para lograr la paz mundial), aun cuando el desarrollo de ambos corra paralelo y las Constituciones se “internacionalicen” al tiempo que el Derecho Internacional se “constitucionaliza”, pues para este jurista el Derecho Internacional, sencillamente, no regula el derecho de secesión de un territorio respecto

⁶⁰ *Vid.*, Sentencia de 22 de Julio de 2010. Párr. 84.

de un Estado, excepto en el supuesto que hemos mencionado, porque los Estados no lo han establecido así en un Tratado.

Pero coincidirá también con nosotros, esperamos, el jurista monista coherente que, aunque considere que el Derecho (entendido globalmente) se organiza a modo de pirámide kelseniana, en cuya cúspide, por encima de los ordenamientos constitucionales de los Estados, y ostentando siempre primacía sobre los mismos, se encuentra el Derecho Internacional⁶¹. Este jurista, que parte de presupuestos metodológicos tan distintos a los nuestros, convendrá, sin embargo, en que en tanto que no existe un derecho subjetivo a la secesión de Estados democráticos, que aunque el Derecho Internacional no lo prohíba expresamente, ninguna Región de un Estado puede separarse lícitamente del mismo si lo prohíbe expresamente el Derecho Constitucional de aquel Estado; pues una cosa es afirmar la primacía del Derecho Internacional y otra distinta es ignorar lo que dispone el Derecho Constitucional estatal. Por supuesto, esto no le corresponde hacerlo al TIJ, que no puede ni debe entrar en cuestiones constitucionales, pero si debe hacerlo el jurista teórico que debe afrontar un problema como el de la secesión de un Estado desde una perspectiva global. El error del Tribunal, sin embargo, en este punto, es haber analizado de manera demasiado simplista el principio de respeto a la integridad de los Estados. Su pronunciamiento, que ya hemos expuesto, consistente en afirmar que se trata de un principio que afecta exclusivamente a los Estados, es correcto pero insuficiente. Lo que debería haber hecho el Tribunal, en lugar de conducirse a través de una relación de sucesos históricos de hecho de los que difícilmente pueden extraerse consecuencias jurídicas, es haber afirmado que es que el respeto a la integridad de los Estados puede que no prohíba a una Región iniciar un proceso de secesión respecto del Estado en la que ésta se haya, pues efectivamente es un principio que afecta sólo a las relaciones entre Estados, pero que si esta secesión se declara inconstitucional por los órganos competentes de ese Estado, tal principio exige el no reconocimiento del Estado nuevo por parte de la Comunidad Internacional, pues lo contrario, o sea, reconocer una situación ilícita por la que un Estado ve como se cercena una parte de su territorio, sí viola el principio de respeto a la integridad territorial de los Estados. El reconocimiento, sobre todo cuando es prematuro, de un nuevo Estado surgido en contra del Derecho Constitucional de otro, convierte a los Estados que lo

⁶¹ No entramos ya, en la distinción entre monismo jurídico moderado y radical (a este respecto remitimos a: RUIPEREZ ALAMILLO, J. *Libertad Civil E Ideología Democrática*. IJ-UNAM. México. 2008. P. 104.

reconocen, aun cuando no hayan ayudado (por ejemplo, económica o militarmente) a la antigua región a lograr su independencia, se convierten en avalistas del acto ilegal de ésta. Como hemos visto en el Capítulo II, existen varias sentencias, al menos, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de Canadá, y de nuestro Tribunal Constitucional en contra de esta posibilidad. En nuestra humilde opinión, más valía que el TIJ hubiese, dentro del dialogo entre Tribunales que se vuelve una imperiosa necesidad en nuestros días, haber mirado estos pronunciamientos de Cortes judiciales que, por tanto, deciden en base a Derecho, en lugar de los pronunciamientos, políticos y contradictorios, de la Organización de Naciones Unidas en otros casos.

De hecho, será lo habitual, incluso en los Estados federales o políticamente descentralizados, que el Estado se oponga a cualquier intento de secesión por parte de uno de sus miembros. R.R Bowie y C.J Friedrich lo expusieron claramente en un estudio clásico acerca del federalismo. Indican, en primer lugar que, en la práctica, la organización central siempre combate los intentos de secesión. En segundo lugar, que aunque no desnaturaliza al Estado Federal el reconocimiento del derecho de secesión, éste solo resulta pensable en un momento inicial de la Federación, puesto que si un miembro importante de la Federación en la que se reconoce este derecho amenaza constantemente con ejercerlo, estaría con ello poniendo en peligro la totalidad de la Federación. Afirman, incluso, que hasta cierto punto el reconocimiento del derecho de secesión en una Federación es incompatible con ésta, en tanto que impide que la ley federal sea suprema y directamente efectiva sobre los individuos⁶². Si el Derecho Constitucional es, junto con la Ciencia Política, un sector de la disciplina más amplia Derecho Político, y es precisamente el sector que se encarga de la tecnificación jurídica de algunos aspectos políticos⁶³, es lógico y normal que las no quepa en las

⁶² Cfr., BOWIE, R.R. Y FRIEDRICH C.J. *Estudios sobre el Federalismo. Análisis comparado de la Constitución de Austria, Canadá, Alemania, Suiza y los Estados Unidos*. Editorial bibliográfica argentina. Pp. 854-855. También el Profesor J. Ruiperez coincide, en esencia con este planteamiento, en su obra *Entre el Federalismo y el Confederantismo*, y a propósito de un comentario sobre la crítica de K. Hesse a R. Smend, por cuanto que este seguía considerando (erróneamente, a juicio de su discípulo) el principio de lealtad federal como inherente al Estado federal el Profesor de la Universidad de la Coruña se pronuncia, y precisamente haciendo referencia a acontecimientos recientes de la vida política española, de la mano del Profesor P. De Vega, que en todo Estado federal, aun cuando no esté basado (como la Confederación) en un contrato, junto con la garantía, asegurada por el Estado, de autonomía de los entes descentralizados, éstos deben asegurar también el funcionamiento del Estado en su conjunto. (Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. *Entre el Federalismo y el Confederantismo. Dificultades y problemas para la formulación de una teoría constitucional para el Estado de las autonomías*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2010. p. 44).

⁶³ Cfr., LUCAS VERDÚ, P. *Curso de Derecho Político*. Vol I. 2ª ed. revisada y aumentada. Tecnos. Madrid. 1980. Pp. 37 y ss.

Constituciones de los Estados (ni siquiera, de los Estados Federales) el derecho unilateral de secesión como, de hecho, por paradójico que pueda resultar, no lo reconoce la Constitución de Kosovo, después de haberse convertido este Estado en el paladín de la defensa de este derecho. Pero, en segundo lugar, debemos decir que la argumentación del Tribunal Internacional de Justicia es incoherente, pues ¿qué sentido jurídico tiene, el derecho de autodeterminación de los pueblos sometidos a situaciones de dominación, explotación o persecución (concebido como un verdadero derecho subjetivo) si, en ningún caso, está prohibida por el Derecho Internacional la secesión de ningún territorio respecto del Estado en el que está inserto? Haciendo una interpretación de conjunto con lo que vamos a ver a continuación parece que se trata de asentar como regla que la secesión de los pueblos titulares del derecho de autodeterminación recogido en los textos internacionales referidos puede realizarse incluso con violencia, si es necesario, mientras que, fuera del marco de ese derecho, la independencia no es contraria a Derecho Internacional si se lleva a cabo pacíficamente.

Es más, el Tribunal Internacional de Justicia tuvo que plantearse la aparente contradicción entre su primera afirmación – que hemos comentado *supra* - y la realidad, que demuestra que varias declaraciones de independencia recibieron la condena del Consejo de Seguridad de la ONU. Sin demasiada profundización, resuelve el tema diciendo, simplemente, que: “*The Court notes, however, that in all of those instances the Security Council was making a determination as regards the concrete situation existing at the time that those declarations of independence were made; the illegality attached to the declarations of independence thus stemmed not from the unilateral character of these declarations as such, but from the fact that they were, or would have been, connected with the unlawful use of force or other egregious violations of norms of general international law, in particular those of a peremptory character (jus cogens)*”⁶⁴. Hubiese sido deseable, para una mayor concreción de la doctrina expuesta, saber a qué situaciones de uso ilegítimo de la fuerza o violaciones de normas de *ius cogens* se refiere, pero incluso en ausencia de tal concreción debemos criticar, desde el punto de vista normativo, que la legalidad o ilegalidad de una situación tan extraordinaria como la secesión de un territorio respecto de un Estado pueda juzgarse desde el criterio de si fue llevada a cabo, o no, pacíficamente, pues resulta bastante pueril y superficial, como principio jurídico, que una declaración de independencia,

⁶⁴ *Vid.*, Sentencia de 22 de Julio de 2010. Párr. 81.

incluso en contra de la legalidad constitucional de un Estado, no sea contraria a Derecho Internacional por el sólo hecho que no haya resultado violenta. Y si lo que ocurre es que el Tribunal – lo cual, por cierto, por lo que venimos sosteniendo, demostraría un buen criterio – consideraba que la independencia de Kosovo era un tema, por no darse en el momento que se produjo la situación de crisis humanitaria que propició la misión de Naciones Unidas en 1999, estrictamente de Derecho Constitucional serbio, debió decir esto al tiempo que declinaba su competencia, en lugar de mantener el insostenible pronunciamiento de que ninguna independencia unilateral es contraria a Derecho Internacional.

Pero para el propósito de nuestro trabajo más importante que la crítica al TIJ nos interesa criticar la errática postura de la Unión Europea. La Unión Europea no es ya que modificase, paradójicamente de modo paralelo al que se establecía un régimen constitucional respetuoso con los Derechos Humanos en Serbia, su postura de reticente a claramente partidaria de la secesión de Kosovo sino que, además, mantuvo una postura diferente respecto de la secesión de Abjasia y Osetia del Sur respecto de Georgia y de Kosovo respecto de Serbia, con base, simplemente, en intereses políticos coyunturales como lo es si estas regiones eran más o menos próximas a mantener relaciones de buena vecindad o, incluso, integrarse a medio-largo plazo en la Unión o no. De este modo la Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo de 26 de Febrero de 2004 y la Resolución, también del Parlamento, de 17 de Enero de 2008, manifestaban el apoyo a la integridad territorial de Georgia e, incluso, ofrecía su apoyo para solucionar los conflictos territoriales. Radicalmente distinta fue su postura respecto de Kosovo, y así, en Comunicación de 2005 de la Comisión al Consejo, titulada “un futuro europeo para Kosovo” abogó claramente por la independencia de esta provincia respecto a Serbia y, más aún, por su futura integración en la Unión Europea⁶⁵. Si se analiza el texto de este documento, y en concreto, la parte que dice que “la Comisión continuará ayudando a avanzar hacia la consecución de sus aspiraciones europeas, siempre que los dirigentes políticos de Kosovo estén firmemente comprometidos con el respecto de los principios democráticos, los derechos humanos, la protección de las minorías, el Estado de Derecho, la reforma económica del mercado y los valores sobre los que se asienta la Unión Europea” se comprueba que las Instituciones europeas incumplieron, al hablar de un futuro de Kosovo cuando esta

⁶⁵ Vid. COM (2005) 156 Final de 20 de Abril de 2005.

provincia no había todavía, ni siquiera, proclamado su independencia de Serbia, no ya sólo el principio de integridad territorial que debe regir las relaciones internacionales (aunque la UE no sea un Estado como tal, pero sí una Organización de Estados) sino la propia norma que, *ad intra* predica en el art. 4.2 TUE⁶⁶. En consonancia con esta esquizofrenia de las UE, muchos de los Estados que forman parte de la misma, estando entre las excepciones, con buen criterio, en tanto que fue una secesión, como venimos sosteniendo, contraria tanto al Derecho Internacional como al Derecho Constitucional, España⁶⁷, reconocieron Kosovo como Estado independiente.

Compartimos la crítica a esta actitud Unión Europea expuesta, con la contundencia que le caracteriza, por una autora tan, por lo demás, europeísta, como lo es la Profesora A. Mangas, quien nos dice: “No es la primera vez ni será la última en la que la UE, al tiempo que se envuelve en la retórica del respeto al Derecho Internacional y a los Derechos Humanos, aplica una política diametralmente opuesta. A la UE, como a todas las grandes potencias, le molesta el Derecho Internacional cuando no sirve a sus intereses políticos”⁶⁸.

Constatar esto no sería más – y no sería poco – que poner de manifiesta que la Confederación europea parece nacer con los mismos vicios que los grandes Estados nacionales, pero a nosotros nos interesa por una razón más, y es que con su esquizofrénica actitud alienta a movimientos secesionistas en su interior. A este respecto, lo que nos importa ahora destacar es que de ello toman buena nota los nacionalismos de ámbito regional. Así, el Partido Nacionalista Vasco en un documento de 17 de noviembre de 2006 decía lo siguiente:

“El referéndum de autodeterminación celebrado en Montenegro, avalado por la Unión Europea, y la probable independencia de Kosovo, en un proceso dirigido por la ONU, han suscitado la convocatoria de consultas populares en el este europeo (...) En este caso, a diferencia de Montenegro, serían las Naciones Unidas las que garantizarían la autodeterminación de Kosovo, vulnerando la Constitución serbia, en virtud del propio derecho de autodeterminación de los pueblos dimanado de la doctrina de las Naciones Unidas (...) En definitiva, la expansión de la democracia en el mundo actual está vinculada a la multiplicación de pequeñas naciones políticas favorecidas por las redes transnacionales de tamaño imperial”

e instaba al Gobierno español a que reconociese a Kosovo como Estado independiente.

⁶⁶ Para más información sobre la política de la UE acerca de Kosovo y los Balcanes *Vid.*, http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_6.5.2.html. Aun cuando haya cinco estados que ni siquiera lo consideran país independiente, se le considera, sorprendentemente “candidato potencial”.

⁶⁷ 22 de los 28 actuales Estados de la Unión no reconocen a Kosovo, entre los que se encuentran España, Grecia, Chipre, Rumania y Eslovaquia.

⁶⁸ MANGAS MARTÍN, A. “Kosovo y la Unión Europea: una secesión planificada”. En *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. LXIII (2011), 1. P. 122.

Y sin referirse en concreto al tema de Kosovo, pero evidentemente teniéndolo presente, un documento del Consejo Asesor para la Transición Nacional sobre las vías de integración en la Unión Europea de una Cataluña independiente, de 14 de Abril de 2014⁶⁹, partía, nada más y nada menos que como premisa, de la “flexibilidad y pragmatismo” de la Unión Europea, como base para una futura negociación de adhesión.

Lógicamente, no es este el momento y el lugar para una profusa crítica de un documento puramente político, con escaso o nulo valor jurídico, que trata a todas luces de esquivar lo que es a todas luces el problema radical al que deberían enfrentarse Cataluña y el País Vasco, tras una hipotética independencia, y antes de su integración en la Unión Europea, y que no es otro que cómo convencer a todos los Estados descentralizados en los que existen tensiones territoriales (Alemania, Italia, Bélgica etc.) de crear semejante precedente no decimos ya de facilitar, sino simplemente de que permitir a las antiguas regiones ingresar como miembros de pleno derecho de la Unión.

El artículo 49 TUE, es claro al respecto:

“Cualquier Estado europeo que respete los valores mencionados en el artículo 2 y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión. Se informará de esta solicitud al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales. El Estado solicitante dirigirá su solicitud al Consejo, que se pronunciará por unanimidad después de haber consultado a la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, el cual se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen. Se tendrán en cuenta los criterios de elegibilidad acordados por el Consejo Europeo.

Las condiciones de admisión y las adaptaciones que esta admisión supone en lo relativo a los Tratados sobre los que se funda la Unión serán objeto de un acuerdo entre los Estados miembros y el Estado solicitante. Dicho acuerdo se someterá a la ratificación de todos los Estados contratantes, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”.

A pesar de ello los nacionalismos de la UE, el catalán, y el escocés antes del resultado del referéndum, insisten⁷⁰ en el pragmatismo de la UE para sostener que tras la independencia se mantendrían, sin solución de continuidad, dentro de la Unión Europea. Y lo que resulta aún peor: sostienen repetidamente, como si eso hiciese que fuese más verdad, que los Tratados son ambiguos y que no prevén expresamente el supuesto de una hipotética secesión de un territorio de un territorio europeo. Siguiendo de nuevo a la Profesora A. Mangas hay que empezar diciendo que: “El Derecho de la Unión Europea no puede ni debe regular la secesión ni las consecuencias específicas de una pérdida ni de un aumento del territorio de uno de sus Estados (...) No es una laguna

⁶⁹ http://premsa.gencat.cat/pres_fsvp/docs/2014/04/14/16/56/1306bad3-6a4c-4027-a013-8dba98347ffe.pdf.

⁷⁰ En el caso escocés, en el *White paper*, titulado “*Scotland future. Your guide for an independent Scotland*”, de Noviembre de 2013, también consultable a través de internet: <http://www.scotland.gov.uk/Resource/0043/00439021.pdf>.

de los Tratados; tampoco se puede decir que las normas de la UE son ambiguas (...) La secesión no es ni puede ser regulada en los Tratados de UE pues *el territorio de cada uno de los Estados no es competencia de la UE*⁷¹. La Unión, como indica el Profesor J. Ruiperez, se ocupará de la secesión sólo en la faceta que como Comunidad de Estados le incumbe, esto es, el reconocimiento (que en el caso comunitario podemos traducir por adhesión) del eventual nuevo Estado independiente⁷². En nuestra humilde opinión (aunque esto es ya una propuesta de *lege ferenda*, pues desde nuestro punto de vista el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional son dos órdenes distintos e independientes) una necesaria y deseable compatibilidad entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional, que van camino, actualmente, de confluir en un mismo estatus de derechos y en un similar nivel de seguridad jurídica, exigiría, a diferencia de la errática posición que hasta ahora ha mostrado la Comunidad Internacional, para este reconocimiento que la secesión, que la misma se haya llevado a cabo de acuerdo con el Derecho Constitucional nacional del Estado precedente.

Pero incluso hay que matizar una cuestión: no es lo mismo la adhesión que la secesión de territorios. Si un Estado se anexiona un territorio (y en la Unión Europea ha ocurrido dos veces en Alemania), podemos suponer razonablemente que el Estado Miembro en el que estos territorios se insertan se convierte en garante de los valores y principios enunciados en el art. 2 TUE y que son requisito indispensable para formar parte de la Unión Europea. Cuestión distinta es, sin embargo, el supuesto de la secesión. El nuevo Estado, va a tener, antes de nada, que proclamar una Constitución, con unos Derechos Fundamentales y tendrá, además, que demostrar, en la teoría y en la práctica, ante las instancias europeas, que ofrece suficientes garantías de su eficacia. No hay motivo jurídico para presuponer de modo apriorístico que la antigua Región, ahora constituida en Estado tenga la voluntad política (con un gran esfuerzo de imaginación, si acaso, esta sí se podría presuponer en tanto que manifieste inequívocamente su voluntad europeísta) y, sobre todo, los medios materiales para establecer una Constitución democrática real. Y en todo caso, no se puede una Comunidad de Derecho empeñarse en un objetivo político al margen absolutamente de los procedimientos y de las formas jurídicas. La aceptación de un nuevo Estado en la UE no sólo requiere la

⁷¹ MANGAS MARTÍN, A. “La secesión de territorios en un Estado Miembro: efectos en el Derecho de la Unión Europea”. En *Revista de Derecho de la Unión Europea*. Nº 25 (2013). P. 57. La cursiva es nuestra.

⁷² Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. “La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña en el contexto de la Constitución española de 1978 y el Tratado de Lisboa” *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 31. P. 121.

unanimidad de la propia admisión del nuevo Estado (que es lo los nacionalistas quieren imponer a todos los Estados Miembros) sino la reforma, también por unanimidad⁷³, de los Tratados, para establecer cuestiones como su representación en el Parlamento y en otras instituciones, lenguas oficiales, nombre del nuevo EM etc. ¿No son acaso conscientes, ninguno de los asesores jurídicos de los políticos nacionalistas, de estas dificultades?

III.3) Elementos que muestran influencias recíprocas.

III.3.1) Los Catálogos de Derechos.

En el ámbito estatal, por ser aquél en el que reside la soberanía popular y ser, en consecuencia, el “ámbito primordial de la vida política democrática” (P. De Vega⁷⁴) los Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución se presentan, a su vez, como límites y orientaciones a la acción del legislador democrático, sometido a la Constitución. Así, ha dicho el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en una conocida resolución, de la que fue ponente el Juez Robert Jackson, y en la que se afirma que “el auténtico propósito de una declaración constitucional de derechos es sustraer ciertas materias de las vicisitudes de las controversias políticas, situarlas más allá del alcance de los políticos y funcionarios, sancionarlas como principios que hay que aplicar por parte de los Tribunales”⁷⁵. A propósito de la misma, ha podido decir el Profesor y ex Presidente del Tribunal Constitucional italiano, G. Zagrebelsky, con una expresión tan provocadora como discutible, aunque con una correcta idea subyacente, que “la Constitución es aquello sobre lo que no se vota”⁷⁶. En realidad, lo que es cierto es que la Constitución, y en concreto las declaraciones de derechos son límites, y a su vez fundamento, como hemos dicho, de la acción del legislador salido de las urnas, pero

⁷³ Vid., art. 48 TUE. La aceptación del Consejo del debate de la propuesta pero si la aprobación final de la misma.

⁷⁴ Cfr., DE VEGA, P. “La Democracia como proceso (Algunas reflexiones desde el presente del republicanismo de Maquiavelo)” en GUERRA, A. y TEZANOS, J.F. (eds.). *Alternativas para el siglo XXI. I encuentro de Salamanca. Sistema. Madrid. 2003.* P. 42.

⁷⁵ Vid., caso *compulsory flag salute*: West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943). Nº 591. No deja de ser paradójico, visto el contenido de esta Resolución, que, sin embargo, haya sido adoptada por una mayoría de 6-3 en el seno del Tribunal.

⁷⁶ Vid., ZAGREBELSKY, G. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la Política.* Traducción de Manuel Martínez Neira. Trotta. Madrid. 2005. P. 27.

no lo es, en rigor, que sobre la Constitución no se vote, pues aparte de que ésta pueda ser reformada, también en lo que a la formulación de los Derechos Fundamentales se refiere⁷⁷, todos los poderes públicos, y especialmente el legislador democrático, implementa e interpreta (sin perjuicio de que corresponda al Tribunal Supremo o al Tribunal Constitucional la última palabra al respecto) la Constitución en su actividad legislativa ordinaria. Lo contrario supone incurrir en la contradicción del Estado liberal de, por considerar los Derechos Humanos, desde un punto de vista *iusnaturalístico*, una esfera negativa de protección del individuo ajena al Estado, los dejaba, a fin de cuentas, sin una efectiva garantía, especialmente por lo que respecta a la igualdad. La eficacia de los Derechos Fundamentales dependía de este modo, de la voluntad de aquél (el legislativo) contra el que, en su caso, se deberían oponer. Como es sabido, a partir de la II Guerra mundial se ponen de manifiesto las carencias de este modelo de Estado, y tiene lugar la aparición histórica del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, el cual parte de presupuestos *iusfilosóficos* diferentes, incorporando el pacto social al pacto constitucional o, lo que es lo mismo, eliminando la separación entre Estado y sociedad e incidiendo en los Derechos Fundamentales, positivados en los textos constitucionales, a través, fundamentalmente, de la Ley, concebida entonces como instrumento de Libertad⁷⁸. A pesar de este cambio, bien conocido por todos aquellos que se han ocupado de las cuestiones fundamentales de los ordenamientos constitucionales modernos, “gran parte de la doctrina sigue anclada en la fundación antropocéntrica y *iusracional* de los Derechos Humanos; en el fondo, no se ha asimilado plenamente la idea de que la positivación constitucional de los derechos les priva de su presupuesto carácter preestatal, de su pretendida condición *natural* de derechos *inviolables, inalienables e imprescriptibles*. Como decía Jellinek, no todos los que niegan el derecho natural están libres de sus cadenas”⁷⁹.

Como quién nos haya seguido hasta aquí ya habrá intuido la situación es distinta con las declaraciones derechos contenidas en catálogos tanto *supra* como *infra* estatales. La razón – creemos – tampoco habrá de ser muy difícil de comprender: por no ser, refiriéndonos ahora tan sólo a las declaraciones de derechos contenidas en

⁷⁷ Huelga decir que aunque el poder de reforma puede modificar los catálogos de derechos, lo que no puede es suprimirlos, o recortar sustancialmente las garantías, de un modo global.

⁷⁸ Vid., por todos, GRIMM, D. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Estudio preliminar de Antonio López Pina. Trotta. Madrid 2006. Pp. 99-106. Sobre la separación Estado-Sociedad, Cfr., GARCÍA PELAYO, M. *Derecho Constitucional Comparado*...Pp. 348-349.

⁷⁹ BATIDA FREIJEDO, F.J, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I, REQUEJO RODRIGUEZ, P, PRESNO LINERA, M.A, ALÁEZ CORRAL, B, FERNÁNDEZ SARASOLA, I. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1978*. Tecnos. Madrid. 2004. P. 31.

documentos infraestatales, la plasmación de la voluntad soberana, absoluta e ilimitada, estos catálogos de derechos aprobados por un legislador estatutario (casos de España e Italia), un simple legislador (Canadá) o por un poder constituyente (Estados Unidos, Alemania, México, Argentina) que está siempre sometido a la Constitución federal la verdadera efectividad de estos derechos está también sometida a límites. En concreto se encuentra limitada, tal y como hemos ido viendo, por la esfera competencial de estos entes descentralizados y, también, por la existencia de un poder judicial y por un procedimiento, previsto en la legislación procesal, de amparo de estos derechos reconocidos en las normas de cabecera de tales entes. De este modo, podemos decir, que las declaraciones de derechos reconocidos en los Estatutos de Autonomía o constituciones estatales de los entes descentralizados de los Estados federales, el reparto competencial entre el Estado Federal y sus miembros, y la justicia constitucional se encuentran, en este tipo de Estados, en una relación de interdependencia. Es, en consecuencia, en los Estados (especialmente España, pero también Italia y Austria) donde estos elementos no se encuentran bien incardinados, donde se producen las distorsiones que impiden la correcta eficacia de los derechos.

El caso de la Unión Europea es tan sólo parcialmente diferente: son Conferencias Intergubernamentales las que aprueban Tratados Internacionales que reconocen, en su caso, como lo hizo el Tratado de Lisboa, catálogos de derechos (la Carta de Niza) que, una vez ratificados, pasan a formar, de acuerdo con los procedimientos constitucionales de recepción de cada Estado Miembro, del Derecho interno. Pero, tal y como hemos visto en el Capítulo II, y también de manera obvia, estos derechos están limitados a la esfera competencial. En otra ocasión, cuando tuvimos oportunidad de analizar el Tratado de Lisboa, aprobado pero que no estaba todavía en vigor, y comentábamos la incorporación de la Carta de Niza a los Tratados originarios, al mismo tiempo que desaparecían las competencias implícitas, ya dijimos que, de no haberse hecho así, dada la amplitud de la Carta de Niza, la Unión Europea podría fundamentar un título competencial sobre casi todo⁸⁰.

Lógicamente, no es este el momento ni el lugar oportuno para desarrollar toda una dogmática sobre los Derechos Fundamentales y su protección por el Estado constitucional, pero sí nos interesa, por ser el objeto de estas páginas, aclarar algunas cuestiones conclusivas y generales respecto a lo que hemos visto en el Capítulo II por

⁸⁰ Cfr., FONDEVILA MARÓN, M. “La disolución de la soberanía en el ámbito estatal: los efectos de la integración europea” en *Estudios Constitucionales*. Año 7 (2009). Nº 1. P. 240.

cuanto afecta su protección en el Estado Federal, en los entes descentralizados de este tipo de Estado, y por los órganos centrales de una Confederación. Con un esfuerzo de síntesis didáctica podemos decir que rigen las siguientes reglas: a) las Constituciones de los Estados federales establecen un estándar mínimo de derechos que, eventualmente, puede ser ampliado, nunca reducido, por las colectividades miembro de dicho Estado, así como por Organizaciones de Derechos Humanos (Consejo de Europa) y Confederaciones de Estados (Unión Europea). b) El principio de supremacía constitucional, sólo predicable de la Constitución del Estado, por ser donde reside la soberanía popular, supone que la mera inclusión en la Constitución de un catálogo de derechos atribuye a la Federación la competencia para hacerlos valer, frente a violaciones tanto del legislador federal como del legislador estatal, regional, o autonómico pero no, en principio, salvo casos excepcionales, de los actos legislativos emanados de los órganos de la Confederación. Las colectividades miembro y la Confederación necesitan, sin embargo, habilitación competencial para implantar un sistema de protección de Derechos Fundamentales. c) En ningún caso, ni para los órganos de la Federación, ni para los de los estados, Comunidades Autónomas o Regiones, los Derechos Fundamentales suponen título competencial sobre el que fundamentar una acción legislativa.

Veamos con algún detenimiento cada una de las tres:

a) Respecto de la primera poco tenemos que añadir a lo ya visto en el Capítulos anteriores de este trabajo. Recapitulando, diremos que existen, en Derecho Comparado, dos modelos de protección de Derechos Fundamentales: el norteamericano y el germánico. Ambos se caracterizan por ser un sistema alternativo de protección de derechos, lo que quiere decir, que los litigantes pueden elegir entre hacer valer los derechos de las Constituciones federales o regionales, pero se diferencian, en que, en caso de duplicidad de derechos, en el modelo norteamericano se admite la interpretación de acuerdo con los fundamentos adecuados e independientes, mientras que en el modelo germánico prima la interpretación establecida por el Tribunal Constitucional Federal⁸¹.

No se puede trasponer esta regla, en principio, para el caso de las Organizaciones de Estados de Derecho Internacional. La diferencia encuentra su justificación, en nuestro caso, por los art. 10.2 y 96 de nuestra Carta Fundamental. Así,

⁸¹ Con mayor profundidad en FONDEVILA MARÓN, M. "El modelo confederal e imperfecto de protección de derechos fundamentales en la UE" En *Revista de Derecho de la UNED*. Nº 11 (2012). Pp. 317-332.

hemos visto en el Capítulo I como el TJUE, en la Sentencia *Melloni*, indicaba que los Estados Miembros de la Unión no podía aplicar un estándar de protección de Derechos más elevado que el que ofrecía la Carta, en materias competencia del Derecho de la Unión.

Un problema diverso se ha debatido en nuestro país consecuencia de la STEDH en el caso *Del Rio Prada c. España*, por la exigencia de este órgano de que la etarra fuera puesta inmediatamente en libertad, junto con que le fuese abonada una indemnización, de acuerdo a la interpretación, por parte de este órgano, del principio de no retroactividad de las penas privativas de libertad, contemplado en el art. 7 CEDH⁸². Se plantearon las dudas, entonces, a falta de cauce procesal expreso para la ejecución de sentencias del TEDH⁸³, sobre si la AN podía, como afortunadamente hizo, a nuestro juicio, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional⁸⁴, ordenar la inmediata puesta en libertad de la presa y cómo se aplicaría la doctrina del Tribunal europeo a los reos en una situación similar. En el acuerdo del pleno de 13 de Noviembre el TS indicaba que “considera necesario que el Poder legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH”, aunque dejaba finalmente la decisión sobre las excarcelaciones concretas en aplicación de la doctrina al Tribunal competente. Como no podía ser de otro modo, pues, la STEDH, se cumplía en España, incluso a falta de cauce legal oportuno, y en contra, esto es lo importante, de la jurisprudencia tanto del TS como del TC, que había rechazado la demanda de amparo. La solución, pues, al interrogante que nos planteábamos en el primer Capítulo de este trabajo sobre qué supone una interpretación “más favorable” de los Derechos Humanos, de acuerdo, en el caso europeo, con el art. 53 de la Carta de Roma, y el art. 53 de la Carta de Niza, parece corresponder a la interpretación que hagan los Tribunales del Consejo de Roma y de la Unión Europea respectivamente.

Permanece latente un conflicto a tres o cuatro (caso de Estados políticamente descentralizados) bandas que la dogmática jurídica, hasta donde tenemos noticia, no ha resuelto, o quizás ni siquiera previsto, todavía. La respuesta que el TJUE da a nuestro Tribunal Constitucional en la citada Sentencia *Melloni*, no resulta

⁸² *Vid.*, STEDH de 21 de Octubre de 2013.

⁸³ Sobre las dificultades para la aplicación de la CEDH y las Sentencias del TEDH en nuestro país *Vid.*, por todos, RODRIGUEZ, A. *Integración Europea y Derechos Fundamentales*. Civitas. Madrid. 2011. Pp. 136-173.

⁸⁴ *Vid.*, STC 303/1993. Fdto. Jco. 7º, que indica que las Resoluciones son de aplicación inmediata en nuestro país.

repugnante a la más mínima sensibilidad jurídica únicamente tomando en consideración que, de acuerdo con el art. 51.1 CDFUE “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, *así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*” (la cursiva es nuestra). Si la Carta de Niza se aplica sólo (aun con los matices que hemos explicado a propósito de la Sentencia de 26 de Febrero de 2013), y de acuerdo con el precepto transcrito, tan sólo en aplicación del Derecho Comunitario, aceptar la respuesta del TJUE no supone mayor esfuerzo que aceptar el principio de primacía, el cual no ofrece dudas, al menos en el plano ordinario de aplicación del Derecho. Que no repugne cualquier lógica jurídica no quiere decir, sin embargo, que no sea criticable porque, lo que en realidad hace el TJUE en esta Sentencia, es priorizar los principios de primacía y aplicación homogénea del Derecho Comunitario o, al menos, el principio de competencia, sobre el principio *favor libertatis*, lo cual resulta también discutible, más si tenemos en cuenta que, al hacerlo, deja prácticamente sin efecto, con la consiguiente merma del principio *pro actione*, el art. 53. Aceptarlo, en definitiva, solo es posible asumiendo que el estándar de protección de derechos en la UE es homologable al de los Estados, como ha venido reconociendo recientemente el Tribunal Constitucional Federal alemán (sentencias *Bananas*⁸⁵ y *Lisboa*⁸⁶) y que, aunque, en el ámbito subjetivo de la aplicación del Derecho, acaso se pueda imaginar algún caso tan concreto como aislado en que el Derecho de la Unión otorgue, a un particular en cuestión, una menor protección, la aplicación del principio de primacía, para garantizar la aplicación homogénea del Derecho Comunitario en toda la Unión, no supone, en el ámbito objetivo, una merma en la protección general de los Derechos Fundamentales que garantizan los Estados.

La protección multinivel de los Derechos Fundamentales entraña desafíos para la Ciencia Jurídica que están, como decimos, aún por resolver. Los conflictos, que son posibles, y de hecho se han producido, incluso en el marco de un Estado Federal (concretamente la República Federal Alemana) cuando únicamente están en juego la aplicación de dos catálogos de derechos (el federal y regional) resultan más probables si tenemos que lograr reglas de aplicación de hasta cuatro catálogos potencialmente en conflicto. Tomemos como ejemplo el conocido caso del expresidente de la República democrática alemana Erich Honecker, a quien le fue concedido un amparo por el

⁸⁵ Resolución del 7 de Junio de 2000.

⁸⁶ Sentencia de 30 de Junio de 2009.

Tribunal Constitucional de Berlín⁸⁷ después de haberse rechazado por los tribunales federales su interpretación de la Ley de Enjuiciamiento criminal⁸⁸. A pesar de las críticas de la doctrina, correctamente, a nuestro juicio, refutadas por las sentencias posteriores del TCF, la solución adoptada por el Tribunal Constitucional del *Land* es perfectamente acorde a la lógica federal de que la Constitución establece un mínimo de derechos que puede ser ampliado por los estados miembros. Téngase en cuenta que este caso es de especial trascendencia, política por motivos evidentes, y jurídica, porque se trataba de aplicar una ley federal. Pero quizás no sea posible, la próxima vez, llegar fácilmente a una solución satisfactoria, sobre todo, si fuera en un caso sobre el que existiese doctrina por parte del TEDH y si se pudiese dar alguna conexión (posibilidad muy factible con la regla fijada por el TJUE en la Sentencia de 26 de Febrero de 2013) con el Derecho Comunitario.

Nos atrevemos a dejar simplemente enunciada, y para no dispersarnos demasiado de nuestra explicación, lo que acaso pudiese ser, en nuestra humilde opinión, un proceder correcto por parte de cualquier juez (regional, nacional, comunitario⁸⁹) que se enfrente a un problema de Derechos Fundamentales: debería realizar, a nuestro juicio, en primer lugar, lo que es importante recordar dadas las reticencias por parte de la jurisprudencia⁹⁰, un control de convencionalidad de la normativa propia (ley o derecho derivado) e inaplicarla en caso de concluir que ésta es contraria al Convenio europeo de Derechos Humanos. Si el juicio de convencionalidad fuese positivo, aún le quedaría al juez el trabajo de confrontar su constitucionalidad. Así el juez regional o nacional, según el caso implicará la norma o planteará la cuestión de constitucionalidad, también según el caso, de la normativa propia contraria a la Constitución, y el juez comunitario planteará la cuestión prejudicial al TJUE⁹¹.

⁸⁷ *Vid.*, Resolución de 12 de enero de 1993.

⁸⁸ Cfr., DOMENECH, G. “El desarrollo jurisprudencial de los derechos fundamentales contenido en las Constituciones de los *Länder* alemanes” en GAVARA DE CARA, J.C (ed). *Los Derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*. Bosch. Barcelona 2010. P. 205 y ss.

⁸⁹ Lo que sigue rige sólo una vez se produzca la adhesión de la UE al CEDH.

⁹⁰ Cfr., JIMENA QUESADA, L. “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos: una cuestión de voluntad doctrinal y jurisprudencial” En GOIZUETA VÉRTIZ, J. Y CIENFUEGOS MATEO, M. (dirs). *La eficacia de los Derechos Fundamentales de la UE. Cuestiones avanzadas*. Thompsom Reuters Aranzadi. Pamplona. 2014. P. 124 y ss.

⁹¹ De acuerdo con este órgano (*Vid.*, Sentencia de 24 de Abril de 2012), “La referencia que hace el artículo 6 TUE, apartado 3, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, no obliga al juez nacional, en caso de conflicto entre una norma de Derecho nacional y dicho Convenio, a aplicar directamente las disposiciones del Convenio y a no aplicar la norma de Derecho nacional incompatible con el mismo”. Aunque ello se refiere únicamente a que no debe hacerlo como exigencia del Derecho Comunitario.

A propósito del control de convencionalidad, resulta interesante comentar una sentencia del Tribunal de Luxemburgo, que debe entenderse en sus propios términos. De acuerdo con este órgano: “La referencia que hace el artículo 6 TUE, apartado 3, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, no obliga al juez nacional, en caso de conflicto entre una norma de Derecho nacional y dicho Convenio, a aplicar directamente las disposiciones del Convenio y a no aplicar la norma de Derecho nacional incompatible con el mismo”⁹². En el caso que ocupaba al Tribunal en esta ocasión la solución es inobjetable, puesto que la obligación de inaplicar la normativa interna en virtud de las disposiciones del CEDH no se deriva nunca, como es obvio, del TUE, sino del Derecho Internacional (principio *pacta sunt servanda*) y, en su caso, de la normativa constitucional (en España, *ex art. 96*). Preocuparía, y vaticinaría otra *guerra fra due corti* que el TJUE llegará a interpretar este precepto de la misma manera cuando deba dilucidar si es él mismo, quien debe examinar (cuando la UE esté adherida al Convenio) si una norma de Derecho Comunitaria es contraria al CEDH en la interpretación dada por el Tribunal de Estrasburgo e inaplicarla, en caso contrario, sin llegar a plantearse la compatibilidad con el TUE y TFUE así como aceptar, al igual que los TC de los demás Estados firmantes, que el TEDH le corrija cuando no haga correctamente esta operación. Mucho nos tememos que los retrasos en la adhesión de la Comunidad europea al Convenio de Roma se debe al miedo en las Instituciones comunitarias, incluido el propio Tribunal, así como en la clase académica más comunitarista, a que el TJUE pierda la última palabra, aunque sea únicamente en relación a la protección de los Derechos Fundamentales, al igual que la han perdido los demás TS y TC de los Estados firmantes.

b) Mayor atención requiere la segunda regla, a la que, además, debemos efectuar algún matiz. Porque en pleno siglo XXI está fuera de toda duda que la Constitución es norma jurídica superior, y porque los Estados federales suelen establecer una cláusula de prevalencia del Derecho federal sobre el de los entes descentralizados (art. 149.3 CE, art. VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos, art. 31 C.A, etc.), no supone ninguna dificultad, para cualquier jurista mínimamente formado en Derecho Constitucional, que el catálogo de Derechos Fundamentales es parámetro de constitucionalidad del Derecho de los entes descentralizados.

⁹² *Vid.*, Sentencia de 24 de Abril de 2012.

Sin embargo, la Constitución, aun siendo norma suprema, no puede ser parámetro de validez del Derecho Comunitario derivado, el cual tiene sus propios procedimientos de impugnación (la cuestión prejudicial) ante el TJUE, con base, únicamente, en los Tratados (cuya compatibilidad con la Constitución sí puede ser analizada por los Tribunales Constitucionales, en nuestro caso, *ex. art. 95* de nuestra Carta Fundamental). En el ámbito internacional, y por imperativo del art. 27 de la Convención de Viena, una parte no puede alegar cuestiones de carácter interno (tampoco constitucional) para la inobservancia de lo dispuesto en los Tratados. Ello, por supuesto no trae causa en una pretendida por la escuela de Viena supremacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Constitucional, sino, en la evolución paralela que ambas disciplinas presentan, suponiendo un estándar homogéneo de garantía para el ciudadano, y dando lugar a un fenómeno por el que, al mismo tiempo que estas normas internacionales se constitucionalizan, las Constituciones se internacionalizan, resultando además, que los Estados democráticos cumplen más con el Derecho Internacional que los autocráticos⁹³. Ello no quiere decir, sin embargo, como recuerda nuestro Tribunal Constitucional (STC 45/2001), que el Derecho Comunitario sea parámetro de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos.

Todos los Tribunales con facultades constitucionales han concebido la posibilidad de una posible incompatibilidad entre el Derecho Comunitario y el Derecho Constitucional de los Estados como absolutamente excepcional y difícilmente imaginable, pero todos ellos, si se diera el hipotético caso, afirman el principio de supremacía de la Constitución, y – porque siempre está en manos de los Estados⁹⁴ – el derecho de retirada de la Organización Internacional⁹⁵. En consecuencia no se admite, en principio, por parte de los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros, amparo por violación de los Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución frente a actos legislativos de la Unión Europea, cuyo control cabe sólo en vía de excepción⁹⁶, cuando no haya más remedio, en un caso extremo, frente a la deriva del

⁹³ Cfr. MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *Derecho Constitucional Internacional*. Madrid. Reus. 2008. pp. 120 de un lado, y 471 de otro.

⁹⁴ Cfr., MANGAS MARTÍN, A Y LIÑAN NOGUERIRAS, D.J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*...p. 64.

⁹⁵ *Vid.*, por ejemplo, DTC 1/2004, Fdto. Jco. 4º, *Vid.*, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de Junio de 2009, párrafo 264 y Sentencia sobre el Tratado de Maastricht del Tribunal Supremo danés, de 6 de abril de 1998, considerando 9.7.

⁹⁶ Recuérdese, las vistas STC 58/2004 y Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 7 de Junio de 2000.

Derecho Internacional/Comunitario, que hacer prevalecer el principio de soberanía popular.

Hemos dicho que la Federación, como tal, tiene la responsabilidad y la obligación de garantizar los Derechos Fundamentales sin que estos sean concebidos, a diferencia de la Confederación y los estados federados “una competencia”. La razón es simple: la Federación es un Estado de Derecho regida por una Constitución y, según la conocida fórmula del art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. Los Derechos Fundamentales son, más que una competencia del Estado, el fundamento, por tanto, del ordenamiento jurídico democrático constituido por el Estado Federal⁹⁷. Podríamos decir, la piedra angular del ordenamiento constitucional del conjunto del Estado. Por supuesto, porque todo Estado Federal se caracteriza (esta es – como hemos repetido varias veces a lo largo de estas páginas – su esencia) por un reparto territorial y funcional del poder público, los Derechos Fundamentales se ven igualmente afectados, y aun correspondiendo a la Federación la garantía última de los mismos, existe todo un halo de posibilidades de mayor o menor protagonismo de ésta en su protección, que irían, desde una intervención más laxa (como la de la Confederación Suiza bajo el régimen de la Constitución de 1874 que, como vimos, aun cuando recogía algunos derechos dispersos a lo largo de su articulado no contenía un catálogo federal de Derechos Fundamentales, aunque sí imponía, como no podía ser de otro modo, en el art. 60, un mínimo de igualdad de derechos en toda la Federación, con un tenor literal que rezaba: “todos los cantones están obligados a tratar a todos los ciudadanos de otros Estados confederados igual que a los suyos en la legislación así como en todo lo concerniente al procedimiento judicial”) a una intervención exclusiva en materia de derechos por parte de los órganos centrales, como el caso de Bélgica (donde, ya hemos visto que a pesar de ser el Estado más descentralizado de los que hemos estudiado, las Regiones carecen de competencia en materia de derechos). En el medio de estos dos casos extremos se encuentran la mayoría de Federaciones donde, normalmente, rige la regla de que la Constitución establece un mínimo de derechos, que puede ser ampliado, sin contradecirlos, por los estados.

⁹⁷ Cfr., por todos, GARCIA DE ENTERRIA, E. *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*. 3ª ed. Thompson Reuters. Navarra 2009. Pp. 79-86.

Este halo de posibilidades al que nos referimos surge como posibilidad desde la comprensión, que tiene su origen en H. Heller, de que para que exista una Comunidad Política (o, podríamos decir, un Estado), hacen falta dos condiciones, a saber: democracia y homogeneidad social⁹⁸. En un plano de consideraciones más teórico, político, y general, debemos recordar que esta homogeneidad social no quiere decir, obviamente, uniformidad de raza, credo, lengua o religión, pues ningún Estado moderno y democrático puede asentarse sobre una uniformidad nacional de todos sus miembros, y en todos ellos se da mayor o menor grado de multiculturalidad. En un orden de consideraciones más concreto, técnico y jurídico, quiere decir que cabe, especialmente en un Estado descentralizado, una pluralidad de derechos en los distintos niveles de gobierno. De esto se deriva también una conclusión en sentido inverso: Un ordenamiento jurídico federal que puede recabar, como el belga, para sí, la competencia exclusiva para la protección de los Derechos Fundamentales, no puede, sin embargo, delegar la protección de los mismos completamente a los estados federados. Si así lo hiciese, y no garantizase, cuanto menos, un mínimo estatus de derechos a sus ciudadanos, igual en todo el territorio, estaríamos ante una Organización de Estados o ante una Confederación.

La diferencia entre igualdad y uniformidad la aplican correctamente algunos Tribunales federales de Estados europeos, como el austríaco, que mantiene una jurisprudencia constante en el sentido de que, porque el principio de igualdad no afecta a la distribución de poderes, cabe imaginar muchos escenarios en el que los ciudadanos de este país reciben un trato diferente por razón de su residencia (por ejemplo que un *Land* les concede un determinado derecho no reconocido en la esfera federal)⁹⁹. Por alguna razón – probablemente que no se percibía así mismo como un Tribunal Federal en un país políticamente descentralizado, y con el papel, por tanto, de ser un árbitro de las controversias entre centro y periferia - sin embargo, al Tribunal Constitucional de nuestro país le ha costado históricamente comprenderlo así. En una primera Sentencia, criticada de modo casi unánime por la doctrina, dijo:

“En cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un status jurídico-constitucional

⁹⁸ Cfr. HELLER H. “Democracia, política y Homogeneidad social” en *Escritos Políticos*. Alianza Universidad, 1983. Pp. 257-268.

⁹⁹ *Vid.*, Sentencias del Tribunal Constitucional austríaco 8161/1977, 8247/1978, 8934/1980, 9116/1981, 9894/1983, 11.979/1989 y 13236/1992.

unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna”¹⁰⁰.

Esta muy criticable jurisprudencia fue corregida por el propio Tribunal tan sólo cuatro meses después, indicando entonces:

“El primero de tales principios [art. 139] es el de igualdad en derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional. Es obvio, sin embargo, que tal principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del Derecho Privado y, con la reserva ya antes señalada respecto de la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ningún ámbito, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional. Es cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado (arts. 53 y 149.1.1.^a de la Constitución), cuyas normas además son las únicas aplicables en las materias sobre las que las Comunidades Autónomas parecen de competencia legislativa, prevalecen en caso de conflicto, y tienen siempre valor supletorio (149.3). En cuanto que la ley impugnada y, en concreto los artículos que ahora sometemos a examen, no afectan, como veíamos, a ninguna posición jurídica fundamental de los ciudadanos y no establecen discriminación alguna entre los vecinos de los distintos lugares del territorio nacional, no se percibe violación del principio que prohíbe esta discriminación”¹⁰¹.

Sin embargo, ya hemos visto en el Capítulo II que, en las recientes SSTC 247/2007 y 31/2010, sigue manteniendo una visión bastante uniformadora del art. 139.1 CE. Y es que, aun cuando se sostenga, como lo hicimos nosotros, que las Comunidades Autónomas carecen de competencia para la protección estatutaria de los Derechos Fundamentales, de lo que, sin embargo, no puede haber duda, es que siempre, a través de su legislación, pueden incidir sobre derechos¹⁰². Hay que distinguir, en conclusión, dos cosas harto diferentes: una, la posibilidad incidir sobre derechos, consustancial de cualquier instancia legislativa, y la competencia específica para llevar a cabo la protección de Derechos Fundamentales, que debe ser, en todo caso, implícita o expresa en favor de los entes descentralizados y de la Confederación. No obstante, es habitual que las Confederaciones proclamen algunos derechos. Lo hacía, desde luego, la Confederación norteamericana, estableciendo, el art. 1 de la Declaración de Virginia que “Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y

¹⁰⁰ STC 25/1981. Fdto. Jco. 5º.

¹⁰¹ STC 37/1981. Fdto. Jco 2º.

¹⁰² *Vid.*, para una crítica más amplia, CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A. *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho Comunitario*. Prólogo de Miguel Aparicio. CEPC. Madrid. 2010. Pp. 7-89.

poseen ciertos derechos inherentes a su persona, de los que, cuando entran a formar parte de una sociedad, no pueden ser privados por ningún convenio, a saber: el goce de la vida y libertad y los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y conseguir la felicidad y la seguridad”. En la Unión Europea, que no olvidemos, surge como una Organización de Estados para regular la producción de materiales bélicos y, por lo tanto, sensibles (carbón y acero), la necesidad de adoptar el discurso, político y jurídico de los derechos, surge a medida que esta va evolucionando hacia, tal y como la hemos caracterizado en el Capítulo II, una Confederación de Estados en sentido moderno.

Necesitaba, sin embargo, competencia expresamente atribuida. En esto, hay que reconocerlo, la jurisprudencia del TJUE ha sido ejemplar. Este Tribunal venía, como vimos en el Capítulo II, desde 1969, reconociendo que el Derecho Comunitario no podía aplicarse al margen de los Derechos Humanos, que podían ser deducidos de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros y, especialmente del CEDH. Es posible que este cambio jurisprudencial, sobre todo a partir de caso *Nold* (Noviembre 1974), haya sido influenciado por posición del Tribunal Constitucional Federal alemán, que en la Sentencia *Solange I*, de 29 de Mayo del mismo año, había sostenido la necesidad de que, en caso de conflicto entre el Derecho Comunitario y los Derechos Fundamentales reconocidos por la República Federal, aquél debía quedar en suspenso, por cuanto no gozaba de las mismas garantías que el Derecho alemán. Su mayor sensibilidad, a partir de 1969, por parte del TJUE, hacia el acervo común de los Derechos Fundamentales era completamente aplaudible pues, debe reconocerse, sólo desde posiciones de fundamentalismo comunitario se podría sostener la primacía de un Derecho supranacional sobre el de los Estados, si este se aplicase al margen de los Derechos Fundamentales. Pero ello no impidió al Tribunal de Luxemburgo, correctamente en 1996, tal y como hemos estudiado, afirmar que la UE carecía de competencia para adherirse como tal al CEDH, afirmando, además, y por lo que a nosotros ahora interesa, que: “Ninguna disposición del Tratado confiere a las Instituciones Comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materias de Derechos Humanos o de celebrar convenios internacionales en ese ámbito”¹⁰³. Por más que algunos hayan dirigido contra este pronunciamiento críticas, lamentamos decir, bastante poco fundamentadas¹⁰⁴, nosotros tan sólo hubiésemos

¹⁰³ Dictamen 2/94, de 28 de Marzo de 1996, Párr. 27.

¹⁰⁴ El Profesor J. M De Areilza Carvajal [*Vid.*, DE AREILZA CARVAJAL, J.M. “El Dictamen 2/1994n del Tribunal de Justicia o cómo no abordar el espinoso asunto de las competencias

deseado, en aras de la seguridad jurídica, y por todo lo sostenido en el Capítulo anterior, la misma concisión, claridad y contundencia en la STC 247/2007.

Llegados a este punto debemos abordar una cuestión que tiene más que ver con el objetivo último de estas páginas. La mejor doctrina ha señalado, a nuestro juicio con razón, que el federalismo es un elemento fortalecedor de los Derechos Fundamentales¹⁰⁵. Difícilmente creemos, de hecho, se podrá discutir esta afirmación teniendo en cuenta, como venimos diciendo que la protección por los entes descentralizados o por los órganos de una Confederación de los Derechos Fundamentales suman siempre, nunca restan, al estatus igualitario que tienen todos ciudadanos de un Estado miembro políticamente descentralizado. Pero nosotros sostenemos, además, que se trata de una relación de reciprocidad de manera que, si el federalismo fortalece la protección de los Derechos Fundamentales, un sistema multinivel de protección de Derechos Fundamentales supone un acicate de la técnica federal.

La existencia de catálogos de derechos en un nivel distinto del estatal obligaría, por lógica jurídica (otra cosa es que no siempre se haga así), a fortalecer las instancias supra e infra nacionales llamadas a hacerlos valer. Las razones no han de ser, a nuestro juicio demasiado difíciles de comprender:

1) Un reconocimiento de derechos y su consecuente protección ayuda, está fuera de toda duda, a reforzar, no sólo la autonomía del ente regional sino, incluso, su idiosincrasia. Dos ejemplos, de uno y otro lado del océano respectivamente, y que hablan por sí solos, ilustrarán lo que decimos sin necesidad de más aclaraciones: Primero, el ya mencionado caso Honecker, en la República Federal alemana. Concediendo un amparo ante una situación que los Tribunales federales rechazaron, se

comunitarias". En *Revista española de Derecho Constitucional*. nº 47 (1996). Pp. 335-349] ni siquiera se molesta en indicar, en su breve comentario crítico de la resolución, que el Tribunal ha aplicado mal el entonces vigente art. 3.B del Tratado, para afirmar que las competencias de la Unión son de atribución y que los poderes implícitos (por cierto, desaparecidos, como veremos, después de Lisboa) requieren la existencia de un poder expreso del que puedan derivarse y no la persecución de un simple "objetivo", y se limita a insinuar, no sin antes recordar que la clase política y académica había felicitado al TJCE por su activismo, que ni siquiera fundamenta, que los arts. 164 y 219 del entonces Tratado vigente de la Unión, se puedan interpretar de una forma extensiva.

El principal defecto, que con el debido respeto, vemos en el artículo del Profesor de ESADE, es que en todo momento se reúne a la Unión Europea, como una "Comunidad Política" y al TJCE, como el alto tribunal de la misma, y al no distinguir entre una Confederación y una Federación (ambas son Comunidades políticas, aunque rigen en ambas distintos principios y laxos de unión entre los ciudadanos), no aclara porque los Derechos Fundamentales debían considerarse una competencia natural de la misma.

¹⁰⁵ Cfr., STERN, K. "Pluralismo territorial y Derechos Fundamentales" en AAVV. *Pluralismo Territorial en la República Federal alemana*. INAP. Madrid. 1989. P. 70.

fortaleció, evidentemente, tanto la protección de derechos en el conjunto de la nación alemana como la identidad jurídica propia del estado berlinés. Segundo, dos estados en México (Durango y Sonora) que en diciembre de 2008 y abril de 2009 respectivamente han establecido, dentro de sus catálogos de derechos, el derecho a la vida desde el mismo momento de su concepción, por lo que queda prohibido el aborto. Sin embargo, en el DF, como es sabido, el aborto está permitido, y se considera un derecho de la mujer. Este es un ejemplo magnífico del ejercicio de la autonomía de las entidades federativas, quienes deciden dar protección como bien jurídico protegido al *nasciturus*, o bien, atendiendo al derecho de decidir sobre su propio cuerpo, que se puede derivar del derecho a la integridad física, conceder un derecho de aborto a la mujer. Y esto ocurre dentro de un mismo Estado Federal, donde, en función de la región en la que viva, la mujer puede abortar libremente o no.

2) Según el Profesor J.C Gavara de Cara, con quien en esencia coincidimos, un sistema de protección federal de los Derechos Fundamentales debe constar: a) de un catálogo de Derechos de carácter constitucional en ese nivel de gobierno; b) un Tribunal Constitucional también para ese nivel; c) un recurso de amparo, ejercitable por los ciudadanos, para la protección de los Derechos Fundamentales garantizados en ese ámbito¹⁰⁶. El único matiz que, del estudio comparado que hemos realizado, quisiéramos introducir, es respectivo al segundo elemento, pues no es necesario que la protección jurisdiccional de los derechos sea realizada necesariamente por un Tribunal “constitucional”. Cuando, como hemos visto es el caso de España e Italia, no existen Tribunales propios en el nivel autonómico o regional, la protección de los derechos pierde notablemente eficacia. Incluso antes de que los llamados Estatutos de Autonomía “de segunda generación” algunos autores habían corroborado ya que, dada la evolución del Estado autonómico hacia un ordenamiento federal que, implica necesariamente, la existencia de dos órdenes jurídicos distintos – idea, por cierto, consagrada finalmente por la STC 118/96 (sobre la que volveremos con más profundidad en el siguiente y último epígrafe de este trabajo) en la que se rechaza explícitamente que los órganos del poder central puedan legislar, con carácter supletorio, sobre cualquier materia – parece requerir, para un mejor funcionamiento del sistema, una correspondiente dualidad de

¹⁰⁶ Cfr., GAVARA DE CARA, J.C “Los Derechos Fundamentales en las Constituciones de los Länder”. GAVARA DE CARA, J.C (ed) *Los Derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*. Bosch. Barcelona 2010. P. 161.

poderes judiciales¹⁰⁷. Puede, efectivamente, que no se trate de una necesidad ontológica y que no sea, en consecuencia, un elemento determinante del tipo Estado federal, y de hecho, en el Alemania, como sabemos, algunos *Länder* delegan en el *Bundesverfassungsgericht* la protección de los derechos recogidos en sus Constituciones; pero no se puede negar, tampoco, que *una división de competencias en tres órdenes, mejor que en dos, dota al conjunto del ordenamiento federal de una mayor eficiencia*. Y es que aunque no es una operación imposible de imaginar para la mente de un jurista, cuesta al menos un poco discurrir la operación por la que, el mismo Tribunal, otorga una protección de derechos más amplia a los ciudadanos de ciertas regiones frente a los de otras, sobre todo, si se tiene en cuenta que, al menos en el constitucionalismo clásico (piénsese en lo dispuesto en la novena enmienda de la Constitución norteamericana) los catálogos de Derechos Fundamentales contenidos en las Constituciones no se consideraba exhaustivos ni definitivos de manera que no pudieran interpretarse en sentido más amplio por la acción de los Tribunales. Una vez que, además, los Estatutos Regionales o de Autonomía van a contar con sus propias declaraciones de derechos, a las ventajas ya mencionadas de contar con un poder judicial propio se suma la de posibilidad de un enriquecimiento de la dogmática de los Derechos Fundamentales como consecuencia del diálogo entre Tribunales.

3) Pero, de igual modo que se puede producir un diálogo entre Tribunales, es posible que se produzca un diálogo entre legisladores. Aquí, el cómo los Derechos Fundamentales favorecen el Federalismo, a nivel *supra* e infraestatal se ve, si acaso, con una mayor claridad. Examinemos, por ejemplo, y para no hastiar al lector, sólo el contenido de dos Estatutos de Autonomía (Cataluña y Castilla y León) para ilustrar lo que queremos decir: Según reza el art. 4.1 del primero “Los poderes públicos de Cataluña deben promover el pleno ejercicio de las libertades y los derechos que reconocen el presente Estatuto, la Constitución, la Unión Europea, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y los demás tratados y convenios internacionales suscritos por España que reconocen y garantizan los derechos y las libertades fundamentales”. El tenor literal de este precepto todavía permite una interpretación lógica del mismo a costa de entenderlo como una norma programática (los *poderes públicos* de Cataluña *deben* promover...). De este modo, los poderes públicos catalanes se obligarían así

¹⁰⁷ Vid., BALAGUER CALLEJON, F. “Poder judicial y Comunidades Autónomas” en *Revista de Derecho Político*. Nº 47 (2000). Pp. 53-67.

mismo a la difícil tarea de legislar con pleno respeto, por extraordinariamente difícil y en algún caso hasta contradictorio que pueda ser, a los derechos recogidos en todos y cada uno de los catálogos mencionados, además del suyo propio. Más complicada es, sin embargo, la interpretación del art. 8 EACL, según el cual “Los ciudadanos de Castilla y León tienen los derechos y deberes establecidos en la Constitución Española, en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, en el ordenamiento de la Unión Europea, así como los establecidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma por el presente Estatuto de Autonomía”. Interpretarlo de forma idéntica a como proponemos con el Estatuto Catalán choca con el tenor literal del mismo (los *ciudadanos* de Castilla y León *tienen...*) pero, descartada esta opción, las otras tampoco están carentes de dificultades. ¿Se trata de un mero recordatorio de los derechos que, por el estatus de ciudadano español (que lleva implícito el castellano-leonés y europeo) corresponde a los ciudadanos residentes en Castilla y León o se trata de un compromiso efectivo de proteger y amparar todos los derechos a los que, por remisión – y al estilo del preámbulo de la actual Constitución francesa – se hace referencia? En el primer caso no tenemos más remedio que condenar la retórica y pérdida de eficacia a la que se condena al lenguaje jurídico y el engaño al que conduce al ciudadano medio al ocultar que los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sólo se gozan en aplicación del Derecho Comunitario. En el segundo caso, denunciar la falta de medios que acusan las Comunidades Autónomas para tan hercúlica tarea, que sería difícil de llevar a cabo, incluso, por un Estado fuerte, con poder judicial propio, rápido y eficaz. Esta inflación de derechos, paralela a palpables faltas de medios y de competencias, producen el efecto contrario de que desean. En el marco de esta dinámica comienza a ser preocupante la pérdida de significado del término “derecho”, pues cada vez cada vez con menor frecuencia implica, después de un mínimo análisis, un verdadero derecho subjetivo¹⁰⁸. Las palabras del Profesor S. Sánchez González son muy ilustrativas al respecto:

“Habría, quizás, que preguntarse, por los posibles efectos que la globalización del reconocimiento de esos derechos puede provocar en millones de individuos, por las expectativas provocadas. Habría, quizás, que preguntarse si existen las mínimas condiciones objetivas para la constitución de un sistema de garantías capaz de hacer frente a las lógicas reivindicaciones de este reconocimiento. Pero, con todo, como estudiosos del Derecho Constitucional lo que más nos preocupa son las consecuencias que esta utilización y positivación masivas pueden tener sobre la

¹⁰⁸ Sobre esto Cfr., PEGORARO, L. “Derecho Constitucional Comparado y uso connotativo de la palabra “derechos” (y de los adjetivos que la acompañan)” En GONZÁLEZ PLACENCIA, L Y MORALES SÁNCHEZ, J. (coordinadores). *Derechos Humanos. Actualidad y desafíos. (I)*. Fontamara. México. 2010. Pp. 39-64 y, concretamente, p. 58 donde a la categoría de Derechos Fundamentales se la considera “evanescente”.

idea misma de derecho fundamental. Sobre su validez y vigencia, sobre su contenido y eficacia, en breve, sobre la estructura de los derechos fundamentales tal y como los conocemos. ¿Debemos sumarnos silenciosos a esa poderosa corriente expansiva, abocada al vacío conceptual por dilatación o desbordamiento, de la noción primigenia? O ¿deberíamos abstenernos de contribuir a la demagogia imperante en este ámbito y detenernos en su lugar a recordar el origen, definición y la decantación de los derechos fundamentales y las limitaciones inherentes a su propia naturaleza? Más apropiado nos parece lo segundo”¹⁰⁹.

El legislador estatutario tenía que ser consciente de estas evidentes aporías, pero mucho nos maliciamos que, independiente de las mismas, en clave puramente política, lo hacen con la clara intención de buscar en la Unión Europea y en la esfera internacional, en una época de clara crisis del Estado, una fuente extra de legitimidad. Ello resulta mucho más evidente en el caso de Cataluña que en el del resto de Comunidades Autónomas, toda vez que la clase política catalana, y en concreto, el Presidente Artur Mas, han seguido una clara estrategia de “internacionalizar” lo que ellos consideran un “conflicto” que, en todo caso, debe resolverse, en buena lógica jurídica, exclusivamente mediante mecanismos constitucionales estatales¹¹⁰. Recuérdese a este respecto, que ante una hipotética secesión de esta Comunidad respecto de España, la clase política catalana y algún aislado sector doctrinal sostiene que es posible su permanencia dentro de la UE en tanto que los catalanes disfrutan ya de la plena ciudadanía europea, que el Estatuto, con continuas referencias a la Comunidad, contribuye decisivamente a visualizar. Evidentemente (e incluso dejando al margen las cuestiones técnicas acerca de, por ejemplo, la representación en las instituciones) esto es, a todas luces, antijurídico, tal y como representantes de la Comisión han indicado en varias ocasiones. La razón es, en realidad, muy simple: tanto en el interior del Estado como en la Unión Europea la ciudadanía depende de la pertenencia al Estado¹¹¹.

c) Ahora bien, y para finalizar: una cosa es afirmar que los órganos de una Federación – por contraposición a los de una Confederación - tienen siempre el derecho y el deber de garantizar un mínimo estatus de derechos a todos los ciudadanos de la misma y, otra cosa, es afirmar que los Derechos Fundamentales que, en mayor o menor

¹⁰⁹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. “¿Todavía más derechos? ¿De qué derechos hablamos?” En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 25 (primer semestre 2010). P. 304.

¹¹⁰ Para una mayor profundización Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. “La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña en el contexto normativo de la Constitución Española de 1978 y el Tratado de Lisboa” En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 31. Pp. 89 a 136.

¹¹¹ Aun cuando pueda resultar ocioso, se debe recordar, por un lado, que el art. 9 TUE establece que “Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro (...) La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”, y que, legalmente, la condición de catalán depende de la nacionalidad española (art. 7 L.O 6/2006, que establece: “Gozan de la condición política de catalanes o ciudadanos de Cataluña los ciudadanos españoles que tienen vecindad administrativa en Cataluña”), la cual se ostenta de acuerdo con el art. 11 CE y los art. 17 a 26 CC. *In claris, non fita itnerpretatio*.

medida esta Federación garantiza supongan ninguna suerte de título competencial en el que basar su legislación. El corolario inverso – que es el que, en definitiva, y por más que lo haya hecho con una técnica deplorable, establece el TC en las tantas veces mencionadas SSTC 247/2007 y 31/2010 – es, como también venimos sosteniendo a lo largo de estas páginas, que la posibilidad, y aun la conveniencia, de que cualquier instancia legislativa norme incidiendo (en tanto que promoviendo) en derechos no implica competencia implícita (excepto del constituyente estatal) para establecer un sistema de protección de Derechos Fundamentales.

Para poder legislar regulando Derechos Fundamentales, incluso desarrollando aquellos proclamados en la Constitución Federal necesitan los órganos de la Federación habilitación constitucional expresa. De todas formas, y porque como hemos visto es consustancial al Estado Federal (por estar íntimamente ligado a la idea de “Constitución”) la garantía de cierta igualdad de derechos a asegurar por la federación, es lógico que, aun con distinta fórmulas que, en esencia, se reducen a lo mismo, es habitual que la Federación se reserve, sin perjuicio de la regulación de otros derechos, la regulación de las condiciones básicas de disfrute de los derechos regulados en la Constitución. O sea, que las Constituciones federales no se limitan a establecer de un modo retórico la igualdad de todos los ciudadanos del país (art. 14 CE, art. 3 C.I, art. 7 C. Aus, art. 3 C.A etc.) sino que otorga a los órganos centrales los instrumentos normativos para hacerla real y efectiva. Así, el art. 72.2 C.A establece que: “la Federación tiene el derecho de legislar siempre que y en cuanto exista la necesidad de una regulación legislativa federal porque así lo requieran la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica en interés de la totalidad del Estado”. La Constitución Suiza, tras recordar en su art. 42.2 que la Federación “asumirá aquellas funciones que deban ser reguladas de manera uniforme” indica, en el art. 164, que debe aprobarse por Ley Federal de carácter general las normas fundamentales relativas al disfrute de los derechos políticos, la restricción de los derechos constitucionales y los derechos y obligaciones de los ciudadanos. La Constitución Austria, lo hace de forma menos clara, pero la doctrina ha entendido que esta premisa se deduce de la expresión “Constitución federal”¹¹², contenido en el art. 10, sobre competencias exclusivas del *Bund*. Por último, como ya

¹¹² Cfr., GAMPER, A. “Federalismo y Derechos Fundamentales. El caso de Austria”. En APARICIO M.A. (ed). *Derechos y Libertades en los Estados Compuestos*. Atelier. Barcelona. 2005. P. 126.

hemos indicado, el artículo 117.2. m) de la Constitución italiana establece que es competencia exclusiva del Estado la “determinación de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados sobre todo el territorio nacional”, y, de modo muy similar, la Constitución española de 1978, en su artículo 149.1.1 establece la competencia exclusiva del Estado sobre La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

Pero no se debe confundir la regulación de los “niveles esenciales” o de “las condiciones básicas” con legislación básica. Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de aclararlo al establecer que: “condiciones básicas” no es sinónimo de “legislación básica” “bases” o “normas básicas”. El art. 149.1.1 CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos constitucionales sino sólo el establecimiento – eso sí, entero – de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad”¹¹³. Así pues, y por describirlo de alguna manera, se puede decir que el campo de acción es reducido, pero los efectos, dentro de ese ámbito, totales (en tanto que es un poder exclusivo). De este modo, continua el Tribunal:

“El Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal o autonómico, el que respetando las condiciones básicas establezca su régimen jurídico de acuerdo con el orden constitucional de competencias”.

En Italia, porque no sólo el tenor literal del precepto constitucional, sino su categoría jurídica (competencia exclusiva) son también similares las conclusiones de su Custodio Constitucional. Allí, hasta donde nosotros sabemos, no se han generado las mismas dudas entre “lo básico” y “la legislación básica”, seguramente, porque aquellas materias concurrentes que requieren una “*legge cornice*” del *Stato* se regulan directamente en el párrafo tercero del art. 117. Pero el supremo custodio constitucional aporta, también, matices interesantes: así, define la competencia no sólo como exclusiva, sino como “transversal” encaminada a determinar un estándar estructural y cualitativo de prestaciones que, concerniendo al disfrute de los derechos civiles y sociales deben ser garantizados a todos los que tienen esos derechos¹¹⁴, con la que “se atribuye al legislador estatal un instrumento fundamental para garantizar el

¹¹³ STC 61/1997. Fdto. Jco. 7.A.

¹¹⁴ *Vid.*, SCC 322 del 2009; n. 168 y 50 del 2008; n. 387 del 2007

mantenimiento de una adecuada uniformidad de tratamiento sobre el plano de los derechos de todos los sujetos, aun en un sistema caracterizado por un nivel autonomía regional y local decididamente incrementado”¹¹⁵. En el nuevo sistema de organización territorial establecido tras la reforma de la Constitución de 2001, la *Corte Costituzionale* afirma, que no se trata tanto de una “materia” en sentido estricto sobre la que el legislador estatal pueda establecer regulaciones, sino que es una competencia idónea para investir todas las materias en relación a las cuales el propio legislador debe poder elaborar las normas necesarias para asegurar, de un modo generalizado, la satisfacción de las garantías establecidas y el contenido esencial de los derechos, sin que la legislación regional pueda limitarlas o condicionarlas¹¹⁶. Lo que está claro, después de lo que vimos en el Capítulo II, es que las Regiones pueden, a pesar de erróneamente no haberseles reconocido a los catálogos estatutarios la categoría de “derechos”, mejorar las garantías de igualdad ofrecidas por los órganos estatales, cuando legislen dentro de su ámbito competencial.

Una competencia transversal, más que la facultad para legislar sobre una materia en sentido estricto una facultad de incidir sobre un buen número de materias para garantizar un nivel mínimo de prestaciones en todo el Estado, pero no, insistimos, la facultad para desarrollar mediante ley todos y cada uno de los derechos de la Constitución. La actividad estatal puede, entonces, de manera obvia, “condicionar” el ejercicio de la legislación de los entes descentralizados sobre las materias que caen dentro de su competencia, teniendo que considerar esta legislación estatal de las condiciones esenciales de disfrute de los derechos, pero no sustituirla. En el caso concreto de nuestro país, se correría ese riesgo si, a mayores de lo dispuesto en el art. 149.1.1, se concibiesen los Derechos Fundamentales o, como ha hecho algún sector doctrinal, la reserva de ley orgánica, como títulos competenciales *extra* de los contenidos en el Título VIII constitucional. Pero como indica el Profesor M. A. Cabellos, el art. 81 de la Constitución es un precepto que regula el sistema de fuentes, no un título competencial. Por supuesto, los títulos competenciales guardan una estrecha relación con los preceptos concernientes al sistema de fuentes pero se tratan de cosas distintas (los primeros atienden a la materia y los segundos a la forma)¹¹⁷. Dicho claramente: no hay competencias para el Estado fuera del Título VIII.

¹¹⁵ SCC n. 134 del 2006.

¹¹⁶ *Vid.*, SSCC n. 322 del 2009 y n. 282 del 2002.

¹¹⁷ Cfr., CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A. *Distribución competencial...*p. 255.

En el siguiente epígrafe vamos a ver que ni siquiera, tampoco, todo lo que está dentro del art. 149 (en concreto, la cláusula de supletoriedad) supone un título competencial en favor del Estado.

III.3.2) El Reparto Competencial. Especial Referencia al Principio de Primacía y al Principio de Subsidiariedad.

En el Capítulo II de este trabajo hemos visto como las Constituciones de los Estados Federales estudiados (con matices en el caso de España e Italia) contenían una lista de competencias exclusivas de la Federación y otras compartidas estableciendo, normalmente (excepción de Canadá) una cláusula residual en favor de los entes descentralizados. Al no ser la Unión Europea un Estado sino una Unión de Estados de Derecho Internacional, tal y como es habitual en éstas, los Tratados Constitutivos establecen sus competencias restando las demás, evidentemente, en el ámbito de Estados Miembros. Concretamente, el art. 5.2 TUE establece que: “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 para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”. A pesar del tenor literal de la disposición, hay, a nuestro juicio, una diferencia de principio: en un Estado Federal, porque su Constitución es, como venimos repitiendo a lo largo de estas páginas, obra del Pueblo en su conjunto, la cláusula residual es una técnica, adoptada por el Pueblo soberano, que no puede delimitar con precisión todos los ámbitos de acción de los poderes públicos en un texto constitucional, consistente en reservar a la esfera federal, normalmente, los asuntos de mayor trascendencia y más íntimamente relacionados con la soberanía (defensa, acción exterior, moneda etc.) y dejar aquellos que pueden ejercerse de modo más eficiente por las instancias de poder más próximas al ciudadano en manos de los entes federados. Esta diferencia se aprecia, quizás de un modo más claro, si pensamos que aunque no sea lo habitual, en el seno de un Estado cabe, como en el mencionado ejemplo canadiense y, hasta cierto punto, el caso español, que la cláusula residual lo sea en favor del Estado, lo cual es impensable en el seno de una Organización Internacional o de una Confederación de Estados. El TJUE, en buena lógica, y de acuerdo los art. 4.1 y 5.2

TUE, ha repetido en innumerables ocasiones que las competencias de la UE lo son de atribución.

Por otra parte, tanto en una Organización Internacional como en una Confederación de Estados, incluso en una, como es la Unión Europea, en sentido moderno, los Estados, que no ha renunciado a su soberanía¹¹⁸, aun cuando adopten una alianza militar (OTAN) o una moneda común (el Euro) lo normal es que no renuncien tampoco a las competencias en materia exterior y de defensa; y aunque cedan sus competencias económicas más relevantes (la emisión de moneda), las pueden recuperar en cualquier momento retirándose de la Unión. Además, y esto es una diferencia fundamental entre una Confederación y un Estado Federal por lo que respecta al reparto competencial, en la primera de las figuras éste sólo puede verse alterado por un acuerdo unánime de todos los Estados Miembros¹¹⁹, mientras que en un Estado Federal, las competencias entre la Federación y los entes descentralizados pueden verse alteradas por una reforma constitucional¹²⁰ que requiere, de manera habitual, simplemente, de mayorías cualificadas. He aquí, por lo tanto, una segunda e importante diferencia entre Estado Federal y Confederación de Estados: En un Estado Federal, como ha indicado el Profesor J. Ruiperez, la *kompetenz-kompetenz*, esto es, la posibilidad de alterar el reparto competencial vinculando a los demás entes, corresponde, en el Estado Federal, a la Federación (que, como hemos dicho, aprueba su reforma constitucional por mayoría), mientras, en una Confederación de Estados, a los Estados Miembros que pueden, por acuerdo unánime, acordar una reforma de los Tratados que altere el reparto competencial entre ellos y la Confederación.

Hemos dicho, además, que la disposición que reconocía la posibilidad de competencias implícitas de la UE ha desaparecido del Tratado de la Unión Europea, pero esto no significa, sin embargo, que la Unión Europea no pueda, en ningún caso, ampliar el marco competencial respecto de los estrictamente recogido en los Tratados,

¹¹⁸ Al entrar dentro de una Organización Internacional, los Estados admiten una cierta limitación de su ejercicio a la soberanía, por un lado, puesto que pierden la capacidad de tomar algunas decisiones autónomamente. Pero por otro lado, se suponen que ingresan en estas Organizaciones precisamente para reforzar la soberanía en áreas donde, los cambios en las relaciones internacionales, hacían muy difícil o imposible que actuasen por sí mismos. Y en todo caso, los derechos de soberanía, quedan siempre, sustancialmente incólumes por el derecho que siempre tienen de apartarse de la Organización. (Cfr., por todos, RUIPEREZ ALAMILLO, J. *La Constitución europea...* Pp. 27-51.

¹¹⁹ Esto es tanto como afirmar que la *Kompetenz-Kompetenz*, en el marco de una Confederación, pertenece a los Estados, de los que se dice, según la expresión común, que “son los dueños de los Tratados”.

¹²⁰ Cfr., RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *División de Competencias y Forma Territorial del Estado*. Reus. Madrid, 2012. P. 59.

pues el art. 352 del nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge expresamente esta eventualidad, aunque lo hace unas cautelas mayores de las que recogía el art. 308 TCE, en buena parte, además de lo que ya hemos dicho respecto a que los Derechos Fundamentales no son títulos competenciales, por el abuso que de las anteriores disposiciones legales habían hecho las instituciones comunitarias, en el sentido, siempre, de extender como una mancha de aceite, su halo competencial¹²¹.

Este precepto, según él mismo indica, debe ser aplicado de acuerdo con el principio de subsidiariedad, establecido en el art. 5.3 TUE, y que reza como sigue: “En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en 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 (...)”. Este principio, y por lo que a nosotros respecta, es, a priori, otro elemento de clara interrelación entre los procesos de integración y de descentralización, aun cuando, como vamos a ver, esto sea, también, más aparente que real. En efecto, muchos de los nuevos Estatutos de Autonomía de España e Italia también lo recogen¹²². Ahora bien, debemos advertir que un principio tan ambiguo como el de subsidiariedad permite orientarse políticamente en dos sentidos diversos. La doctrina, y por lo que respecta a la Unión Europea, ha distinguido, al menos dos sentidos diversos del principio de subsidiariedad. El primero consistiría en fomentar la toma de decisiones en el ámbito político más cercano al ciudadano¹²³. Desde esta perspectiva, el ámbito comunitario cedería, según el caso, ante el estatal, regional o local (concepción descendente). La segunda sería que la acción comunitaria está justificada si los objetivos perseguidos se consiguen mejor actuando a este nivel (concepción ascendente). Por supuesto, la

¹²¹ Vid., MANGAS MARTÍN, A y LIÑÁN NOGUEIRAS, DJ. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos. Madrid, 2010. Pp. 78 y ss.

¹²² Vid., arts. 90 y 237 Estatuto de Autonomía de Andalucía, 85 y 93 del Estatuto de Autonomía de Aragón, 43, 48, 55, 62 del Estatuto de Castilla y León, Preámbulo, art. 84 y art. 188 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, arts. 61, 64 y 70 del Estatuto de la Comunidad Valenciana, art. 59 del Estatuto de Extremadura y art. 112 del Estatuto de Autonomía de Islas Baleares en España y art. 10 del Estatuto de Abruzzo, arts. 2, 42 y 54 del Estatuto de Calabria, arts. 3, 19, 20 y 64 del Estatuto de Campania, arts. 8, 9, 18 y 19 del Estatuto de la Emilia-Romagna, arts. 16 y 49 del Estatuto de Lazio, art. 2, 51, 62 y 63 del Estatuto de Liguria, arts. 3, 4 y 50 a 54 del Estatuto de Lombardía, arts. 2, 28 y 36 del Estatuto de Marche, art. 2, 9, 53, 62 y 63 del Estatuto de Molise, Preámbulo, y arts. 3, 36 y 62 del Estatuto de Piemonte, arts. 3, 50, 58 y ss. del Estatuto de la Toscana, art. 16 del Estatuto de la Región de Umbría, y arts. 5, 11, 15 y 16 del Estatuto de Venetto.

¹²³ Hay un tercer sentido del principio de subsidiariedad, de orientación, se puede decir, horizontal, por contraposición a vertical (ascendente o descendente), que no interesa a los efectos de nuestro estudio, y es el recogido en el art. 118 CI, donde también se establece en su vertiente vertical ascendente.

concepción del principio de los Estatutos de Autonomía, y sobre todo, por cuanto a la competencia para regular aspectos locales se refiere, responde a la primera idea, y la de los Tratados, tal y como acabamos de ver, a la segunda. De hecho, aun cuando contradictoriamente el art. 1.2 TUE establezca que “El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible”, recogiendo, aquí sí, el principio de subsidiariedad en su interpretación descendente, vamos a ver como en la práctica estas líneas transcritas pueden ser consideradas pura retórica.

Además, hay que tomar en cuenta que la Unión Europea tradicionalmente ha considerado el principio de subsidiariedad únicamente en relación con los Estados, siendo totalmente ajena a la organización territorial de estos. Esto ya no es, al menos, del todo así. Aunque la Unión Europea sigue siendo una Unión de Estados de Derecho Internacional, a lo ya dicho en las páginas anteriores debemos añadir ahora, por lo que respecta al principio de subsidiariedad que ahora nos ocupa, que el Tratado de Lisboa ha potenciado el papel de los parlamentos regionales (de los Estados federales donde estos existen), al permitirles velar por su efectivo cumplimiento. El artículo 5.3 TUE dice: “(...) Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo”. Centrándonos en lo fundamental, el artículo 6 de dicho Protocolo establece que: “Todo Parlamento nacional o toda Cámara de uno de estos Parlamentos podrá, en un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de transmisión de un proyecto de acto legislativo en las lenguas oficiales de la Unión, dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad. *Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas*”¹²⁴. Lógicamente, al igual que hemos visto por lo que respecta a la participación de los representantes de los entes descentralizados en el Consejo, la normativa europea no obliga, pero incentiva a potenciar el papel político de sus órganos e instituciones. Y

¹²⁴ La cursiva es nuestra.

estos entes se han apresurado a recoger el guante. Dos ejemplos serán, a nuestro juicio, suficientemente ilustrativos de lo que decimos: a) El Estatuto de Autonomía de Cataluña que, no olvidemos, es, junto con norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, Ley Orgánica del Estado, establece: “El Parlamento participará en los procedimientos de control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que establezca el derecho de la Unión Europea en relación con las propuestas legislativas europeas cuando dichas propuestas afecten a competencias de la Generalitat”¹²⁵ y el Estatuto del Piemonte que: “La Región, de conformidad con las normas de procedimiento establecidas por ley del Estado, concurre a la determinación de la política de la Unión Europea, participa de las decisiones dirigidas a la formación de actos normativos comunitarios y garantiza la aplicación y el cumplimiento de los acuerdos y programas internacionales”¹²⁶.

Algunas voces procedentes de las Regiones, representadas, como es sabido, en el Comité de las Regiones, se venían alzando desde hace algún tiempo por una comprensión del principio de subsidiariedad más en clave federal que sirviese para una eficiente distribución de competencias a nivel local, regional, estatal, y comunitario. Interesante es la obra, no sólo por el contenido sino por la trayectoria política e intelectual de su autor, del Profesor y político – otrora partidario del más acérrimo centralismo y unidad española – M. Fraga Iribarne. El proponente, también, una vez convertido en Presidente de la Comunidad Autónoma de Galicia, de la “Administración Única”¹²⁷, propuso en 1997, en un libro titulado *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea* una nueva comprensión de este principio, puesto que, decía él:

“La aplicación del principio de subsidiariedad no puede excluir a las regiones y a los entes locales con el pretexto de que las competencias de las colectividades subestatales constituyen una *cuestión de orden interno de cada Estado Miembro* y con la excusa de que el principio de subsidiariedad *se aplica sólo a las relaciones entre la Comunidad y sus Estados Miembros*. Si esto fuera así nos encontraríamos ante el peligro de renacionalización y recentralización de políticas que, hoy por hoy, en muchos Estados Miembros, son competencia de las regiones y, en algunos casos, incluso, de los poderes locales”¹²⁸.

Las propuestas concretas que en este libro proponía Fraga Iribarne eran, en síntesis, tres: a) inclusión de una referencia explícita a las regiones y entes locales en el texto del art. 3.B del TCE; b) introducción de mecanismos que mejoren la participación de los entes regionales y locales en los procedimientos de control previo del efectivo

¹²⁵ Art. 88.

¹²⁶ Art. 15. Traducción propia.

¹²⁷ *Vid.*, FRAGA IRIBARNE, M. Conferencia pronunciada en la Universidad Carlos III de Madrid sobre la Administración única, de 22 de Abril de 1992.

¹²⁸ FRAGA IRIBARNE, M. *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*. Fundación Galicia Europa. Santiago de Compostela. 1997. P. 118. Subrayado en el original.

cumplimiento del principio de subsidiariedad; c) reconocimiento al Comité de las Regiones y, eventualmente, a sus miembros, de una legitimación activa “privilegiada” para recurrir ante el Tribunal de Justicia las vulneraciones del principio de subsidiariedad. Diecisiete años después se han producido avances en el sentido de las tres propuestas, aunque ninguna adoptada en toda plenitud. Respecto de la primera, la UE sigue siendo una Unión de Estados de Derecho Internacional, y no un Estado Federal, razón por la cual no se menciona ni recoge a las Regiones. Sin embargo, el art. 4.2 sí indica: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional”. La segunda no merece más comentarios aquí, después de lo explicado en epígrafes anteriores. Aquí nos vamos a detener en la tercera.

Respecto, para comenzar, a la legitimación del Comité de las Regiones, el art. 8 del protocolo nº 2, anexo al Tratado de Lisboa, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, establece: “De conformidad con los procedimientos establecidos en dicho artículo, el Comité de las Regiones también podrá interponer recursos contra actos legislativos para cuya adopción el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea requiera su consulta”, de modo que se comprueba sin mucha dificultad, se establece una legitimación, pero no privilegiada, como aspiraban los representantes de este órgano.

El mismo precepto abre las puertas, también, a las Regiones, para acudir al TJUE en defensa del principio de subsidiariedad, aunque en unos términos, como siempre, limitados, que requieren la coordinación con las autoridades estatales. Lo hace así: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo, interpuestos con arreglo a los procedimientos establecidos en el artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por un Estado miembro, o transmitidos por éste de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo”. El problema es que este recurso está limitado a los actos legislativos. En otro orden de consideraciones, como toda persona jurídica, los *Länder*, Regiones, o Comunidades Autónomas podrán interponer, de acuerdo con la referida disposición del Tratado de Funcionamiento, recurso de anulación contra aquellas disposiciones de las que sean destinatarias o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente

y que no incluyan medidas de ejecución. En los mismos términos pueden, además, y en tanto, insistimos, que personas jurídica, interponer recursos por omisión y de responsabilidad extracontractual. Por último, pueden solicitar intervenir en un asunto en el que demuestren tener un interés legítimo.

Al objeto de estas páginas nos centraremos en cómo se ha regulado en los Estados Miembros que venimos analizando. Comenzando por Alemania, la regla está establecida, al igual que la participación de los estados en el Consejo, en el art. 23.1.a) de la Ley Fundamental de Bonn se establece que: El *Bundestag* y el *Bundesrat* tienen el derecho de presentar una acción ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a causa de la infracción de un acto legislativo de la Unión Europea contra el principio de subsidiariedad, El *Bundestag* está obligado a hacerlo a petición de un cuarto de sus miembros”. La lectura de este precepto en clave federal es fácil si se recuerda la composición del *Bundesrat*, formado por representantes de los estados¹²⁹. Por otro lado, tenemos que insistir en el, a nuestro juicio, inadecuado, lugar para una disposición de estas características. Si cambiasen las normas en el Derecho Comunitario, por ejemplo (aunque actualmente resulta un poco utópico si quiera pensarlo), otorgando a cada Región con competencias legislativas una legitimación activa para impugnar actos legislativos comunitarios en virtud del principio de subsidiariedad o, en sentido inverso, si se decidiese (lo que resultaría aún más increíble) que ni siquiera los Estados tengan este derecho, el precepto sufriría una mutación por imposibilidad de uso¹³⁰.

También en Austria se ha consagrado a nivel constitucional¹³¹ el contenido de los acuerdos de 9 de diciembre de 1992 entre la Federación y los *Länder* sobre los derechos de participación de los *Länder* y las autoridades locales en asuntos de la integración europea. La posición de la Federación se negocia en la Conferencia de los *Länder*, y el acuerdo adoptado entre ellos vincula a la Federación, que si no está de acuerdo, puede designar a un *Land* para que represente al conjunto del Estado ante las

¹²⁹ El art. 49 C.A indica “Los *Länder* participarán, por medio del *Bundesrat*, en la legislación y en la administración de la Federación y en los asuntos de la Unión Europea”. y el artículo 50 que “(1) El *Bundesrat* se compone de miembros de los gobiernos de los *Länder*, que los designan y los cesan. Pueden ser representados por otros miembros de sus respectivos gobiernos. (...) (2) Cada *Land* tiene, por lo menos, tres votos. Los *Länder* de más de dos millones de habitantes tienen cuatro; los de más de seis millones, cinco y los de más de siete millones, seis. (...) (3) Cada *Land* podrá enviar tantos miembros como votos tenga. Los votos de un *Land* pueden ser emitidos sólo en bloque y sólo por los miembros presentes o sus representantes”.

¹³⁰ En estas sí, y a diferencia de lo que exponemos más tarde sobre la mutación por imposibilidad de uso en Jellinek y Hsü Dau-Lin, sí podría ser admisible la mutación por imposibilidad de uso: pero ello no debe extrañar, teniendo en cuenta que es consecuencia derivada de haber puesto en la Norma que es plasmación de la voluntad soberana del Pueblo algo que no depende enteramente de ellos.

¹³¹ *Vid.*, art. 23.d.1 C.Aus.

instituciones europeas. También se puede instar a que la Federación impugne el acto ante el Tribunal de Justicia aunque, de hecho, en Austria no se ha establecido todavía, hasta donde nosotros tenemos noticia, qué Cámara y en base a qué procedimiento hará el control del principio de subsidiariedad¹³².

Éste problema (el de su regulación en normas de carácter suprallegal, ante la eventualidad de un cambio legislativo de la UE), añadido, por supuesto, al de si una norma de ámbito regional puede vincular de algún modo la acción del legislador estatal, plantea establecer esta participación en un Estatuto de Autonomía. Nos parece, por tanto, criticable, que los nuevos Estatutos de Autonomía recojan la acción de la Comunidad Autónoma ante el TJUE¹³³. Más absurdo es, si cabe, además, que estableciendo la normativa europea, como hemos visto, a la normativa estatal en lo que respecta a las acciones de las Regiones ante el TJUE en defensa del principio de subsidiariedad, los Estatutos de Autonomía de Cataluña y de Aragón (los demás sí lo hacen) ni siquiera se refieran a ésta, como si la única fuente de legitimidad les viniera del ámbito europeo. Así, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, que una vez más tomaremos como ejemplo para nuestras explicaciones, por ser sobre el que además, se ha pronunciado ampliamente el Tribunal Constitucional establece, genéricamente, en el art. 188, que “El Parlamento participará en los procedimientos de control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que establezca el derecho de la Unión Europea en relación con las propuestas legislativas europeas cuando dichas propuestas afecten a competencias de la Generalitat”, y más en concreto, en el art. 191, que, “1. La Generalitat tiene acceso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos que establezca la normativa europea. (...) 2. El Gobierno de la Generalitat puede instar al Gobierno del Estado a iniciar acciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en defensa de los legítimos intereses y competencias de la Generalitat. La Generalitat colabora en la defensa jurídica. (...) 3. La negativa del Gobierno del Estado a ejercer las acciones solicitadas debe ser motivada y se comunicará inmediatamente a la Generalitat”. Sobre el primero de ellos ha dicho, nuestro máximo custodio constitucional, lo que es interesante a propósito de un problema que vamos a abordar después, que su regulación, sin perjuicio de que la participación, como toda la que tenga que ver con la actividad de una Comunidad Autónoma frente a instituciones de la Unión

¹³² Cfr., VIDAL PRADO, C. “Austria” en FREIXES SANJUÁN, T., GÓMEZ SÁNCHEZ, Y, Y ROVIRA VIÑAS, A. *Constitucionalismo multinivel...* p. 117.

¹³³ *Vid.*, arts. 191 EAC, 238 EAA, art. 65 EAEL, art. 95 EAAR, art. 113 EAIB.

Europea, tiene que ser acorde con la normativa del Estado¹³⁴ y que el que los parlamentos autonómicos participen en el control de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad es coherente con el sistema constitucional de distribución territorial del poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas, al venir determinada por la afectación de las competencias a la Generalitat¹³⁵. Respecto del segundo, simplemente, que no resulta inconstitucional porque, de acuerdo con la regla general a la que nos acabamos de referir, lo único que hace es remitirse a la legislación comunitaria y, aunque no la menciona, no obsta para que, también, quede subordinada su participación a la legislación del Estado¹³⁶. Esta jurisprudencia puede resultar técnicamente irrefutable, pero no puede dejar de criticarse la técnica legislativa que conduce a preceptos que, entre lo que dicen expresamente, y lo que implícitamente necesitan, carecen de todo valor normativo. Es más, a pesar de las referidas disposiciones estatutarias, la posibilidad de intervención procesal ante el TJUE sigue regulada, en España, a nivel estatal, por unos antiguos Acuerdos, adoptados en el seno de la CARCE, en 1990¹³⁷ y 1997¹³⁸, que únicamente establecen, en síntesis, en coherencia con que es el Estado en su conjunto el único que tiene reconocida personalidad jurídica internacional, que la representación ante el TJUE de España es única, y que cuando trate sobre asuntos que afecten a una Comunidad Autónoma ésta puede comunicar su posición al Ministerio de Exteriores e incluso enviar personas que asesoren y participen en la defensa, por lo que requerirían, a nuestro juicio, su actualización a la nueva normativa comunitaria¹³⁹. La realidad, sin embargo, es que el control del principio de subsidiariedad en España, a falta, como en Austria, rige por ahora un proceso “primigenio, y todavía en fase de prueba”, en el seno de la Oficina de la Comisión conjunta (Congreso y Senado) para la Unión Europea, que hace un estudio de la propuesta legislativa que remite a la Comisión, la cual encargará a su vez a Subcomisión un dictamen que deberá ser debatido en el pleno del Congreso y el Senado. Al mismo tiempo, se envía a todos los Parlamentos autonómicos el borrador de

¹³⁴ *Vid.*, STC 31/2010, Fdts. Jcos. 111 y 115.

¹³⁵ *Vid.*, STC 31/2010. Fdto. Jco. 122.

¹³⁶ *Vid.*, STC 31/2010. Fdto. Jco. 124.

¹³⁷ *Vid.*, BOE, nº 216, de 8 de Septiembre de 1992. P. 30853.

¹³⁸ *Vid.*, BOE nº 79, de 2 de Abril de 1998. P. 11352.

¹³⁹ Esta falta de personalidad jurídica puede hacer, por supuesto, que los terceros Estados no quieran hacer pactos con los entes descentralizados sin la garantía de la Federación.

propuesta legislativa para que, en el breve plazo de cuatro semanas, remitan un informe que, en todo caso, no resulta vinculante para las Cámaras¹⁴⁰.

Más adecuada nos parece la regulación legal que se ha hecho en Italia. Por un lado, el artículo 25 de la *legge* de 24 de Diciembre de 2012, n. 234, indica, en unos términos algo genéricos, que las Asambleas y Consejos regionales informan a las Cámaras acerca de sus observaciones respecto del principio de subsidiariedad con tiempo suficiente para su debate parlamentario, dando comunicación a la Conferencia de Presidentes de las Asambleas de Regiones y Provincias Autónomas. Por su parte, el art. 42 del mismo cuerpo legal, establece que el gobierno interpondrá sin demora el recurso ante el TJUE en defensa del principio de subsidiariedad deliberado en la Cámara de Diputados o en el Senado. Por tanto, las Regiones tienen por vía del Senado¹⁴¹ una primera vía de participación en las impugnaciones de actos legislativos de la Unión Europea en defensa del principio de subsidiariedad, pero es que, además, el art. 5.2 de la *legge* de 5 de Junio de 2003, n. 131, establece que el Gobierno puede interponer recurso sobre los actos competencia de las Regiones que se consideren ilegítimos y, además, está obligado a hacerlo cuando se lo pida la *Conferenza Stato-Regioni*, por mayoría absoluta de sus miembros.

En Bélgica no existe un procedimiento específico para el ejercicio de los derechos recogidos en el protocolo sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, de modo que, en principio, dependerá de las negociaciones y acuerdos entre las distintas instancias legislativas¹⁴².

Volviendo al hilo de nuestra explicación, lo que, en el momento que escribía estas líneas, el Presidente de la Comunidad Autónoma de Galicia, intentaba poner de manifiesto con esta reivindicación de la concepción descendente del principio de subsidiariedad para la Unión Europea, es la necesidad de arbitrar mecanismos que inviendan lo que el Profesor J. Ruiperez ha denominado “la doble centralización derivada de la integración europea”¹⁴³. Ésta consiste, en el marco de los Estados

¹⁴⁰ Cfr., LOPEZ GONZÁLEZ, J.L. “España”. En FREIXES SANJUÁN, T., GÓMEZ SÁNCHEZ, Y, Y ROVIRA VIÑAS, A. *Constitucionalismo multinivel...* Pp. 325 y ss.

¹⁴¹ Sin perjuicio de las dudas que expusimos en el Capítulo I, también respecto a España, de que esta Cámara sea verdaderamente, como reza el art. 57, verdaderamente elegida en base regional.

¹⁴² Vid., ALONSO DE LEÓN, S. “Análisis crítico de los parlamentos regionales en el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea” En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. nº 16 (2011). P. 307.

¹⁴³ Para lo que sigue Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. “Estática y Dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales”. En ROURA, S T TAJADURA, J. *La Reforma Constitucional*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2005. Pp. 33 y ss.

Europeos políticamente descentralizados, en el hecho de que las competencias que se ceden a la Unión Europea no son únicamente las de titularidad del poder político central sino, también, las de los entes descentralizados. Poniendo como ejemplo el caso de España, el art. 93 CE permite la cesión de competencias derivadas de la Constitución a la Unión Europea tanto si estas son competencia del poder político central como de las Comunidades Autónomas. La mejor doctrina ha explicado que el término “competencias” se utiliza, en el artículo 93 de nuestra Constitución, en un sentido distinto y anterior al de los artículos 148 y 149 del mismo texto, de modo que la facultad de cesión de competencias a la Unión Europea afecta a todo el conjunto de las mismas derivadas de la Constitución¹⁴⁴.

En un sentido estrictamente jurídico es evidente que rige lo que la doctrina ha denominado “principio de no alteración de la distribución interna de competencias”, consagrado por el Tribunal Constitucional en no pocas sentencias¹⁴⁵. En un sentido más político, afirma el Profesor de la Universidad de la Coruña, la centralización, en el interior del Estado compuesto, como consecuencia de la cesión de competencias a la Unión Europea se da en un triple sentido: a) En un primer momento, el de la negociación de un nuevo Tratado de la UE, porque incluso sobre competencias de titularidad exclusiva de las Comunidades Autónomas es exclusivamente a los órganos políticos del poder central a los que corresponde la decisión, consecuencia de la titularidad estatal de las relaciones exteriores, de cederlas o no a la Unión Europea. b) En segundo lugar, y por lo que respecta al momento normativo de la ejecución de las obligaciones comunitarias, sucede – dice nuestro autor – que incluso cuando la materia en cuestión estuviera originalmente atribuida a los centros autónomos de decisión política, ya sea en exclusiva o de modo concurrente, de forma que en ambos casos la ejecución correspondería a éstas, su cesión a la Unión Europea supone, en última instancia, que la normativa autonómica se mantendrá vigente, y dado que las normas estatales destinadas a hacer efectiva la legislación comunitaria no son inconstitucionales, sólo en la medida en que el poder político central no legisle en la materia para dar una solución uniforme en el conjunto del Estado, pasando por tanto, el Derecho autonómico, a ser derecho supletorio del estatal. c) En tercer y último lugar, nos dice el Profesor J. Ruiperez, en el momento puramente ejecutivo, si una Comunidad

¹⁴⁴ Cfr., PEREZ CALVO, A. *Estado Autonómico y Comunidad Europea*. Tecnos. Madrid. 1993. Pp. 79 y ss.

¹⁴⁵ *Vid.*, SSTC 29/1986, 252/1988, 76/1991, 115/1991, 236/1991, 117/1992, 80/1993, 141/1993, 244/1993, 29/1994, 213/1994, 112/1995, 67/1996, 147/1996, 265/1996, 37/1997, 133/1997.

Autónoma no da cumplimiento de una normativa europea, pasa ésta, al menos en el terreno de los hechos, a ser competencia de la Federación, que la puede hacer ejecutar directamente, de modo directo.

El primer punto nos resulta a todas luces evidente e indiscutible. El hecho de que sea únicamente a los órganos federales a los que corresponde la decisión de transferir el ejercicio de competencias, incluso exclusivas, de los entes descentralizados, es un indudable elemento de tendencia centralizadora. Desde un punto de vista político-práctico se podrá aducir que es poco creíble que en la negociación de Tratados comunitarios que alteren el halo competencial de la Unión Europea los representantes estatales se muestren más proclives a ceder las competencias que son de los entes descentralizados en lugar de las que corresponde al poder político central puesto que, de hecho, las competencias que normalmente se decide traspasar a la UE son aquellas que, al menos en teoría, requieren, para una mayor eficiencia, ser legisladas en una esfera supranacional. Sea de ello lo que fuere lo cierto es, sin embargo, que se minimiza el papel político de las colectividades miembro cuando, al menos potencialmente, una decisión unilateral de los órganos constituidos del poder central las despoja de sus competencias. Los mecanismos de participación de estas colectividades en el Derecho de la Unión no alcanza la negociación de los Tratados.

La segunda y tercera afirmación resultan ya, sin embargo, más problemáticas. Respecto de la segunda hay que decir que es, en principio, correcta, y que el principio de subsidiariedad, en la nueva concepción que estamos estudiando, sirve precisamente, como hemos dicho, para tratar de contrarrestar este doble efecto centralizador que se produjo, efectivamente, con el ingreso de España en las Comunidades europeas. El problema surge ante la posibilidad, al menos potencial, de que en una materia que requiere la ejecución por parte de la Comunidad Autónoma, los órganos de ésta decidan no ejecutar el Derecho Comunitario (o lo hagan de un modo deficiente) y sea el conjunto del Estado el que tenga que soportar las consecuencias jurídicas. El principio de primacía del Derecho Comunitario, afirmado desde 1963 por el TJUE obliga a los Estados (en su conjunto) a aplicar de modo uniforme en todo el territorio europeo el Derecho de la Unión. El TJUE ha establecido, además, en una constante jurisprudencia, que los Estados, en el marco de un recurso por incumplimiento, no pueden alegar cuestiones prácticas de carácter interno, y en especial, que es competencia de los entes descentralizados, para evadir su

responsabilidad¹⁴⁶. Desde los postulados del Profesor J. Ruiperez, el problema se ataja de raíz, asumiendo que el Estado puede dictar una norma de ejecución en todo territorio, a fin de evitar el ilícito internacional. Qué duda cabe de que se trata de un modo eficaz de atajar el problema y que esta posibilidad, al menos hasta finales de la década de los noventa, no parecía presentar dudas. Pero vamos a ver a continuación que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no parecen hacerla viable. La doctrina ha discutido mucho acerca del acierto o desacierto de esta jurisprudencia que, en nuestra humilde opinión, es correcta y coherente con la lógica de un Estado Federal. Nosotros planteamos, por tanto, *lege ferenda*, la necesidad de reformar la Constitución para incorporar el poder de sustitución por parte de la Federación.

Precisamente por esta ausencia de un poder de sustitución recogido positivamente en el texto de la Constitución, no creemos, que el efecto centralizador se produzca, al menos en España, por la razón que indica nuestro Maestro, basándose en este caso en la obra del ilustre constitucionalista A. La Pégola. Ello no quiere decir que estos autores estén equivocados, sino al contrario: El doble efecto centralizador debería producirse, por lógica, y así ocurre en los Estados cuyas constituciones recogen la, por lo demás conveniente, necesidad, de que a los órganos centrales les corresponda, de modo supletorio, y velando por los intereses generales de la nación, sustituir la acción o inacción de los entes descentralizados respecto de las obligaciones internacionales. Más aún: por un lado, ofrecen una solución en el ámbito político-material, aunque resulte insuficiente y haya sido rechazada por el Tribunal Constitucional en el plano jurídico-formal. El efecto centralizador, que con la nueva concepción del principio de subsidiariedad se intenta contrarrestar se da porque, cedida una competencia a la Unión Europea, que es una Unión de Estados, la legislación sobre esa materia corresponderá a las instituciones comunitarias, en la cual, en principio, aunque como hemos visto eso ya no es, desde la reforma del art. 203 TCE, así, no participan las Regiones. Cuando la competencia incorporada a los Tratados no lo sea en régimen de exclusiva, la competencia pertenecerá a la Unión y a los Estados. Además, la participación de las Regiones, en aquellos Estados en los que, como en España e Italia, no está fijada una regla a nivel constitucional, depende, de acuerdo con el principio de autonomía institucional, de la voluntad política de los representantes del poder central. Si la

¹⁴⁶ *Vid.*, SSTJUE de 14 de junio de 2007, Comisión/Bélgica, asunto C-422/05, 16 de diciembre de 2004, Comisión/Austria, asunto C-358/03, de 12 de diciembre de 1996, Comisión/Alemania, asunto C-297/95, de 20 de marzo de 2003, Comisión/Italia, asunto C-143/02 y 28 de junio de 2007, Comisión/España, asunto C-235/04.

competencia se traspa en exclusiva, la normativa europea será la única fuente legislativa que desplazará – en virtud del principio de primacía - toda normativa estatal o regional, anterior o posterior. Aun así será necesario, en su caso, un acto de ejecución a nivel nacional o regional. Si la competencia cedida pasa a ser una competencia compartida, en primer lugar, ahora, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la Unión Europea no legislará sino es necesaria su intervención en aras de una mayor eficiencia. Pero, y en segundo lugar, cuando las instituciones europeas hagan uso de su competencia legislativa, en el plano interno de cada Estado habrá que distinguir entre dos posibilidades: si la competencia cedida a la Unión Europea era compartida entre el Estado y la Comunidad Autónoma, el Estado seguirá pudiendo legislar en aplicación de la normativa comunitaria tan sólo en el mismo sentido que lo podía hacer antes de la cesión de la competencia a la UE. Es decir, si antes de esta cesión el Estado central tenía tan sólo la posibilidad de legislación de bases en una materia, ésta será igualmente el alcance de sus facultades legislativas una vez cedida la competencia a la UE. En este caso no sólo no se produce una doble centralización sino que el efecto es el contrario, pues es factible pensar que la legislación de bases estatal se va a reducir a poco más que recepcionar la normativa europea¹⁴⁷. El desarrollo y ejecución de las mismas responderá, en nuestra humilde opinión, a las Comunidades Autónomas, de modo similar a como lo hacían antes de la cesión. Sólo, evidentemente, si la materia pertenecía en exclusiva al Estado central, ya sea por imposición del art. 149.1 CE o en virtud de la cláusula residual del art. 149 CE (si acaso, consecuencia del principio

¹⁴⁷ Esta regla viene recogida en el art. 189 EAC, que ha sido avalada por nuestro TC con un solo matiz. El primer epígrafe de este artículo, que no fue impugnado por el PP en el amplio recurso que presentó contra este Estatuto, dice “1.La Generalitat aplica y ejecuta el derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias. La existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias que establecen la Constitución y el presente Estatuto”. Poco hay que decir respecto de esto teniendo en cuenta el ya mencionado principio de no alteración de la distribución de competencias. Más relevante, por tanto, al hilo de nuestra explicación es el tercer epígrafe, el cual establece que: “3.En el caso de que la Unión Europea establezca una legislación que sustituya a la normativa básica del Estado, la Generalitat puede adoptar la legislación de desarrollo a partir de las normas europeas”. Sobre él el TC, en la STC 31/2010, Fdto. Jco. 123, matiza, de modo casi innecesario, que “De acuerdo con una reiterada y conocida doctrina constitucional (STC 148/1998, de 2 de julio, FJ 4), no existe razón alguna para objetar que la Comunidad Autónoma ejecute el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias, tal como dispone con carácter general el art. 189.1 EAC, y, en consecuencia, tampoco, en principio, para que pueda adoptar, cuando ello sea posible, legislación de desarrollo a partir de una legislación europea que sustituya a la normativa básica del Estado en una materia. Ahora bien, una concepción constitucionalmente adecuada del precepto implica siempre la salvaguarda de la competencia básica del Estado en su caso concernida, que no resulta desplazada ni eliminada por la normativa europea, de modo que el Estado puede dictar futuras normas básicas en el ejercicio de una competencia constitucionalmente reservada, pues, como señala el Abogado del Estado, la sustitución de unas bases por el Derecho europeo no modifica constitutivamente la competencia constitucional estatal de emanación de bases”.

dispositivo, respecto de ciertos territorios) podrá éste legislar solo en cumplimiento de las obligaciones comunitarias. Pero si la competencia cedida a la Unión era de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, en ese caso el poder central carece, a nuestro juicio, de ninguna facultad legislativa. El Tribunal Constitucional mantiene una constante jurisprudencia en el sentido de que no existe razón alguna para objetar que la Comunidad Autónoma ejecute el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias¹⁴⁸. Refutamos, en consecuencia, la idea de porque las competencias compartidas en el seno de la Unión son entre ésta y los Estados Miembros, necesariamente corresponda a los órganos legislativos del poder central la legislación de desarrollo. De cara al exterior, y por imposición de los Tratados, el desarrollo ejecutivo de la normativa en materia compartida de la Unión corresponde al “Estado”, pero en el interior, la competencia se ejerce de acuerdo con las normas de reparto establecidas en la Constitución. Sostenemos, en conclusión, que la cesión de competencias a la Unión no otorga – ni *de iure* ni *de facto* - a los órganos políticos del poder central ningún título competencial¹⁴⁹.

Ello puede producir, y en el caso de España produce efectivamente, algunas distorsiones. Cuando un Estado (en sentido amplio) no cumple con sus obligaciones comunitarias, la Comisión puede interponer un recurso por incumplimiento ante el TJUE que puede concluir con una sanción al Estado. Ni la Comisión ni el Tribunal de Justicia van a entrar en si el incumplimiento se produce como consecuencia de una acción o inacción de los órganos políticos centrales o regionales. Se puede dar, por tanto, el hecho, de que el Estado sea sancionado (sanción que tendrán que satisfacer los órganos políticos del poder central) siendo la verdadera culpable una Comunidad Autónoma. Esto contradice, evidentemente, la idea de que no hay poder sin responsabilidad, pero sostener por ello que el poder central puede arrogarse una competencia legislativa en la materia no nos parece jurídicamente justificado. En esos casos sería necesario, en nuestra opinión, siguiendo el ejemplo del art. 109.5 de la Constitución alemana¹⁵⁰, arbitrar mecanismos de traspaso *ad intra*, a las Comunidades

¹⁴⁸ *Vid.*, la mencionada *supra* STC 148/1998 Fdto. Jco. 4°.

¹⁴⁹ Cfr., MONTILLA MARTOS, J.A. *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*. CEPC. Madrid. 2005. Pp. 87 y ss. Una síntesis de la jurisprudencia constitucional en el sentido que mantenemos en p. 93.

¹⁵⁰ En este artículo se estableció como Pacto Nacional de Estabilidad, la obligación conjunta de la Federación y los *Länder*, de mantener la disciplina presupuestaria. Los posibles pagos de las sanciones a la UE serán soportados por la Federación en un 65% y por los *Länder* en un 35%. El 65% de las cargas lo soportarán los *Länder* que las hayan causado, y el 35% restante los demás *Länder*. El nuevo art. 104a.6 regula la responsabilidad interna por no trasposición de las directivas, que será del 15% para la

Autónomas, de la responsabilidad que el Estado tiene, *ad extra*, frente a las instituciones de la Unión. Aunque el art. 93 CE *in fine*, establece que “corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”, de un modo diferente al de otras Constituciones de nuestro entorno que si establecen esta responsabilidad, también, a los entes descentralizados, el TC (SSTC 80/1993 y 45/2001) ha establecido, y a nuestro juicio acertadamente, que esta disposición no supone tampoco ningún título competencial en favor del Estado. Se puede compartir o no, pero lo que esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional hace, es rechazar la posibilidad de que, la patética situación a la que conduce un ilícito internacional por la acción u omisión de una Comunidad Autónoma signifique, en ningún caso, un título competencial en favor del Estado. Por lo tanto, no es del todo cierto que las normas de ejecución del Derecho Comunitario no puedan ser inconstitucionales. Aun cuando puedan encontrar su fundamento, en el caso de España, en el art. 93 CE, dado que éste no es un título competencial, podrían ser inconstitucionales por vulnerar el reparto competencial establecido en el Título VIII. En el Fdto. Jco. 8º de la segunda de las resoluciones antes mencionadas, adoptada por la unanimidad del pleno, el TC se expresa en unos términos meridianamente claros al respecto, afirmando que:

“Este Tribunal distingue con nitidez entre la ejecución, en sí misma, y la garantía de la ejecución de las obligaciones iuscomunitarias. Y, a propósito, ha declarado que “la ejecución del derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia ... puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del derecho comunitario” (STC 236/1991, de 12 de diciembre, FJ 9), “a pesar de que [el art. 93 CE] necesariamente ha de dotar al Gobierno de la Nación de los instrumentos necesarios para desempeñar esa función garantista (STC 252/1988, FJ 2) articulándose la cláusula de responsabilidad por medio de una serie de poderes que permitan al Estado llevar a la práctica los compromisos adoptados” (STC 80/1993, de 8 de marzo, FJ 3). Esta función de garantía puede obligar, en supuestos de concurrencia competencial, “a articular el ejercicio de las competencias propias de uno y otras de modo tal que ‘sin invadir el ámbito competencial ajeno, no obstaculicen el desempeño de las funciones que la Constitución y los Estatutos les atribuye ni echen cargas innecesarias sobre los administrados’ (STC 252/1988, FJ 2)” (STC 79/1992, de 28 de mayo, FJ 1), pero “ello no quiere decir que la previsión del art. 93 CE configure por sí sola un título competencial autónomo a favor del Estado” que pueda desplazar o sustituir la competencia autonómica (STC 80/1993, de 8 de marzo, FJ 3), ni por conexión a un supremo interés nacional, ni porque se apele a una expectativa de eficacia ni, en fin, por invocación de un simple motivo de utilidad o mera conveniencia”.

De acuerdo con el máximo intérprete constitucional, por tanto, lo dispuesto en el art. 93 CE faculta al legislador estatal, a orientar sus propias competencias legislativas para dar cumplimiento a los acuerdos comunitarios, pero nunca invadir las

Federación, 35% de manera solidaria todos los *Länder*, y el 50% restante los *Länder* que los hayan causado (Cfr., SCHNEIDER, H-P. “El nuevo federalismo alemán. La reforma del federalismo I y su implementación”. *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 34 (2014). P. 107.

competencias de las Comunidades Autónomas, por mucho que pueda resultar necesario o conveniente, para evitar el ilícito comunitario, la adaptación de una normativa estatal de ejecución.

También dice, como acabamos de ver, nuestro supremo custodio constitucional, que no existe un título específico para la ejecución de las obligaciones comunitarias y- añadimos nosotros – tampoco, un poder de sustitución en caso de incumplimiento. Así pues, ante el actual estado de la cuestión, como solución a la hipotética situación en la que el Estado fuese condenado por incumplimiento de las obligaciones comunitarias por culpa de las Comunidades Autónomas, la doctrina ha acudido a tres tipos de soluciones, y ninguna parece plenamente satisfactoria: a) La primera sería la posibilidad de dictar, en virtud del art. 150.3 CE, una ley de armonización del Derecho de las Comunidades Autónomas, pero dicha solución no parece adecuada al objetivo perseguido, en primer lugar, porque no soluciona el problema de inacción de una Comunidad Autónoma (en ese caso no hay nada que armonizar y, dado que la Constitución española habla “leyes que establezcan los principios necesarios”, no ser suficientes, por si mismas, en ausencia de normativa autonómica, para dar cumplimiento al Derecho Comunitario), razón por la cual en segundo lugar, no se podrían dictar leyes de armonización con carácter previo, en palabras del Profesor J. A Montilla “por si acaso” (STC 76/1983) y, en tercer lugar, el art. 150.3 CE ha sido definido por el TC como una cláusula de cierre del sistema, cuando el legislador estatal no disponga de otros medios, y por lo tanto, su naturaleza casa mal con la necesidad ordinaria de ejecutar el Derecho Comunitario. No soluciona, así pues, el problema planteado por los Profesores A. La Pégola y J. Ruiperez. La cláusula del art. 150.3 CE permitiría, a nuestro juicio, todo lo más, dictar una norma de carácter armonizador de las distintas normativas autonómicas sobre la ejecución de los actos comunitarios, para evitar que la aplicación de alguna de ellas, contraria al Derecho Comunitario, pudiera hacer incurrir al conjunto del Estado en responsabilidad, y aun en este caso se podría discutir si se exige que el Estado haya sido previamente, al menos, apercibido, pues en caso contrario se estaría otorgando al poder central un poder exorbitante para ejercitar a discreción. El Estado, en todo caso, obviamente, no tendría la obligación de dictar dicha normativa. Pero lo que nunca permitiría dicha cláusula es que, en el momento de la ejecución de un determinado y particular acto comunitario, y ante el incumplimiento (de *iure* o de *facto*) de la Comunidad Autónoma, el Estado dictase una “ley de armonización” para evitar la sanción. b) Tampoco, dado su carácter

excepcional, y en este punto coinciden los Profesores de la Universidad de la Coruña y de la Universidad de Granada, es posible utilizar el mecanismo del art. 155 CE. Por lo menos, no como un poder de sustitución de la actividad normativa de la Comunidad Autónoma. Sólo en el caso de una reiterada y grave negativa de una Comunidad Autónoma que pudiesen hacer incurrir al Estado en una de las sanciones previstas en el art. 7 TUE podría justificar, a nuestro juicio, la puesta en marcha de esta “ejecución federal” extraordinaria c) Respecto, por último, a la posibilidad, que, por cierto, es la acogida por el TC en su STC 79/1992 (que entendemos superada), recogida en el art. 149.3 CE, de dictar una ley estatal de carácter supletorio, junto con insistir, con el Profesor J. A Montilla, en que no es el cauce teórico adecuado (una cosa es la ejecución del Derecho Comunitario y otra distinta la supletoriedad del Derecho estatal respecto del Derecho de las Comunidades Autónomas), hay que señalar, además, que es contradictoria con la jurisprudencia constitucional posterior respecto de esta cláusula de supletoriedad, que el Tribunal Constitucional ha descartado, también, como título competencial que permita dictar normas, con carácter ex profeso supletorio, sobre materias que no sean de su competencia. Incluso, como vamos a ver a continuación, en el supuesto de que, en virtud del principio dispositivo, los órganos legislativos del poder central tuviesen competencia, en un territorio, para regular la materia, la normativa resultante sería, en su caso, potencialmente aplicable con carácter supletorio por el operador jurídico en otras Comunidades del Estado que sí han asumido esa competencia, pero nunca podrá incluirse en ella preceptos destinados exclusivamente a producir efectos supletorios en dicho territorio.

La cuestión es compleja y ha sido objeto de dudas y vacilaciones por parte de la doctrina y la jurisprudencia, razón por la que es menester que nos detengamos a profundizar algo más sobre ella. Además, podemos decir, es una problemática que se plantea sólo en nuestro país, pues en los Estados compuestos de nuestro entorno como Alemania o Italia rige puramente una distribución estricta de competencias. La Constitución alemana sí recoge, en los artículos 125.a, 125.b y 125.c determinados supuestos en los que el Derecho de la Federación se mantiene vigente hasta la aprobación de la normativa de los *Länder* en los asuntos de su respectiva competencia, pero de ningún modo autoriza a una actividad legislativa de la Federación sobre cualesquiera asuntos. El art. 117 CI, como hemos estudiado, establece una clara distinción de competencias entre el Estado central y las Regiones que no deja lugar a cláusulas de supletoriedad, y si estas se dan en algunos Estatutos de las Regiones es,

obviamente, una técnica regional para dar completitud y coherencia al ordenamiento jurídico de la Región. Así cuando, por ejemplo, el Art. 57 de Cerdeña establece: “En las materias atribuidas a la competencia de la Región, hasta que no se disponga de modo diverso con Ley regional, se aplican las Leyes del Estado”¹⁵¹ lo único que hace, a nuestro juicio, es adoptar una técnica de resolución de problemas derivados de posibles lagunas del ordenamiento regional, pero no reconociendo una competencia legislativa universal del Estado central.

En una interesante y rigurosa monografía, el Profesor J. Tajadura¹⁵² expone de modo exhaustivo toda la problemática en torno a la conflictiva cláusula de supletoriedad del derecho estatal recogida en nuestro art. 149.3 CE. El tenor literal de esta cláusula (“El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”), que aparentemente no supone problema alguno, resulta especialmente difícil de interpretar en atención a la naturaleza de nuestro Estado de las Autonomías, que como hemos dicho, resulta también absolutamente compleja. Los primeros comentaristas, interpretándola del modo más literal posible, defendieron que el Derecho del Estado, el cual tiene, en virtud de esta cláusula, competencia legislativa general, es válido en todo el territorio, aunque se ve desplazado por el Derecho de las Comunidades Autónomas emanado en ejercicio de sus competencias¹⁵³. Pero esta validez, en todo caso, del Derecho estatal, resulta más que discutible en un Estado compuesto. El ingenio del Profesor I. De Otto, aun cuando partiese, lo que se explica perfectamente por el momento histórico en el que escribe estas líneas, de una incorrecta distinción entre Estado Federal/Estado Regional, que ya hemos refutado hasta la saciedad, lo ponía claramente de manifiesto cuando, en un trabajo sobre otra de las tres cláusulas que contiene el art. 149.3 CE (aunque las conclusiones son trasladables al caso

¹⁵¹ Traducción propia.

¹⁵² Cfr., para todo lo que sigue, y salvo que se indique lo contrario, TAJADURA TEJADA, J. *La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal respecto del Derecho autonómico*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2000.

¹⁵³ Vid., a este respecto ALONSO DE ANTONIO, J.A. “Artículo 149.1.1ª, 4ª, 5ª, 7ª, 10ª a 32ª, 2 y 3: sistema de distribución de competencias” En ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas. Tomo XI. Madrid 1996. Pp. 314-320. De acuerdo con esto, la interpretación de esta cláusula pivotaría sobre cuatro puntos: a) El Derecho estatal tendría validez en todo el territorio, frente al autonómico, que lo tiene sobre el territorio, frente al Derecho autonómico que lo tiene sólo en su territorio, donde, evidentemente, en el ámbito de sus competencias se aplica de modo preferente. b) Esto no atribuye al Estado título competencial ninguno (STC 75/1983). c) Lo que no quita, sin embargo, que el poder central pudiera, en algún caso, acudir a la doctrina de los poderes implícitos, estrechamente ligados con alguna de sus competencias. d) Por último, de acuerdo con el principio de competencia, la norma que prevalece es aquella dictada en virtud de las competencias atribuidas por la Constitución, ya sea el Estado central o la Comunidad Autónoma. Pero el Derecho del Estado se aplicará, todavía, en la Comunidad Autónoma, con carácter supletorio.

que examinamos), afirmaba que “mientras que en el Estado federal la limitación del poder de la Federación se hace limitando materialmente su validez, en el caso del Estado Regional el poder del Estado se haya sometido únicamente a límites de vigencia”¹⁵⁴. Puesto que nosotros partimos de la concepción, que en estas líneas finales de nuestro trabajo debe resultar ya clara, de la naturaleza federal del Estado de las Autonomías como, también, del llamado Estado Regional italiano (donde, por cierto, como vamos a ver, no se acude a ninguna cláusula de supletoriedad para dar cumplimiento desarrollo al Derecho de la UE), a nadie sorprenderá que, en contra de las tesis del Profesor de la Universidad del País Vasco (que refutaremos inmediatamente con más detenimiento), nos sumemos a autores como I. Lasabaster, J. Balza, P. De Pablo, y R. Canosa, y neguemos esta validez universal del Derecho estatal¹⁵⁵. El Profesor J. Tajadura, con quien respetuosamente discrepamos, basa en definitiva la crítica a la jurisprudencia del TC a la que someramente hemos aludido en el párrafo anterior, en síntesis, sobre la base del principio de unidad de nuestro modelo de Estado constitucionalmente garantizado¹⁵⁶. Es cierto que la naturaleza del Estado Federal, Regional, o Autónomo es unitaria¹⁵⁷, pero sus conclusiones acerca del significado de este principio resultan francamente exageradas. El Estado Federal, Regional o Autónomo es un Estado unitario porque, como venimos sosteniendo a lo largo de estas páginas, la soberanía es única e indivisible y reside en el Pueblo federal en su conjunto. En el Pueblo Federal que puede, en todo momento, mediante un acto revolucionario, darse una nueva Constitución pero no en los órganos legislativos del poder central. No es cierto, por tanto, como sostiene en su voto particular a la STC 61/1997 el ya también fallecido Profesor y Magistrado Manuel Jiménez de Parga, que la

¹⁵⁴ DE OTTO Y PARDO, I. “La prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho regional”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. nº 2. 1981. P. 71.

¹⁵⁵ Una precisión se impone aquí: Tiene validez universal, de acuerdo con la actual doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, el Derecho estatal anterior a la aprobación de la Constitución, sin perjuicio de que se vea desplazado, en su caso, por el Derecho de las Comunidades Autónomas dictado en virtud de sus competencias. El Derecho estatal dictado con carácter meramente supletorio allí donde ostente competencias en la materia, v.gr., para regular lo básico”, es, de acuerdo con la doctrina del TC y la tesis de los autores citados, inconstitucional y, por tanto, en este caso (no estamos ahora en ninguno de los supuestos excepcionales y problemáticos de las SSTC 46/1989 o 236/2008) nulo. Además, hemos visto como en otros Estados Federales de nuestro entorno (Alemania, Italia, etc.) tampoco el Estado tiene esta facultad. Cuestión distinta es cuando el Estado pueda alegar un título legítimo sobre algún sector de una materia, en virtud, por ejemplo, de poderes implícitos: en ese caso, y como ha dicho hasta la saciedad el TC en la STC 31/2010 el Derecho estatal tiene, además, y como también es habitual en todos los Estados federales, carácter prevalente.

¹⁵⁶ Cfr., TAJADURA TEJADA, J. *La cláusula de supletoriedad...* p. 117 y ss.

¹⁵⁷ Cfr., HESSE, K. “El Estado Federal unitario” en CRUZ VILLALÓN, P. Y AZPIRATE SÁNCHEZ (eds.). *Escritos de Derechos Constitucional*. Fundación coloquio jurídico Europeo. CEPC. Madrid. 2011. Pp. 189-223.

aceptación o no dependa de que se defienda que la soberanía nacional es única e indivisible, mientras que la querrán reducir al mínimo o excluir del ordenamiento jurídico aquellos que, por el contrario, mantengan la tesis de la soberanía divisible. Puestos a buscar una razón trascendente sobre el juicio, que para el funcionamiento del Estado Federal deba merecer la posibilidad o no de que el Derecho del Estado sea supletorio, sería la que mencionamos en el Capítulo I acerca de los debates en doctrina alemana sobre si en el Estado federal se daban dos o tres esferas de poder, decantándonos nosotros por la primera opción, e indicando que, como reza la Constitución mexicana, la soberanía del Pueblo se ejerce a través de los órganos de la Federación y de los estados miembros, en virtud del principio de competencia. La unidad del Estado, y su garantía constitucional, no quiebra, de ningún modo, porque haya un reparto competencial y funcional del poder público entre el Estado central y las Regiones, de modo que éstas no puedan legislar sobre las materias que son competencia del Estado central y viceversa. En este sentido hay que recordar que las competencias que los estados federados, *Länder*, Regiones, o Comunidades Autónomas tienen se ostentan en titularidad, no se trata – como en el caso de las competencias cedidas a Organizaciones Internacionales como el caso de la Unión Europea – de una mera cesión de competencias en las que el Estado, por retener su titularidad, pueda dictar Derecho válido que será desplazado por el de las Comunidades Autónomas cuando ejerzan su competencia, y que recobrará su eficacia en el hipotético caso de una derogación legislativa.

El Profesor navarro se queja de que la jurisprudencia que vamos a examinar a continuación, y que, adelantamos ya, impide al legislador central dictar Derecho con carácter meramente supletorio condena el Derecho estatal a la obsolescencia y atribuye a la cláusula de supletoriedad, a pesar de no encontrarse entre las disposiciones de esa naturaleza que se encuentran en la parte final de la Constitución, carácter meramente transitorio¹⁵⁸. Ello no es así, y aunque lo fuera, tampoco sería sino una consecuencia de la excepcionalidad de nuestro Estado Autonómico, pues si como es comúnmente aceptado, nuestro constituyente dejó desconstitucionalizado el modelo territorial, y el Título VIII que reguló el acceso a la autonomía por parte de las Comunidades

¹⁵⁸ La tesis de la transitoriedad de la cláusula de supletoriedad la defiende abiertamente el Profesor I. Lagasabaster (*Vid.*, LAGASABASTER HERRARTE, I. *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto del Derecho autonómico*. Civitas. Madrid. 1980. P. 80), y negada también expresamente por el profesor J.L Meilan Gil, (*Vid.*, MEILAN GIL, J.L. *La ordenación jurídica de las Autonomías*. Tecnos. Madrid. 1988. P. 157).

Autónomas contiene no sólo ese, sino muchos preceptos que con la evolución que ha experimentado el Estado autonómico, en clave federal, pueden considerarse abiertamente obsoletos. Podríamos afirmar que los arts. 143, 144, 146, y 151 de nuestra Constitución han cumplido ya su función y han dejado de tener efectos¹⁵⁹. Esta es otra de las razones – a nuestro juicio - que muestra la imperiosa necesidad de una reforma. De hecho, a diferencia de su – a nuestro humilde juicio, arriesgada – afirmación de que “en el supuesto de que no existiera [la cláusula de supletoriedad] habría que inventarla”¹⁶⁰, lo cierto es que, como hemos dicho, no existe en otros Estados políticamente descentralizados. Pero además no es cierto que con la postura que defendemos se condene a la transitoriedad la cláusula de supletoriedad. Se ha dicho que esta cláusula cumple una triple función, por un lado, a) estática, en el sentido en que el Derecho estatal permanece, como hemos dicho, siendo válido (aunque ineficaz), en el territorio de las Comunidades Autónomas que han asumido competencia legislativa en una materia y, además, la han ejercido; por otro lado, b) dinámica, por cuanto que el Estado puede seguir legislando con plenos efectos en las Comunidades Autónomas en las que, porque no han asumido la determinada competencia en su Estatuto, sigue ostentado un título legítimo¹⁶¹; y c) finalmente, una función integradora para paliar, en la medida de lo posible, las posibles lagunas del ordenamiento jurídico (decimos en la medida de lo posible porque es, a nuestro juicio, una falacia, la pretensión kelseniana de un Derecho sin lagunas, con supletoriedad o sin ella), hay que afirmar que una cláusula de supletoriedad, ligada al principio de competencia, mantiene intacta las tres¹⁶², pues es evidente que al legislar, con título residual legítimo, sobre una determinada materia, el Estado crea una norma cuyos preceptos pueden ser – siempre que no sea ese su único fin – utilizados por el operador jurídico de modo supletorio para colmar las hipotéticas lagunas del Derecho autonómico.

¹⁵⁹ Cfr., a este respecto, RUIPEREZ ALAMILLO, J. “Una cuestión nuclear para la teoría del Derecho Constitucional: sobre la reforma constitucional y sus funciones en el Estado Constitucional democrático”. en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. nº 1. P. 471.

¹⁶⁰ TAJADURA TEJADA, J, *La cláusula de supletoriedad...*p. 117.

¹⁶¹ En este caso hay que precisar: primero, que según la STC 118/1996 (Fdto. Jco. 6º), no podrá hacerlo con carácter meramente supletorio cuando ostente algún otro título, p. ej., de “legislación básica” y, segundo, que no podrá alterar o derogar su Derecho, con carácter meramente supletorio, cuando todas las Comunidades Autónomas hayan asumido una determinada materia en sus respectivos Estatutos.

¹⁶² Vid., para todo esto, ELIZALDI JALIL, M. “La supletoriedad del Derecho estatal en el marco actual del Estado Autonómico español”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. nº 13. Pp. 133-137.

Más vehementes son las críticas del Profesor O. Alzaga¹⁶³, para quien la doctrina sentada en estas sentencias “no resiste el menor análisis”. Con mucha exageración afirma que la expresión “en todo caso” que se contiene en el art. 149.3 CE “es muy ilustrativo de que la voluntad constituyente era la de que esta cláusula de suplencia no se pusiera en entredicho con ningún tipo de artimañas teoréticas ni chicanas procesales”. No por ello son, a nuestro juicio, y con el mayor respeto a tan prominente constitucionalista, menos erróneas y, hasta cierto punto, contradictorias. Decimos esto porque, en su, por lo demás excelente, manual, comienza la explicación de esta cláusula, por lo que respecta a su fundamento, diciendo que “siendo posible a los ojos del constituyente que hubiese territorios no estructurados como CCAA¹⁶⁴ y habiendo de ser el Derecho autonómico necesariamente fragmentario, pues incluso en materias de competencia exclusiva de una CA no se puede descartar que la asamblea legislativa de la misma no legisle sobre una materia de su competencia, se demore en hacerlo o lo haga con mayores o menores lagunas, era obligado incluir en la CE esta cláusula de suplencia”, palabras éstas que sirven perfectamente para refutar su propia tesis. No será muy difícil de comprender, creemos, que porque la realidad política ha conducido a un Estado autonómico perfectamente asimilable a cualquier Estado federal es porque la cláusula de supletoriedad no puede tener la interpretación que él quiere atribuir al constituyente. Partiendo del principio de que los entes descentralizados de un Estado federal, en tanto que poderes constituidos que son, están obligados a legislar adecuadamente en las competencias que tienen atribuidas, con el fin, en definitiva, de elevar el nivel de vida de los ciudadanos, presupone un prejuicio político que de ningún modo podemos aceptar para una tesis jurídica, afirmar que necesariamente su ordenamiento jurídico será menos perfecto, en su esfera competencial, que el estatal¹⁶⁵. En el caso de España, obviamente, tras un plazo razonable de creación y desarrollo del Estado Autonómico. En el funcionamiento normal de un Estado federal o políticamente descentralizado, como el alemán, que como hemos visto, no tiene cláusula de supletoriedad, no cabe tampoco, como ha sostenido el Profesor J. Ruiperez, una mutación en el sentido de que los entes descentralizados transfieran al Estado la

¹⁶³ *Vid.*, para lo que sigue, ALZAGA VILLAAMIL, O, GUTIERREZ GUTIERREZ, I, REVIRIEGO PICÓN, F, SALVADOR MARTÍNEZ, M. *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*. Editorial Ramón Areces. 5ª ed. Madrid. 2011. Pp. 643-648.

¹⁶⁴ Consecuencia del principio dispositivo y la quiebra del régimen preautonómico que ello supuso.

¹⁶⁵ Esto también lo defiende el Profesor S. Muñoz Machado (*Vid.*, MUÑOZ MACHADO, S. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. 2ª ed. Iustel. Madrid. P. 531).

responsabilidad de legislar alegando falta de medios o de recursos, pues el primer caso constituye un incumplimiento constitucional (dado que los medios que hagan efectivo las competencias en la Constitución deben crearse) y en el segundo caso es obvio que los entes descentralizados deben buscar los recursos necesarios¹⁶⁶. En un país, como España, que ha llegado al federalismo desde la paulatina descentralización de un Estado otrora unitario, la cláusula de supletoriedad podría tener en origen un alcance mucho mayor que el que tiene una vez completado su desarrollo en 1992. Por tanto, aun cuando fuese, ciertamente, la voluntad original del constituyente, la que indica el Profesor Emérito de la UNED, se habría producido una legítima mutación, y no un falseamiento de la Constitución¹⁶⁷, como sostiene el Profesor J. Tajadura. Lo que hace el TC, con plena, a nuestro juicio, legitimidad así como lógica jurídica y política, es compatibilizar la cláusula de suplencia con el principio de competencia que rige en todo Estado federal. La recurrente invocación de los territorios de Ceuta y Melilla, que tienen autonomía administrativa pero no legislativa, no parece proporcional. Alegar la posibilidad de que el Estado legisle para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla no justifica sostener la posibilidad de que el Estado legisle con carácter meramente supletorio en el resto del territorio¹⁶⁸. Si las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla carecen de un Estatuto con todas las competencias que todas las Comunidades Autónomas han asumido en virtud del art. 148 CE, ello será razón para que el Estado central, en virtud de sus poderes residuales, legisle para esos territorios, siendo la norma que produzca, de aplicación supletoria, por los operadores jurídicos de los demás territorios, por mandato constitucional, si acaso perciben una laguna de su ordenamiento jurídico autonómico; pero no para que en esa u otra norma, el legislador estatal señale determinados artículos que necesariamente hayan de tener carácter supletorio en todo el Estado. Y ello por la sencilla razón, de que como ha establecido el TC en las SSTC

¹⁶⁶ Cfr., RUIPEREZ ALAMILLO, J. *División de competencias...*p. 126.

¹⁶⁷ A este sentido hay que recordar que la mutación constitucional, a pesar de que, como indica el Profesor P. De Vega, tiene siempre un carácter “ambiguo, contradictorio y complejo” es una facultad legítima de los poderes públicos, dentro de unos términos. En este caso, lo que hace nuestro TC es interpretar la cláusula de supletoriedad en el marco de un Estado políticamente descentralizado, en una realidad, por tanto, muy diversa al del momento de aprobarse la norma Constitucional. No se trata, por tanto, de un *faussement de la Constitución* con el que, y siguiendo también al Profesor De Vega, la doctrina francesa alude “al fenómeno en virtud del cual se otorga a ciertas normas constitucionales una interpretación y un sentido a los que realmente tienen” (Cfr., DE VEGA GARCÍA, P. *La reforma constitucional...*Pp. 179-185 por un lado, y 291-296 por otro). La frontera puede ser difusa porque, como indica este autor, el tratamiento del falseamiento constitucional se conecta bien con la mutación o con el puro o simple quebrantamiento de la Constitución, pero ello es consecuencia, como hemos dicho, de su carácter problemático.

¹⁶⁸ Vid., LEGUINA VILLA, “El principio de competencia y la supletoriedad del Derecho estatal”. En *Cuadernos de Derecho Público*. Nº 2 (1997). Pp. 20-21.

118/96 y 61/1997, la supletoriedad es un mandato constitucional dirigido a los operadores jurídicos y no al legislador estatal. Los constitucionalistas teóricos podemos “inventar” hipótesis de laboratorio en que el Estado legislase válida y eficazmente, en principio, con título residual legítimo, para el territorio de una sola Comunidad Autónoma que no ha asumido alguna competencia que le permite el art. 148 CE, con la disparatada y excepcional en el marco del Derecho Constitucional Comparado consecuencia de que esa norma estaría llamada a tener efectos supletorios en el resto del territorio, donde el Estado central carece de competencia. Es verdad que esto es la regla general en toda Federación, pero lo que es único en nuestro Estado es que los poderes tienen competencia para legislar en algunos territorios y en otros no. Y no lo es, como vimos, por mandato constitucional sino por reglas generales de interpretación que conocen los profesionales del Derecho. Ello servirá para llamar la atención sobre la imperiosa necesidad de reforma. Pero la realidad es, como muestra el supuesto de la Sentencia que ha suscitado la polémica (STC 61/1997), que lo natural será que todas las CCAA hayan asumido las mismas competencias en los Estatutos, y para esta realidad, la solución a la que nos sumamos (la de que el Estado no podrá, sin otro título legítimo, modificar ni derogar el Derecho en esa materia) no sólo nos parece, humildemente, y en ausencia de una reforma constitucional, más lógica, sino conveniente.

Volviendo al ámbito de las relaciones con la integración europea, como hemos dicho, la STC 79/1992 aceptó la legislación del poder central para desarrollar, cuando fuera menester, el Derecho de la Unión Europea, porque “a falta de la consiguiente actividad legislativa o reglamentaria de la Comunidad Autónoma, esa normativa estatal supletoria puede ser necesaria para garantizar el cumplimiento del Derecho Comunitario europeo”. La tesis de esta sentencia la entendemos, como hemos dicho, superada por la doctrina actual expresada en las SSTC 118/1996 y 61/1997, en las que afirma: “El Estado no puede dictar normas con eficacia meramente supletoria, en materias sobre las que carece de todo título competencial; el legislador no puede apoyarse en la regla de la supletoriedad para dictar tales normas, por no constituir una cláusula universal de atribución de competencias”¹⁶⁹, y, de hecho, “tampoco puede ser un título que permita al Estado derogar el que era su propio Derecho (...). De otro modo, si el legislador estatal suprimiese, mediante su derogación, el Derecho sobre una materia cuya competencia ya no es suya, sino de las Comunidades Autónomas, vendría

¹⁶⁹ *Vid.*, STC 118/96 Fto. Jco. 6°.

a quebrantar una de las finalidades básicas de la cláusula de supletoriedad, cual es la de que, con la constitución de los órganos de las Comunidades Autónomas, y su correspondiente asunción de competencias normativas, no se origine un vacío parcial en el ordenamiento, permitiendo y prescribiendo, con este propósito, la aplicación supletoria, potencialmente indefinida, del ordenamiento estatal”¹⁷⁰. Reconocemos que puede ser sorprendente y hasta antidemocrático que no se permita al Estado modificar de ningún modo el Derecho preconstitucional cuando todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias en la materia, pero a nuestro juicio esto no es sino una particularidad de nuestro Estado autonómico, y si la cláusula de supletoriedad tiene que tener, como dice el TC, algún efecto que – añadimos nosotros – sea compatible con la naturaleza descentralizada de nuestro Estado Autonómico. En el Estado autonómico, como en cualquier Estado Federal, las competencias del poder central (salvedad hecha del segundo giro de tuerca de la cláusula residual contenida en este mismo art. 149.3 CE por el que las competencias no reservadas, pero no asumidas por las Comunidades Autónomas pasan a ser competencia de éste) son, en principio, de atribución. No existe, en este caso concreto, diferencia alguna entre el Estado Federal y la Confederación de Estados.

No pudiendo, pues, el poder central, por las razones esgrimidas, y de acuerdo con el tenor literal de la STC 45/2001, que hemos transcrito *supra*, aducir justo título en Derecho para legislar en desarrollo del Derecho de la Unión Europea, y en tanto que como hemos visto del incumplimiento deriva potencialmente responsabilidad para el conjunto del Estado, resulta una necesidad imperiosa llevar a cabo una reforma de la Constitución en este sentido. El Profesor J.A Montilla ha, por ello, optado por proponer una reforma constitucional que otorgue al Estado un poder de sustitución de las Comunidades Autónomas, que permitiría una legislación transitoria por parte del poder central cuando estas no cumplan con las obligaciones comunitarias, siempre que sean advertidas por un órgano jurisdiccional y no de manera unilateral por el Estado. Esta solución ha sido adoptada en otros Estados como Italia, Austria o Bélgica¹⁷¹.

Veamos como regulan estos Estados el “poder de sustitución” que comentamos: El art. 16 de la Constitución de Austria lo establece en unos términos absolutamente respetuosos con el poder de los *Länder*, indicando que: “Los Estados estarán obligados a tomar medidas que resulten necesarias para la aplicación de tratados

¹⁷⁰ *Vid.*, STC 61/1997. Fdto. Jco. 12º.

¹⁷¹ Cfr., MONTILLA MARTOS, J.A. *Derecho de la Unión Europea* y...p. 267 y ss.

internacionales dentro de su respectiva esfera de actuación autónoma; en caso de que un Estado no cumpla esta obligación dentro del plazo debido se trasladará la competencia para adoptar dichas medidas, en particular la promulgación de las leyes necesarias, a la Federación. Toda medida adoptada por la Federación con arreglo al presente precepto, especialmente toda ley así promulgada o decreto dictado de este modo, dejará, sin embargo, de tener vigencia (*tritt ausser Kraft*), en cuanto el Estado en cuestión haya tomado las medidas necesarias”. El segundo apartado de este artículo, y esto sí es un elemento centralizador, pero como se aprecia, de escasa relevancia, un derecho de la Federación de “vigilancia” sobre la ejecución de los Tratados Internacionales, incluso en materias que pertenezcan a su ámbito de actuación autónoma¹⁷². El artículo 169 de la Constitución de Bélgica deja abierta, sin embargo, la cuestión relativa a qué ocurre cuando, después de ejercida la competencia, en sustitución por parte del Estado central, la Región decide hacerlo. Dice así: “A fin de garantizar el respeto de las obligaciones nacionales o supranacionales, los poderes citados en los artículos 36 y 37 podrán, respetando las condiciones fijadas por la ley, sustituir temporalmente a los órganos aludidos en los artículos 115 y 121. Tal ley deberá ser aprobada con la mayoría prevista en el artículo 4, último párrafo”. El artículo 121 CI, para finalizar, aunque lo hace en unos términos más amplios, y adoptando las cautelas de que ese poder sustitutivo sea aplicado conforme a ciertos principios, no resuelve, tampoco, esta cuestión: “Podrá el Gobierno suplir a los órganos de las Regiones, de las Ciudades metropolitanas, de las Provincias y de los Municipios en caso de inobservancia de normas y tratados internacionales o de la normativa comunitaria o bien de peligro grave para la

¹⁷² Probablemente, los Profesores A. La Pérgola y J. Ruiperez consideran, con buen criterio, en el terreno de los principios, que este poder de vigilancia que consagra la Constitución austríaca pertenece de por sí a toda Federación, responsable en última instancia del cumplimiento de las obligaciones internacionales, en tanto que es sancionada, ya sea por acción u omisión suya o de las Regiones y, en consecuencia, que la Federación siempre puede sustituir, en el momento de ejecución del Derecho Comunitario, la inacción u acción defectuosa de las Comunidades Autónomas. No aclaran, hasta donde nosotros sabemos, sin embargo, una cuestión tan importante como si la Federación puede sustituir la acción de la Región sólo después de haberse ejecutado por el Tribunal la sanción pecuniaria, si basta que haya sentencia firme, o basta, incluso, la conclusión del expediente por parte de la Comisión. El riesgo de considerar “por principio” que la Federación tiene un poder de vigilancia sobre las acciones u omisiones de las Regiones conlleva el riesgo de otorgarle unas facultades exorbitantes, discrecionales, y hasta cierto punto arbitrarias. Nuestra tesis, es, sin embargo, es que si la Federación debe ejercer este poder de vigilancia – lo que en modo alguno negamos -, lo debe de hacer limitada por la Constitución y las leyes, de acuerdo con un título competencial que debe constar, al modo de las tres Constituciones que estamos examinando, de modo expreso, y no porque, como vimos que dice el TC, “por conexión a un supremo interés nacional, ni porque se apele a una expectativa de eficacia ni, en fin, por invocación de un simple motivo de utilidad o mera conveniencia” queramos interpretar el art. 93 CE como lo que evidentemente (en contra, A. Pérez Calvo) no es (ni un título competencial ni un poder de sustitución que, de regularse debidamente, como proponemos, en la Constitución, debería contener además, por principios constitucionales evidentes, las debidas cautelas para su ejercicio).

incolumidad y seguridad pública, o cuando así lo exija la preservación de la unidad jurídica o económica y en particular la salvaguardia de los niveles básicos de las prestaciones relativas a derechos civiles y sociales, sin tomar en consideración para ello los límites territoriales de los órganos de gobierno local. Se establecerán por ley¹⁷³ procedimientos destinados a garantizar que los poderes sustitutivos se ejerzan con observancia del principio de subsidiariedad y de colaboración leal”.

Reformar la Constitución, inspirándonos en alguna de las fórmulas del Derecho Comparado que acabamos de examinar se trataría, qué duda cabe, de una solución posible, adecuada al fin perseguido (por eso se ha adoptado en otros países de nuestro entorno) y coherente, además, en el caso de España, con el último párrafo del art. 93 CE, antes transcrito. Esta fórmula, además, debe ser, desde un punto de vista político, pacífica en el seno de un Estado compuesto, y no debería ser demasiado difícil llegar a un consenso para su constitucionalización puesto que, como dice el Profesor de la Universidad de Granada, se debe presuponer que los entes descentralizados son igual proclives a dar debido desarrollo al cumplimiento del Derecho Comunitario, que lo son los órganos del poder central y, en todo caso, están igualmente obligados a su cumplimiento. Un poder de sustitución, este sí, auténtico título competencial – aunque subsidiario - en favor del poder central, está perfectamente justificado en la obligación, que en todo Estado compuesto tiene esta instancia de gobierno, de velar por la satisfacción del interés general. Pero porque los poderes públicos, según la famosa máxima de Montesquieu, sólo pueden hacer aquello para lo que las leyes les habilitan, es necesario que esté consagrado a nivel constitucional, por ser la Constitución la única que puede atribuir competencia legislativa en una materia. En los casos en los que se adopta este poder de sustitución (como el caso de Italia), el doble efecto centralizador de la cesión de competencias a la Unión Europea es, en efecto, más acusado, por más que sea mucho más limitado que de lo que de la obra del Profesor J. Ruiperez se desprende, que en los países, como España, donde no existe, según nuestra tesis¹⁷⁴ por las razones expuestas, ni siquiera de modo supletorio, esa posibilidad.

Así pues, abstrayéndonos, para finalizar, del problemático caso español, haciendo balance, podemos decir que: a) en el ámbito de las competencias exclusivas, el proceso de integración europea hace perder, como es lógico, competencias, a ambas esferas, aunque la pérdida es más acusada (y aquí no hay sino que dar la razón a la

¹⁷³ *Vid.*, art. 41 de la ley de 24 de diciembre 2012, n. 234.

¹⁷⁴ El Profesor J. Ruiperez mantiene, coherentemente, su postura de acuerdo

intuición del Profesor J. Ruiperez frente a la tesis contraria del Profesor E. García de Enterría) en el caso de las CCAA. Cuando la competencia era exclusiva del ente descentralizado, el estado central no podía intervenir de ninguna manera, y ahora, en los Estados descentralizados en los que se ha constitucionalizado un poder de sustitución, tienen que soportar esa “vigilancia” de la Federación que puede llegar a sustituirles en su ejecución del Derecho Comunitario¹⁷⁵. Además, recordamos lo dicho anteriormente, son los Estados los que unilateralmente deciden ceder las competencias sin contar con las Regiones. b) en el caso de las competencias que eran compartidas, aun cuando esto es igualmente aplicable, se puede afirmar, creemos, sin equivocarnos, que en principio se reduce más la acción del Estado central pues, como dijimos, el espacio legislativo una legislación básica que ni contradiga el Derecho Comunitario ni invada la esfera competencial de los entes descentralizados. Aquí sí es cierto que el Estado hasta cierto punto desaparece y el rol de los entes descentralizados sale reforzado, además, tal y como explicamos al principio de este largo y último epígrafe, por la nueva dirección en fase descendente del principio de subsidiariedad. Esto es así en principio, pues vamos a ver – y con ello concluimos – como aún queda bastante camino por recorrer en el establecimiento de límites de naturaleza constitucional a la acción de la Unión.

En otro lugar hemos tenido la oportunidad de exponer de un modo más o menos amplio los principios de primacía y subsidiariedad y su aplicación en el ámbito de la UE¹⁷⁶, razón por la cual no es menester repetir, por razones de comodidad, honradez y sistematicidad, literalmente lo que allí dijimos, sino traer aquí las conclusiones que allí extrajimos y verificar que aquí que lo que allí dijimos sobre las repercusiones para los Estados (en sentido amplio), se proyecta en concreto, también, sobre los entes descentralizados de estos.

Respecto del principio de primacía, es sabido que, desde 1963, el TJUE viene sosteniendo, de modo constante, que existe un ordenamiento jurídico Comunitario que, si bien tiene origen internacional, habría mutado en un ordenamiento jurídico autónomo, dotado de una Constitución construida sobre la base de una limitación definitiva de la soberanía de los Estados en favor de la Comunidad, la cual, en el marco de sus competencias, desarrolla un Derecho que tiene primacía sobre las normas

¹⁷⁵ Huelga decir que, evidentemente, en España esto no es así y que, como mínimo, sólo se puede sostener que ambos pierden lo mismo.

¹⁷⁶ Cfr., FONDEVILA MARÓN, M. *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal...* Pp. 427 y ss. para el principio de primacía y 445 y ss. para el principio de subsidiariedad.

internas – incluidas las Constituciones - de los Estados miembros¹⁷⁷. Es evidente que este principio afecta al Estado en sentido amplio que, además, no puede alegar motivos de carácter interno (constitucional) para no cumplir con las obligaciones derivadas del Derecho Comunitario, sin perjuicio de que tengan mecanismos internos de trasposos de responsabilidad. Cuando estamos ante temas de competencia exclusiva de la Unión Europea no existe ninguna dificultad interpretativa: la única fuente normativa de referencia es la de la Unión, que se aplica de forma preferente e impide que los Estados o sus Regiones legislen sobre la materia. La cuestión se vuelve, no obstante, problemática en el ámbito de las competencias compartidas, donde la conjunción del principio de primacía y del principio de subsidiariedad, en la interpretación del TJUE, resulta intolerable.

Ciertamente, de poco vale la regulación, sobre el papel, del principio de subsidiariedad (tanto en los Tratados como en las Constituciones y las leyes de los Estados Miembros), en los términos en los que la hemos estudiado, dirigida a preservar, en la medida de lo posible, la autonomía normativa de los Estados y, especialmente, de las Regiones cuando, *a posteriori*, el TJUE acepta la más nimia justificación, por parte de las instituciones comunitarias, para hacer uso de su competencia. La clave está en que la decisión sobre si un objetivo puede ser alcanzado de forma suficiente y más eficaz por parte de los Estados (en sentido amplio, y por lo tanto, las Regiones, o los municipios cuando ostenten esta competencia *ad intra*) corresponde en principio a las Instituciones Europeas, sin que haya un contrapeso, ni político ni jurídico, reales, a esta potestad. En cuanto al control político, el mismo aparece regulado en los artículos 7.2¹⁷⁸ y 7.3¹⁷⁹ del Protocolo nº 2 respecto del principio de proporcionalidad y subsidiariedad.

¹⁷⁷ *Vid.*, las bien conocidas SSTJCE de 15 de julio de 1964, 15 de diciembre de 1976, 9 de marzo de 1978, y Dictamen 1/1991.

¹⁷⁸ “Cuando los dictámenes motivados que indiquen que un proyecto de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad representen al menos un tercio del total de votos atribuidos a los Parlamentos nacionales de conformidad con el párrafo segundo del apartado 1, el proyecto deberá volverse a estudiar. Este umbral se reducirá a un cuarto cuando se trate de un proyecto de acto legislativo presentado sobre la base del artículo 76 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia.

Tras este nuevo estudio, la Comisión o, en su caso, el grupo de Estados miembros, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en ellos, podrá decidir mantener el proyecto, modificarlo o retirarlo. Esta decisión deberá motivarse”

¹⁷⁹ “Además, en el marco del procedimiento legislativo ordinario, cuando los dictámenes motivados que indiquen que una propuesta de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad representen al menos la mayoría simple de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales de conformidad con el párrafo segundo del apartado 1, la propuesta deberá volverse a estudiar. Tras este nuevo estudio, la Comisión podrá decidir mantener, modificar, o retirar la propuesta.

Respecto del control político, un análisis, incluso superficial, de los preceptos citados, muestra que los Parlamentos nacionales pueden “retrasar” – más que vetar - la decisión pues las instituciones europeas siempre pueden, si tienen una opinión decidida al respecto, mantener la propuesta de forma motivada. Y por lo que respecta al control jurídico, el Tribunal de Justicia sigue actualmente ejerciendo un control muy laxo sobre el principio de subsidiariedad, limitando su examen, prácticamente, a la existencia formal de una motivación de la normativa comunitaria que no contenga errores materiales de bulto¹⁸⁰. Hasta donde nosotros tenemos noticia, nunca el Tribunal ha anulado un acto de la Unión Europea en virtud del principio de subsidiariedad, dando a esta un amplio marco de discrecionalidad. La doctrina suele considerar – y no sin razón - un acierto esta conducta del Tribunal de Luxemburgo que hace gala, aquí sí, de buenas dosis de autocontención, para no entrar a realizar valoraciones de carácter político y hasta filosófico a las que este principio se prestaría fácilmente. Tal y como es entendido el principio de subsidiariedad actualmente por las Instituciones Europeas (incluido el Tribunal de Luxemburgo) el mismo le ha parecido, con razón, al Consejo Constitucional francés, en su Resolución sobre el Tratado de Lisboa, irrelevante y afirma que “la aplicación de este principio podría no ser suficiente para impedir que las transferencias de competencia autorizadas por el tratado revistan una amplitud o intervengan según modalidades tales que puedan verse afectadas las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional”¹⁸¹.

Pero se puede ir más lejos y afirmar, con la Profesora M. Rodríguez-Izquierdo que:

“Al tecnicizarse y economizarse, la subsidiariedad favorece más a las dinámicas del mercado que a las de la política (...) De una parte se convierte en un criterio fácilmente aplicable para justificar las medidas más expansivas de las regulaciones europeas. De otra parte desaparece su virtualidad protectora de las competencias que los Estados, o los entes subestatales, están en condiciones óptimas de desarrollo para atender a las demandas de sociedades nacionales o infranacionales además de

Si decide mantenerla, la Comisión deberá justificar, mediante dictamen motivado, por qué considera que la propuesta de que se trate respeta el principio de subsidiariedad. Dicho dictamen motivado, así como los de los Parlamentos nacionales, deberán ser transmitidos al legislador de la Unión, para que los tenga en cuenta en el procedimiento:

a) antes de que concluya la primera lectura, el legislador (Parlamento Europeo y Consejo) estudiará la compatibilidad de la propuesta legislativa con el principio de subsidiariedad, atendiendo de forma particular a las motivaciones presentadas y compartidas por la mayoría de los Parlamentos nacionales y al dictamen motivado de la Comisión;

b) si, por mayoría del 55 % de los miembros del Consejo o por mayoría de los votos emitidos en el Parlamento Europeo, el legislador considera que la propuesta no es compatible con el principio de subsidiariedad, se desestimará la propuesta legislativa”.

¹⁸⁰ Cfr., MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a L. “El Principio de subsidiariedad en el Tratado de Lisboa” en *Anuario Parlamento y Constitución*. 2010. Pp. 183 y ss.

¹⁸¹ Vid., Resolución 2007-560, relativa a Lisboa.

a los objetivos globales. El *principio* tecnificado, por tanto, encamina la interpretación a favor de lo europeo. La consecuencia, y la *regla* que de ahí se deduce es la preferencia por la actuación europea¹⁸²

De lo que, colige la autora, la subsidiariedad se transforma en una *manifestación más del principio de primacía*. Y de este modo, la pretendida organización de las competencias de Unión Europea en clave federal, objetivo que se trataba de alcanzar con la positivización del principio de subsidiariedad, resulta un fracaso.

III.4) Conclusiones preliminares.

La idea de soberanía divisible aparece en el pensamiento político-constitucional cada vez que se da una nueva forma federativa: ocurrió con los Estados Unidos, con la Confederación germánica y, ahora, con la Confederación europea. Consiste en un intento de explicar que si antes todas las decisiones sobre el gobierno de una comunidad correspondían a una única instancia estatal, ahora deben conjugarse dos o más instancias de gobierno sin que ninguna pueda actuar unilateralmente invadiendo la esfera de los demás. Incurrir en el error ingenuo de no percibir que hay situaciones difíciles de determinar *a priori*, pero fácilmente imaginables, de conflicto o laguna, en que una correcta teoría de la soberanía, adaptada al fenómeno de la integración europea, pero sin renunciar a la esencia de su absolutismo e indivisibilidad, es la única forma racional de establecer un límite, y a la vez un fundamento del poder.

Concretamente, en la Unión Europea se da una cierta esquizofrenia resultante de dos fenómenos que crecen en sentidos contrapuestos. Por un lado una mayor integración y, así mismo, por paradójico, que pueda resultar, una mayor descentralización. La idea regionalista de la que la UE es heredera ofrece, a la vez que una Europa cada vez más integrada, razones racionales para un fortalecimiento del papel jurídico-político de los entes descentralizados y, en algún caso, aunque sea de manera probablemente inconsciente, hasta el punto de alentar las ansias secesionistas.

Correlativamente, las Regiones o entes descentralizados de los Estados se presentan como impulsores paradójicos de la Unión Europea que no deja de ser, sin embargo, una unión de Estados de Derecho Internacional donde los Estados son “los señores de los Tratados”. Si las Regiones, fuera de las fronteras nacionales, participan

¹⁸² RODRIGUEZ-IZQUIERDO, M. Primacía y Subsidiariedad en la Unión Europea. CEPC. Madrid 2011. P. 381.

en la legislación europea a través de órganos consultivos como el Comité de las Regiones y, aquellas con competencias legislativas, con su participación en el Consejo, dentro de las fronteras nacionales su papel jurídico se ve reforzado al convertirse estas Regiones o entes descentralizados, en implementadores de los Derechos Fundamentales recogidos en la Unión Europea así como en ejecutores, en el ámbito de sus competencias, del Derecho de la Unión.

CONCLUSIONES FINALES.

“Caminante, no hay camino, se hace camino al andar. Al andar se hace el camino, y al volver la vista atrás se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar”.

Antonio Machado.

Un estudio jurídico actual, debe ser, necesariamente, comparativo. Si este estudio lo realiza un estudioso del Derecho Constitucional de alguno de los países de la Unión Europea, ella misma se convierte entonces en objeto de comparación, pues aun cuando no es un Estado, es una Comunidad Política dotada de un ordenamiento jurídico propio, construido sobre las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros, que a la vez condiciona, sin embargo, en gran medida, los ordenamientos jurídicos estatales. En el caso concreto de nuestro estudio, el ordenamiento comunitario nos sirve, en primer lugar, y por tratarse de la última Confederación de Estados que resta en el mundo, para establecer las diferencias entre este tipo de organización y un Estado federal. En segundo lugar, y porque no existe diferencia entre el sistema de protección de Derechos Fundamentales en un Estado Federal y en una Confederación, para ver las semejanzas y diferencias del modelo comunitario de protección de Derechos Fundamentales con el de los demás Estados estudiados. La elección de los mismos ha respondido a los dos siguientes criterios: en un primer lugar la búsqueda de la alteridad, esto es, comparar lo propio con lo ajeno, y por ello decidimos comparar cinco Estados europeos y comunitarios (Alemania, Austria, Bélgica, España e Italia), un Estado europeo pero no comunitario (Suiza), con cuatro Estados americanos, dos de ellos de América del norte (Canadá y Estados Unidos) uno de Centroamérica (México) y uno de América del Sur (Argentina). El segundo criterio, y como no podía ser de otro modo, es el de homogeneidad. Así pues, aun abarcando áreas geográficas diversas, todos los Estados estudiados tienen como características pertenecer al tipo general de Estado Federal y contar con declaraciones de derechos tanto en la Constitución federal como en las constituciones o Estatutos de los entes descentralizados. Sin ser objeto de comparación, se mencionan brevemente tres Estados europeos (Gran Bretaña, Francia y Portugal),

con una amplia descentralización administrativa (y política en algunas regiones), que parecen evolucionar hacia un modelo puramente federal.

El Derecho Constitucional es una Ciencia conceptual y práctica que, por lo que respecta a su primera característica, entraña la dificultad, porque los conceptos evolucionan continuamente, de que es imposible definirlos con total exactitud, razón por la cual, no todos los estudiosos comparten las mismas ideas respecto de los mismos. Conscientes de ello hemos tratado de delimitar los términos de “soberanía”, “Constitución”, “Federalismo” y “Derechos Fundamentales”; y lo hemos hecho en perspectiva comparada.

Respecto de la soberanía, entendida como un poder absoluto, indivisible, e ilimitado tanto en las formas como en el contenido de su voluntad, que es ejercido por el pueblo del Estado con el fin de organizar los aspectos fundamentales del gobierno de una Comunidad Política, hemos comprobado cómo, con mayor o menor acierto en los términos, las Constituciones y la jurisprudencia de los Tribunales de todos los Estados estudiados atribuyen ésta al Pueblo de la Federación, por lo que la confusión en la doctrina apenas se puede atribuir a razones políticas. Pero hemos comprobado, además, como la históricamente la idea de soberanía divisible o co-soberanía, que no supone otra cosa sino que la negación de la esencia misma del concepto (esto es, su indivisibilidad), cobra fuerza entre el sector doctrinal con la aparición – se comprueba en el caso norteamericano, germánico, y ahora europeo – de cada nueva Confederación de Estados ante la dificultad, que nadie puede negar, de explicar las difíciles relaciones de poder y el reparto competencial que se produce en el seno de las mismas. En el caso concreto de la Unión Europea hemos demostrado que una correcta aplicación de los principios de primacía y subsidiariedad se pueden extraer reglas técnicas de articulación de los distintos poderes, respetuosas con el principio clásico de soberanía, para que este pueda seguir sirviendo de fundamento y límite del poder público, aun cuando entre en juego directamente tan sólo en muy pocas ocasiones excepcionales, difícilmente delimitables de antemano.

Que la soberanía pertenezca, como ha quedado claro, al Pueblo de la Federación en su conjunto, tiene como corolario, entre otros, que sólo se pueda hablar de Constitución propiamente dicha cuando nos refiramos a la Constitución del Estado federal. Ello a su vez implica: primero, que no se pueda hablar de Constitución europea, pues la Confederación se establece siempre mediante un Tratado de Derecho Internacional. No hay “constitucionalismo multinivel” en el

sentido de una Constitución parcial en los Estados y en la Unión Europea. Lo que existe, por el contrario, es una cada vez mayor internacionalización de las Constituciones, en el sentido de apertura hacia el exterior y una paralela mayor constitucionalización del Derecho Internacional, en el sentido de que las instancias internacionales adoptan cada vez con más frecuencia las garantías propias del Estado de Derecho en sus resoluciones. Segundo, que el nombre de “constituciones” que adoptan, en el Derecho Comparado, las normas de cabecera de los entes descentralizados de los Estados Unidos, Alemania, México, Argentina, y Austria debe considerarse un “residuo histórico” en tanto que estos Estados Federales surgieron de la unión de diversos Estados otrora unitarios. La cuestión nominal no debe confundir, sin embargo, sobre su verdadera naturaleza. Las normas de cabecera de los entes descentralizados, aun cuando reciban el nombre de constituciones, están, como los Estatutos de las Regiones de Estados como Bélgica, España o Italia, subordinados a las disposiciones de la Constitución Federal, de modo que incluso un cambio en ésta, que no requiere el consentimiento unánime de los entes descentralizados (como si lo requiere, sin embargo, la modificación del Tratado que regula la Confederación), puede dar lugar a una inconstitucionalidad sobrevenida. Esta subordinación se da, en el seno del Estado Federal, incluso en las relaciones jurídicas ordinarias, lo que no ocurre en el seno de la Confederación europea en la que, como es sabido, rige el principio de primacía de las normas comunitarias sobre las estatales, incluso de rango constitucional. La soberanía, y el concepto de Constitución, se reserva, sin embargo a los Estados por cuanto que, en primer lugar, permanece siempre en estos la posibilidad excepcional de que, apreciado un cambio en la deriva del Derecho Comunitario, el cual hasta ahora ha evolucionado hacia estándares de Democracia similares a los que se dan en los Estados, ejerzan su derecho inalienable a la revolución, esto es, a continuar política y jurídicamente al margen de la Unión y, en segundo lugar, como ya hemos mencionado, cualquier modificación en los Tratados exige el consentimiento unánime de los Estados.

Para considerar todos los Estados antes mencionados, “federales”, hemos establecido que los elementos determinantes del tipo “Estado federal” eran solamente tres, a saber: la existencia de dos o más niveles de gobierno; una distribución de competencias legislativas repartidas entre esos niveles de gobierno; y una Constitución rígida que garantice tal distribución. Al hacerlo así, refutamos expresamente ideas muy extendidas en la doctrina, como la de la existencia de un

“Estado Regional”, como modelo equidistante entre el Estado unitario y federal sobre la base de si los entes descentralizados tienen o no participación directa en el procedimiento de reforma constitucional así como la necesaria existencia de un Senado, entendido como Cámara de Representación Territorial, que constituye otro “residuo contractualístico” en aquellos Estados federales que evolucionaron a tales desde una forma confederal y un elemento conveniente, pero no esencial, en los demás. La única distinción, a nuestro juicio, científicamente relevante, que cabe hacer entre los distintos Estados federales, estudiados, y porque el federalismo no es un conjunto estático de instituciones, sino un proceso, es aquella que distingue entre Estados federales de agregación (Estados Unidos, Canadá, México, Argentina, Alemania, Austria y Suiza) y aquellos Estados federales de disgregación (España, Italia, Bélgica) y ello por la sencilla razón de que, mientras en los primeros se apreciaba, hasta épocas muy recientes, una tendencia hacia una cada vez mayor centralización, en los segundos la tendencia es la opuesta, es decir, a una cada vez mayor descentralización, sin que se aprecie con claridad un límite a la misma. En principio, cabría aventurar la hipótesis de que la evolución seguiría, a modo de reflejo en el espejo, a la inversa que en los Estados federales de integración, y que por tanto, tras una experiencia acumulada de mayor descentralización, el proceso se frenaría (o incluso invertiría) para mantener la unidad nacional y pluralidad gubernamental e identitaria propias de todo Estado federal. Pero en este momento entra en juego la Unión Europea ejerciendo sobre uno y otro tipo de Estados una influencia ambigua: de un lado, cabría pensar que un proceso federal de carácter integrador volvería a mostrar tendencias centralizadoras y, sin embargo, hay concretos elementos políticos y jurídicos de la Unión Europea que producen la tendencia contraria. A nivel teórico, partidarios de la integración europea y regionalistas comparten la crítica a la idea de Estado nacional.

Si seleccionamos para nuestro estudio comparado únicamente Estados federales en los que se diese, tanto en la Constitución federal como en las constituciones o Estatutos de los entes descentralizados declaraciones de derechos era porque queríamos comparar los diversos sistemas de protección de los mismos en estos Estados y en la Unión Europea. Como premisa, partimos de la idea de que aunque los derechos reconocidos tanto en las Constituciones nacionales, como en los documentos internacionales o en las normas propias de los entes descentralizados eran derechos, sólo los primeros responden propiamente al concepto de Derechos

Fundamentales en tanto que derechos subjetivos que suponen un límite, impuesto por el soberano, a la acción del legislador. La razón es, por un lado, que para que los entes descentralizados de los Estados federales como en la Confederación europea puedan incidir sobre derechos tienen que ostentar una competencia, mientras que los Derechos Fundamentales son un elemento básico y medular de todo Estado Constitucional y, por otro lado, que los derechos consagrados en las normas de cabecera de los entes descentralizados no pueden contradecir, en virtud del principio de supremacía constitucional, lo dispuesto a nivel federal. En la Confederación europea, de nuevo, la cuestión es algo más compleja, pues a pesar de lo dispuesto en el art. 51.2 de la Carta de Niza, el TJUE ha rechazado que los Tribunales nacionales puedan aplicar un estándar de protección de Derechos Fundamentales más elevado si esto interfiere con la aplicación homogénea del Derecho Comunitario en todo el continente. No obstante, los Tribunales Constitucionales de todos los Estados Miembros, desde la premisa, nuevamente, de la evolución paralela del Derecho Constitucional y el Derecho Comunitario, afirman que no hay motivo para creer que la jurisdicción exclusiva del TJUE en la impugnación de actos legislativos comunitarios con base en la Carta de Niza vaya a suponer un retroceso en el estándar de protección de derechos estatal, aun cuando, en virtud del principio de soberanía, se reservan la facultad excepcional de revisar que ello sea efectivamente así. Pero el Derecho interno de los Estados, hemos dicho, no puede seguir siendo una isla, sino que necesariamente debe abrirse tanto al Derecho Internacional como al Derecho Comunitario. En el caso concreto de la protección de los Derechos Fundamentales traducir este principio de apertura constitucional a una regla concreta ha provocado discusiones en la doctrina y por ello nosotros hemos propuesto una regla que, creemos, solucionaría la práctica totalidad de problemas respecto de la protección multinivel de derechos. Así, hemos sostenido que el juez (nacional, regional o comunitario) al que, en la esfera de su competencia, se le presente un caso de protección de Derechos, debe, en primer lugar, realizar un control de convencionalidad de la norma impugnada respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, al que todos los Estados Miembros de la Unión Europea están adheridos y la Unión debiera estarlo en breve, inaplicando esta norma en caso de ser contraria al convenio, como una exigencia constitucional o del Tratado según el caso, y sólo en el caso de que la norma resulte acorde con el Convenio de Roma,

llevar a cabo el control de constitucionalidad (en el caso del juez comunitario control respecto de la Carta de Niza) de la norma impugnada.

Son conocidos los fenómenos de imitación que se producen en el Derecho Comparado, cuando algunos Estados tratan de importar instituciones e instrumentos que gozan de reputación en los ordenamientos extranjeros. Pero es sabido también que no pocas veces no se consigue el efecto deseado. Esto puede deberse a una trasposición meramente parcial, a que el resto de las características jurídicas del ordenamiento, o la propia cultura política del país dan lugar a distorsiones que impiden que instituciones e instrumentos similares desplieguen los mismos efectos. Nuestro análisis micro-comparativo de los ordenamientos estudiados se ha hecho partiendo de la idea de que en el continente americano se toma como modelo de referencia el sistema federal norteamericano, que es imitado por los demás Estados de ese continente analizados, aunque con resultados diversos. En el caso de Canadá las distorsiones se deben, fundamentalmente, a la mezcla de elementos continentales (los tomados del sistema federal norteamericano) y de *common law*, en el caso mexicano por la interferencia con otros instrumentos legales (en materia de derechos, la regulación del amparo y otros elementos centralizadores por lo que respecta a lo demás) y en el caso argentino por una cultura política que ha llevado a lo que bien podríamos denominar, de modo paradójico, Estado federal sin federalismo. En Europa, hemos considerado dos modelos perfectos (Alemania y Suiza), aunque lo cierto es que, en materia de derechos, las distorsiones se producen por copiar parcialmente el modelo alemán y, especialmente, por la ausencia tanto en Austria como en Bélgica España e Italia de poder judicial propio de los entes descentralizados. En lo que se refiere a la distribución de competencias, se aprecia como los modelos de federalismo de integración tienen un modelo más homogéneo y cerrado de distribución de competencias mientras que los modelos de desintegración se caracterizan por un sistema competencial más abierto, conflictivo, y heterogéneo. Los casos de Bélgica (donde las tensiones entre el centro y la periferia han llevado a un país desgobernado durante años) o España (donde la tensión con Cataluña aumenta prácticamente a diario) son notables, pero incluso en Italia, donde se reformó la Constitución para dar coherencia al sistema, persiste la distinción entre Regiones de Estatuto ordinario y de Estatuto especial. En la Unión Europea el Tratado de Lisboa vino a ordenar un poco, en especial con lo que se refiere a la desaparición de las competencias implícitas, la materia competencial, pero el sistema

de protección de los Derechos Fundamentales deja aún que desear, sobre todo, por la inexistencia de un concreto procedimiento de amparo homologable al que existe en la mayoría de los Estados Miembros y, también, por las reticencias que están mostrando la clase política europea a adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Aun cuando los Derechos Fundamentales o, mejor dicho, la protección multinivel de estos no es un elemento esencial del Federalismo, le hemos prestado una gran atención en nuestro trabajo por dos motivos. En primer lugar porque gran parte de las corrientes en los procesos de federalización parecen también darles una gran importancia. Así, en Europa, en la primera década del siglo XXI, en España, Italia y en la Unión Europea se han adoptado catálogos de derechos en los Estatutos y en los Tratados. En América, En la década de los 70 (es decir, también en época relativamente reciente considerando que hablamos de la Constitución más antigua del mundo) se produjo en Norteamérica el cambio jurisprudencial que se ha denominado “nuevo federalismo judicial”, en Canadá las Provincias han ido adoptando también documentos de protección de derechos y en México, a partir del año 2000, las constituciones estatales han adoptado catálogos de Derechos Fundamentales. En segundo lugar, porque es un elemento característico de la reciproca interrelación entre las relaciones de integración y descentralización en los Estados.

En perspectiva comparada, y estableciendo como elementos determinantes la existencia de catálogos de derechos, de un poder judicial, y un procedimiento específico de amparo propios de los entes descentralizados hemos establecido dos modelos (que hemos denominado americano y europeo) de protección de Derechos Fundamentales a los que los demás Estados de su zona de influencia tratan más o menos de aproximarse. Ambos se asemejan en que constituyen modelos alternativos de Derechos Fundamentales donde los litigantes pueden alegar, en su demanda de amparo ante el Tribunal competente, los derechos bien de la Constitución Federal o bien de la constitución estatal. La diferencia estriba en que, porque en Estados Unidos hay, en primer lugar, separación absoluta entre el poder judicial federal y estatal, en virtud de la doctrina de los “fundamentos estatales adecuados e independientes” los tribunales estatales pueden hacer una interpretación más restrictiva de los derechos consagrados en sus constituciones, incluso cuando coinciden en su tenor literal con los de la Constitución federal. En Alemania, esta

posibilidad viene expresamente negada por la Constitución y, además, sería complicada de realizar dada su organización judicial.

Por lo que respecta a la distribución de competencias, los modelos que lo ordenan de un modo racional lo hacen estableciendo en la Constitución Federal, normalmente las competencias que asume la Federación estableciendo una clausula residual en favor de los estados. Notables excepciones a esta regla son Canadá y, en la práctica, Bélgica, hasta que se lleve a cabo lo dispuesto en las Disposición Transitoria I de su Constitución. Lo que no resulta de ningún modo admisible es la relativa desconstitucionalización de competencias en la Constitución española de 1978, con una compleja clausula residual que establece que lo no establecido en el artículo 149, apartado 1, pero no asumido por las Comunidades Autónomas, es competencia estatal; lo que, dado además, el procedimiento negociado que se establece para la aprobación de los Estatutos de Autonomía (todos, no sólo algunos, como en Italia), da lugar a un modelo, como hemos, permanente abierto y, en consecuencia, en permanente conflicto potencial.

El federalismo es, en fin, un proceso que se da tanto a nivel supra como infraestatal y por ello es lógico que existan lugares teóricos comunes. Pero la Confederación europea es una confederación en sentido moderno, mucho más complejo e integrada que nunca otra que se haya dado en la Historia, y ocurre que la integración europea, que debería dar lugar a un proceso centralizador en el seno de los Estados se aprecia, en no pocos aspectos, el efecto contrario. Para ello existen razones económicas, políticas y jurídicas que, en realidad, se pueden reducir a una “política regional” (en sentido amplio) de la Unión y es que la europea es la única Confederación enfocada, hasta cierto punto a las Regiones. Entre las primeras hemos señalados los fondos regionales. Entre las segundas la participación de las Regiones con competencias legislativas en el seno del Consejo y el nuevo estatus, tras la aprobación de Lisboa, del Comité de las Regiones. Finalmente, la recepción de los Derechos Fundamentales reconocidos en la Carta de Niza por los Estatutos de las Regiones de España e Italia así como el nuevo mecanismo de alerta temprana para garantizar el principio de subsidiariedad.

Además, hemos visto que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sobre todo en España e Italia, sirve al menos simbólicamente de fuente de legitimación (se ha apreciado claramente con la aprobación de los nuevos Estatutos) de la acción legislativa de las Comunidades Autónomas y Regiones.

Finalmente, haciendo un balance de conjunto, hemos llegado a la conclusión, de que, como es natural, con la cesión de competencias tanto el estado central como los entes descentralizados pierden poderes, y que aunque el hecho, primero, de que sean los Estados los que deciden unilateralmente las competencias que son cedidas a la Organización Internacional (así como, no nos olvidemos, la posibilidad de recuperarlas mediante la salida de la Unión), y, segundo, el poder de sustitución consagrado en la mayoría de Constituciones federales de los Estados miembros, hace pensar, en principio, que son los entes descentralizados los que más pierden en el proceso de integración; hay otros ámbitos (v.g., el de las competencias compartidas) donde el papel de los entes descentralizados sale reforzado en comparación con el del Estado central, sobre todo, si se considera, la nueva dirección en sentido descendente del principio de subsidiariedad (sin perjuicio de que en este aspecto haya también mucho que mejorar).

Bibliografía.

A) Artículos doctrinales.

- ALBERTI ROVIRA, E. “Las regiones en el debate sobre la nueva arquitectura institucional de la Unión Europea” en *Investigaciones Regionales*. 2 (2003).
- ALBERTÍ, E. “El Estado de las Autonomías después de la STC sobre el Estatut de Cataluña”. *El cronista social y democrático de Derecho* nº 15 (2010).
- ALONSO DE LEÓN, S. “Análisis crítico de los parlamentos regionales en el control del principio de subsidiariedad en la Unión Europea” En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. nº 16 (2011).
- ALZAGA VILLAAMIL, O. “La nación como poder constituyente en los preámbulos de las *leges superiores*. El Estatut de 2006 y la STC 31/2010” *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 27.
- ANGUITA SUSI, A. “Las bases jurídico-constitucionales del proceso de descentralización en Francia” En *Revista de Derecho UNED* Nº 2 (2007).
- ARAGON REYES, M. “La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 85 (2009).
- ARROYO GIL, A. “Cualidad estatal , soberanía, autonomía constitucional y competencia en la república federal de alemania: las constituciones de los ‘Länder’” En *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*. Nº 16. 2012.
- ARROYO GIL, A. “La reforma Constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal de Alemania” en *Revista d’estudis autonòmics i federals*. Nº 10 (abril 2010).
- ARROYO JIMENEZ, L. “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional: bases, contenido y consecuencias” en *Indret*. Nº 4 (2011).
- BALAGUER CALLEJON, F. “Poder judicial y Comunidades Autónomas” en *Revista de Derecho Político*. Nº 47 (2000).
- BELDEBERE, D. “Existe una sovranità della Regione (e dello Stato)?” En *Nuove Autonomie*. Nº 1-2.
- BERTOLINO, C. “Còrsica, una Regione autónoma nella Francia unitaria?” en *rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*. 2002 (4).
- BLASI CASAGRÁN, C. “La protección de los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa” en *Quaderns de Treball del Institut Universitari D’Estudis Europeus*. Nº 51 de Octubre 2010, publicado en internet.
- BIGLINO CAMPOS, P. “Derechos Fundamentales y Competencias de la Unión: el argumento de Hamilton”. En *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año 7º, nº 14.
- BOWIE, R.R. Y FRIEDRICH C.J. *Estudios sobre el Federalismo. Análisis comparado de la Constitución de Austria, Canadá, Alemania, Suiza y los Estados Unidos*. Editorial bibliográfica argentina.

- BREDA, V. “La devolution de Escocia y el referéndum de 2014: ¿Cuáles son las repercusiones potenciales en España? *En Teoría y Realidad Constitucional*. nº 31 (2013).
- BUSSJÄGER, P. Between Europeization. Unitarism and Autonomy. Remarks on the current situation of Federalism in Austria. REAF. Nº 10 (2010).
- CAAMAÑO, F. “Sí, pueden. (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, (2007)
- CANNIZZARO, E “Esercizio di competenze e sovranità nell’esperienza giuridica dell’integrazione europea” *En Rivista Italiana di Diritto Costituzionale* 1996.
- CALZADA CONDE, R Y RUIPÉREZ ALAMILLO, J. “El Senado español: ¿auténtica cámara de representación territorial?”. *En Revista Jurídica de Navarra*, nº 6 (1988).
- CÁMARA VILLAR, G. “Veste y realidad de los derechos estatutarios” *Revista de Estudios Políticos*. nº 151 (2011).
- CANOSA USERA, R. “Las Declaraciones de Derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía”. *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 20 (2007).
- CANOSA USERA, R. “Preparando una mutación constitucional. Comentario a la STC 247/2007, de 13 de Diciembre. *En Teoría y Realidad Constitucional*. nº 22 (2008).
- CARDOES, M. “El Sistema Constitucional de Bélgica” *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. nº 15(2011).
- CARMONA CONTRERAS, A. “La organización territorial de los Estados en el Tratado de Lisboa ¿nada nuevo bajo el sol?” *En Teoría y Realidad Constitucional*. nº 23 (2009).
- CARRILLO, M. “Los Derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de autonomía”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 80, (2007).
- CARRILLO, M. “Nota sobre la frustrada reforma constitucional italiana de 2006”. *En Teoría y Realidad Constitucional*. nº 19 (2007).
- CORTES MARTÍN, JM. “El Tratado de Lisboa y las Regiones” *en Revista de Estudios Regionales* nº 86 (2009).
- CRUZ VILLALÓN, P “La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa”, *en La Curiosidad del Jurista Persa, y Otros Escritos sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- - CRUZ VILLALON, P. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. CEPC. Madrid 1980.
- D’ATENA, “Entre retórica y normatividad: a propósito de las disposiciones programáticas contenidas en los Estatutos de las Regiones italianas”. *En Revista General de Derecho Constitucional*. nº 7 (2009).
- DE AREILZA CARVAJAL, J.M. “El Dictamen 2/1994n del Tribunal de Justicia o cómo no abordar el espinoso asunto de las competencias comunitarias”. *En Revista española de Derecho Constitucional*. nº 47 (1996).
- DE OTTO Y PARDO, I. “La prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho regional”. *En Revista Española de Derecho Constitucional*. nº 2. 1981.

- DE VEGA, P. “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. En *Revista de Estudios Políticos*. nº 100.
- DE WINTER, L. “Federalismo y sostenibilidad de Bélgica (I). El camino de Bélgica hacia el federalismo. En *Cuadernos Manuel Giménez Abad*. Nº 2 (2011).
- DICIOTTI, E. “Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analítica”. En *quaderni costituzionali*. nº 4 (Diciembre 2004).
- DIEZ PICAZO, LMª. “De nuevo las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, (2007).
- DIEZ PICAZO, L.Mª. ¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios? En *Revista española de Derecho Constitucional*. nº 78 (2006).
- DORREGO DE CARLOS, A. “El referéndum sobre la independencia de Escocia”. En *Cuadernos de pensamiento político Faes*. Abril/Junio 2012.
- ELIZALDE JALIL, M. “La supletoriedad del Derecho estatal en el marco actual del Estado autonómico español” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña* nº 13 (2009).
- FERRANDO BADÍA, J. “Corrientes doctrinales de descentralización política en la España de los siglos XIX y XX”. En *Corts: Anuario de derecho parlamentario*. Nº 3 (1997).
- FERNANDEZ ALLÉS, J. “La Cooperación Interparlamentaria e Intergubernamental de las Comunidades Autónomas en Asuntos Europeos tras la STC 31/2010. En *Revista de Derecho Político*. Nº 79 (2010).
- FERREIRO BAHAMONDE, X. “As competencias da Comunidade Autónoma de Galiza na denominada “Materia de Xustiza”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* nº 4 (2000).
- FONDEVILA MARON, M. “Crónica del Seminario nuevas tendencias del Constitucionalismo en América Latina” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*. nº 13 (2009).
- FONDEVILA MARÓN, M. “Derecho a decidir y soberanía. A propósito de la SRC 42/2014, de 25 de Marzo” en *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 34 (2014).
- FONDEVILA MARÓN, M. “El modelo confederal e imperfecto de protección de Derechos Fundamentales en la UE”. *Revista de Derecho de la UNED*. Nº11.
- FONDEVILA MARÓN, M. “La disolución de la soberanía en el ámbito estatal: los efectos de la integración europea” en *Estudios Constitucionales*. Año 7 (2009).
- FONDEVILA MARÓN, M. “La Herencia Rousseauiana, en el pensamiento constitucional, trescientos años después de su nacimiento”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Nº 16.
- FONDEVILA MARÓN, M. “Pobo, Estado, Nación” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Nº 15. 2011.
- FONDEVILA MARÓN, M. “Reforma constitucional y forma territorial del Estado” en *Revista Catalana de Dret Public*. Nº 49 (2014).

- FRAGA IRIBARNE, M. *El Principio de Subsidiariedad en la Unión Europea*. Fundación Galicia Europa. Santiago de Compostela. 1997.
- FRÉMONT, J. “Derechos fundamentales en el sistema constitucional canadiense: entre la Carta constitucional y los códigos provinciales”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 82 (II).
- FROSINI, J (ed) *Isole nel diritto pubblico comparato ed europeo*. Giapichelli, Torino 2007.
- GARCÍA BELAUNDE, D. “La Constitución europea a la vista (una mirada desde América Latina) discurso de incorporación a la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, leído el 22 de Junio de 2006; accesible a través de Internet: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/Constitucioneeuropeaalavista.pdf>.
- GARCÍA GESTOSO, N. “Una prueba del carácter confederal de la Unión Europea: el mantenimiento de la unanimidad estatal en el proceso de revisión del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa” en *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 15 (2005).
- GARCIA ROCA, J. “El desarrollo de la comparación jurídica como ciencia y como materia en la enseñanza en España” en *Revista General de Derecho Público Comparado*. nº 14 (2009).
- GAROT, M-J. “Los procesos de regionalización en la Unión Europea. Dos casos: España e Italia”. En *IE Working Paper* del 10 de Junio de 2003 (disponible en Internet).
- GAVARA DE CARA, J.C. “Los efectos de la STC 31/2010 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: las implicaciones para su normativa de desarrollo y los Estatutos de otras Comunidades Autónomas”. En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 27 (2011).
- GIBERNAU, M. “Devolution and Independence in the United Kingdom. The Case of Scotland”. En *Revista d'estudis autonòmics I federals* nº 11 (Octubre 2010).
- GONZALEZ ENCINAR, J-J. “El desarrollo del Título VIII de la Constitución y el sistema de partidos” *Revista de Derecho Político*. Nº 7 (1980).
- GONZÁLEZ OROPEZA, M. “Yucatán: origen del amparo local”. *Revista Jurídica Jalisciense*, num. 5.
- GROPPI, T. “I nuovi statuti delle regioni dopo le sentenze 372, 378 e 379/2004 della corte costituzionale. En *Diritto & Giustizia* n. 47/2004.
- HÄBERLE, P. ¿Tienen España y Europa una Constitución?. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. nº 12 (2009).
- HÄBERLE, P. “Comparación Constitucional y Cultural de los sistemas federales” en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. nº 8 (Julio-Diciembre de 2007).
- HADFIELD, H. “Devolution, Westminster and the English Question” En *Public Law* (2005).
- HERRERO Y RODRIGUEZ DE MIÑON, M. “A vueltas con la soberanía (la soberanía en la Constitución” en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Nº 84 (2007).

- HIMSWORTH, A.M. "Devolution and its jurisdictional asymmetries" en *The Modern Law Review*. 2007.
- IACOMETTI, M. "La V República francesa verso un'efectiva decentralization" En *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*. 2003 (1).
- KEATING, M. "Policy convergence and divergence in Scotland under devolution" en *Regional Studies*, 39 (2005).
- LA PERGOLA, A. "Sguardo sul federalismo e i suoi dintorni (una célebre dicotomía: "stato federale -confederazione", La Confederazione di tipo antico e moderno. L'idea europeistica di comunitá). En *Diritto e Societá*. 1992 (3).
- LEGUINA VILLA, "El principio de competencia y la supletoriedad del Derecho estatal". En *Cuadernos de Derecho Público*. Nº 2 (1997).
- LEYLAND, P. "Fiscal Federalism" and Reforming the Financial Parameters of Devolution: Italy and the UK compared" En *Percorsi costituzionale*, I-2009.
- LOPEZ BASAGUREN, A. "La independencia de Escocia en la Unión Europea. Los efectos de la secesión de territorios en la UE entre política y derecho" En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 33, 2014.
- LOPEZ MIRA, AX., "La Regionalización en Portugal" *Revista de las Cortes Generales*. Nº 53 (2001).
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. "Normas programáticas, Estatutos, y autonomía comunitaria" en *Revista de Derecho Político*. Nº 21 (1984).
- MANGAS MARTÍN, A. "Kosovo y la Unión Europea: una secesión planificada". En *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. LXIII (2011).
- MANGAS MARTÍN, A. "La secesión de territorios en un Estado Miembro: efectos eb ek Derecho de la Unión Europea". En *Revista de Derecho de la Unión Europea*. Nº 25 (2013).
- MARÍN AÍS, R. "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en España con el Tratado de Lisboa". En *Revista Digital de la Facultad de Derecho UNED*. Nº 2 (Monográfico Premios García Goyena) (2010).
- MARTÍNEZ ALARCÓN, Mª L. "El Principio de subsidiariedad en el Tratado de Lisboa" en *Anuario Parlamento y Constitución*. 2010.
- MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J (2007). "Hacia un nuevo Tratado europeo: de cómo recuperar la esencia del Tratado Constitucional sin que realmente lo parezca" publicado en Internet: www.realinstitutoelcano.org.
- MIDWINTER, A. "Resource Allocation in the UK: A Rejoinder on Needs Assessment" En *Regional Studies* nº 36 (2002).
- MONTILLA MARTOS, J.A. "Las relaciones de colaboración en el nuevo marco estatutario: bilateralidad y participación" en *Revista de Estudios Políticos*. nº 151 (2011).
- MORRISON, J. "Democracy, Governance and Governmentality: Civic Public Space and Constitutional Renewal in Northern Ireland" *OJLS*, Vol.21, No.2 (2001).
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. "Consideraciones sobre el poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y práctica constitucional". En *Revista Ius et Praxis*. Año 15 (2008).

- ORTEGA ÁLVAREZ, L.. “El debate competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas” en *Revista de Estudios Políticos*. Nº 151 (2011).
- PACHO BLANCO, JM. “Apuntes en torno a la realidad de las segundas cámaras en Derecho Comparado: entre una Cámara de Notables y una Cámara de Representación Territorial” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nº 104 (2002).
- PARRY, R. 'The Scottish Executive and the Challenges of Complex Policy-Making' *Political Quarterly* , 2003.
- PECES-BARBA, G. “Diritti sociali: origine e concetto”. En *Sociología del Derecho*. Nº 1 (2000) Traducción del castellano por Andrea Greppi.
- PEGORARO, L. “Derecho Constitucional y Derecho Público Comparado: una convivencia *more uxorio*”. Traducido por Esther González Hernández. En el *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*.nº7 (2009).
- PEGORARO, L. “Las definiciones de los ordenamientos descentralizados en los estatutos de las Regiones italianas y de las Comunidades Autónomas” en *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 86 (Enero-Abril 2010).
- PEGORARO, L Y DELGADO, J. “Derechos «fundamentales»: consideraciones sobre la elaboración del concepto y su implicación positiva en el contexto del constitucionalismo contemporáneo”, en *Revista Derecho del Estado*, n. 10 (2001).
- PLA BOIX, A.M. “Un modelo de Derecho Comparado: la organización judicial en Suiza”. En *Revista catalana de derecho público*, nº.36 (2008).
- PORTERO MOLINA, J.A. “Legitimidad democrática y Unión Europea”. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. nº 3 (2005).
- RAWLINGS, R. *Delineating Wales: Constitutional, Legal and Administrative Aspects of National Devolution*. University of Wales Press. Cardiff. 2003.
- RAWLINGS, R. “Hastening Slowly: The Next Phase of Welsh Devolution” En *Public Law* (2005).
- REGO BLANCO, M. D. “Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 de la Constitución”. *Revista Andaluza de Administración Pública*. Nº 32 (1997).
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J. “La gran cuestión. En torno a la demandada Teoría Constitucional del Estado de las Autonomías y algunos problemas para su formulación” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número conmemorativo del sexagésimo aniversario*.
- RUIPEREZ ALAMILLO, J. “La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña en el contexto normativo de la Constitución española de 1978 y el Tratado de Lisboa”. En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 31.
- RUIPEREZ ALAMILLO, J. “¿Podría suprimirse el Senado español mediante la Técnica de la reforma constitucional? En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 34.
- RUIPEREZ ALAMILLO, J. “Una cuestión nuclear para la teoría del Derecho Constitucional: sobre la reforma constitucional y sus funciones en el Estado Constitucional democrático”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. nº 1.

- RUIZ RICO, G. “Derechos sociales y reforma de los estatutos de autonomía: El derecho a la vivienda” En *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*. Nº 2 (2006).
- RUIZ ROBLED, A Y CHACÓN PIQUERAS, C. “Comentario al dictamen del Tribunal Supremo Canadiense de 20 de Agosto de 1998 sobre la secesión de Quebec”. En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 3 (1999).
- SALEMA, M. “La división de competencias y la resolución de conflictos entre el poder central y las regiones autonómicas” en *Revista de Estudios Políticos*. nº 60-61 (1988).
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. “¿Todavía más derechos? ¿De qué derechos hablamos?” En *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 25 (primer semestre 2010).
- SCHNEIDER, H-P. “El nuevo federalismo alemán. La reforma del federalismo I y su implementación”. *Teoría y Realidad Constitucional*. nº 34 (2014).
- SERRAFERO, M. “La intervención federal en Argentina. Experiencia y jurisprudencia. Artículo publicado en internet. http://www.forumfed.org/libdocs/Misc/Arg8_Serrafero%20paper%20Esp.pdf.
- SOLOZABAL ECHABARRÍA, J.J. “Sobre la *Devolution* en el Reino Unido (*Letter from London*)” en *Revista General de Derecho Constitucional*. nº 1 (2006).
- SOLOZABAL ECHEVARRIA, J-J. “El Estado Autonomico como Estado compuesto”. En *Revista de Estudios Políticos*. nº 110 (2000).
- SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J.J. “La Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña, una visión de conjunto” en *Revista de Estudios Políticos*. nº 151 (2011).
- TORRE, A. “Dalla devolution classica alla regionalizzazione dell’Inghilterra. I Profili costituzionali”. En *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*. 2003 (1).
- TRENCH, A. “The Calman Commission and Scotland's Disjointed constitutional debates” En *Public Law* (2009).
- URIBE OTALORA, A. “La Participación de las Regiones Europeas en el Consejo de la Unión: Alemania, Austria, Bélgica y Reino Unido” en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*. nº 14 (2003).
- VALERO HEREDIA, A. “Federalismo y *state law* en los Estados Unidos: el papel de “la conferencia nacional de comisionados para uniformizar la legislación de los Estados””. En *Indret*. 2/2010.
- VAZQUEZ, C.M. “La protección de los derechos en el sistema federal de los Estados Unidos” *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 82 (II).
- VIRGALA FORURIA, E. “Las relaciones de inordinación en el Estado autonómico español” en *Revista de Estudios Políticos*. nº 151 (2011).
- VON BEYME, K. “El Federalismo en la República Federal alemana” en *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*. Nº 17 (1980).
- ZOCO ZABALA, C. “Revisión Constitucional en Francia: La redefinición del modelo de descentralización administrativa” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. nº 72 (2004).

B) MONOGRAFÍAS, OBRAS COLECTIVAS Y MANUALES.

- AAVV *Constitución, Estado de las Autonomías y Justicia Constitucional (Libro Homenaje al Profesor Gurmésindo Trujillo)*. Tirant Lo Blanch. Valencia 2005.
- AA.VV. *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*. CEPC. Madrid. 2006.
- AAVV. *Diritto costituzionale e pubblico*. Giapichelli. Torino 2009.
- AVV. *Introducción a los Derechos Fundamentales*. Ministerio de Justicia. 1988.
- AAVV. *La Constitución de Weimar. La Constitución alemana de 1919*. Tecnos. Madrid. 2010.
- AAVV. *La cooperación intergubernamental en los Estados Compuestos*. Institut d'Estudis Autònoms. Barcelona 2006.
- AAVV. *La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione Italiana*. Arnaldo Forni Editore. Bologna 1978.
- AAVV. *La Interpretación Constitucional*. IJ-UNAM. México. 1975.
- AA.VV. *La Reforma del Estado. Experiencia mexicana y comparada en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2008.
- AA.VV., *Ponencias Desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Adrus, Arequipa, 2008.
- AAVV. *Pluralismo territorial en la República Federal de Alemania*. INAP. Madrid. 1989.
- AA.VV. *Public Money and Management*, November 2007
- AAVV. *Un senato delle autonomie per l'italia federale*. Edizione Scientifiche Italiane. Napoli. 2003.
- AGUADO RENEDO, C. *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*. CEPC. Madrid. 1996.
- AGUILAR DE LUQUE, L. (coord). *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional : (libro homenaje al profesor Gurmésindo Trujillo)*. Tirant lo Blanch. Madrid. 2005.
- ALBERDI, J.B. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. 1852.
- ALBERDI, J.B. *Derecho Público Provincial Argentino*. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1998.
- ALBERTÍ ROVIRA, E. *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1986.
- ALVAREZ CONDE, E, PEGORARO, L y RINELLA, A (eds). *Regional Councils and Devolved Forms of Government*. Clueb. Bologna (2006).
- ALZAGA VILLAMIL, O, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I, REVIRIEGO PICÓN, F, SALVADOR MARTÍNEZ, M. *Derecho Político español según la Constitución de 1978*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid. 2011.
- ALVAREZ CONDE, E (Dir). *El Futuro del Modelo de Estado*. IMAP. Madrid 2007.

- ALVAREZ CONDE, E, PEGORARO, L Y RINELLA, A (eds.) *Regional Councils and Devolved Forms of Government*, Clueb, Bologna, 2006.
- ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid 1996.
- APARICIO, M.A. (ed.) *La Descentralización y el Federalismo. Nuevos modelos de Autonomía Política (España, Bélgica, Canadá, Italia y Reino Unido)*. Cedecs. Barcelona. 1999.
- APARICIO, M.A, CASTELLÁ, J.M, Y EXPOSITO, E. (Dir.) *Derechos y Principios rectores en los Estatutos de Autonomía*. Atelier. Barcelona. 2008.
- ARROYO GIL, A. *El federalismo alemán en la encrucijada*. Prólogo de Manuel Medina Guerreiro. CEPC. Madrid. 2006.
- ARROYO GIL, A., *La Reforma Constitucional del Federalismo alemán*. Estudio crítico de la 52ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006. Prólogo de J.J Solozabal. Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms. 2006.
- ASTUDILLO REYES, C. *Ensayos de Justicia Constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala, y Chiapas*. UNAM. 2004.
- AUER, A, MALINVERNI, G Y HOTTELIER, M. *Droit Constitutionnel Suisse*. Berne. 2000.
- BARCELO ROJAS, D. *Introducción al Derecho Constitucional estatal estadounidense*. IIJ-UNAM. México 2005.
- BARRERA BUTELER, G. *Provincias y Nación*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996.
- BAMFORTH, N y LEYLAND, P. (eds) *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford Hart Publishing, 2003.
- BASTOS, C Y WONG MERAZ, A. *Teoría de la Constitución. Estudios Jurídicos en homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid*. Porrúa. México 2010.
- BATIDA FREIJEDO, F.J, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I, REQUEJO RODRIGUEZ, P, PRESNO LINERA, M.A, ALÁEZ CORRAL, B, FERNÁNDEZ SARASOLA, I. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1978*. Tecnos. Madrid. 2004.
- BEARD, Ch. A. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. With a new introduction by Forest McDonald. The Free Press. New York. 1986.
- BENELLI, F. *Corte Costituzionale e Regioni. Sentencie interpretative nel giudizio principale e regionalismo collaborativo*. Maggioli. Santarcangelo di Romagna. 1998.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato. Le Forme di Stato e Le Forme di Governo. Le Costituzione Moderne*. Giufre. Milano 1970.
- BOGDANOR, V. *Devolution in United Kingdom*. Oxford. 2001.
- BRADBURY, J (ed). *Devolution, Regionalism, and Regional Development. The UK experience*. Routledge. London. 2008.
- BRANCA, G (Ed.). *Principi fondamentali. Arts. 1-12*. Zanichelli. Bologna 1975.
- BURGOA, I. *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*. Editorial Porrúa. México 2000.

- CABELLOS ESPIÉRREZ, M.A. *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho Comunitario*. Prólogo de Miguel Aparicio. CEPC. Madrid. 2010.
- CARMAGNANI, M (ed). *Federalismos latinoamericanos: México/Brasil/Argentina*. Fondo de Cultura Económica. México.
- CALHOUN, J.C. *Libertad y Unión. La teoría de la Confederación*. CEPC. Madrid. 2010.
- CANTARO, A. *Europa Soberana. La Constitución de la Unión entre guerra y derechos*. El Viejo Topo. Barcelona 2006.
- CARRANZA, M.A. *La Constitución t el Régimen federal*. Buenos Aires. 1926.
- CARBONELL, M. M. *Los Derechos Fundamentales y el Constitucionalismo Local*. (Documento de trabajo). UNAM 2009.
- CARBONELL, M Y CARPIZO, J. *Nuevas Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*. IIJ-UNAM. México 2009.
- CARRILLO SALCEDO, JA. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Editorial Tecnos, Madrid, 2003.
- CASTELLÀ ANDREU, J.Mª (Dir). *Nuevos Estatutos y Reformas del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate*. Atelier. Barcelona 2009.
- CASTELLA ANDREU, J. Mª Y GRAMMOND, S. *Diversidad, Derechos Fundamentales y Federalismo. Un diálogo entre Canadá y España*. Atelier. Barcelona. 2010.
- COLINA GARREA, R. (Dir). *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas*. Perspectiva desde la reforma. Thompsom-Aranzadi. Pamplona. 2014.
- D´ATENA, A (Ed.). *I cantieri del federalismo in Europa*. Giuffrè. Milano 2008.
- DE VEGA GARCÍA, P. *Escritos político-constitucionales*. UNAM. México. 1980.
- DE VEGA, P. *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*. Tecnos. 1991.
- DE TOQUEVILLE, A. *La Democracia en América*. Edición Crítica preparada y traducida por Eduardo Nolla. Aguilar. Madrid. 1989.
- DE VERGOTTINI, G. *Diritto Costituzionale Comparato*. Vol 1. CEDAM. Padova. 2007.
- DIEZ DEL CORRAL, L. *De Historia y Política*. Instituto de Estudios Politicos. Madrid 1956.
- DURAND, C. *Confédération d'états et état federal. Réalisations acquises et perspectives nouvelles*. Marcel Rivière et cie. Paris. 1955.
- ELAZAR, DJ. *Exploración del Federalismo*. Traducción de Josep Mª Sole Alseda. Hacer. Barcelona 1990.
- ESTUPIÑÁN ACHURY, G. GAITÁN BOHÓRQUEZ (comps.), *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas*, Editorial Un. del Rosario, Bogotá D.C., 2010.

- FERNANDEZ FARRERES G. *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonómico. (Comentario a la STC 247/2007 de 12 de Diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*. Cuadernos Civitas. Navarra, 2008.
- FERNANDEZ FARRERES, G. *Las Contribuciones del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*. Iustel. Madrid. 2005.
- FERNANDEZ SEGADO, F. *El Federalismo en América Latina*. Universidad Autónoma de México. 2003.
- FERRARA, G (Dir). *Studi in onore de G. Ferrara*. Vol. 2 Giapichelli. Torino. 2005.
- FERRER MACGREGOR, E Y ZALDIVAR LELO DE LARREA, A. *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Marcial Pons. México 2008.
- FREIXES SANJUAN, T. “Constitucionalismo multinivel e integración europea”. En FREIXES SANJUAN, T, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y ROVIRA VIÑAS, A. (Dir). *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos*. Prólogo de Martin Schulz. CEPC. Madrid. 2013.
- FONDEVILA MARÓN, M. *La Disolución de la Soberanía en el Ámbito Estatal. El proceso de integración europea. Prolegómenos de Javier Ruiperez*. Reus. Madrid. 2014.
- GAGNON, A-G. *El federalismo canadiense contemporáneo. Fundamentos, tradiciones e instituciones*. Tirant Lo Blanch. Valencia 2010.
- GARCIA GESTOSO, N. *Soberanía y Unión Europea (algunas cuestiones críticas desde la Teoría de la Constitución)*. Atelier, Barcelona 2004.
- GARCÍA HERRERA, M.A. *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*. Universidad del País Vasco. Bilbao. 1997.
- GARCIA MORALES, M^aJ. *Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos. Estudio comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica*. McGraw Hill. Madrid 1998.
- GARCIA PELAYO, M. *Obras Completas*. CEPC. 2009.
- GAMIZ PARRAL, M.N. *Las entidades federativas y el Derecho Constitucional*. Universidad Autónoma de México. México, 2003.
- GARCIA DE ENTERRIA, E. *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*. 3^a ed. Thompson Reuters. Navarra 2009.
- GAVARA DE CARA, J.C (ed) *Los Derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*. Bosch. Barcelona 2010.
- GERPE, M. Y BARCELÓ, M (coords.). *El Federalismo judicial*. Institut d'Estudis Autonòmics. Barcelona 2006.
- GIOVANNI, G, Y KNAPP, B. *L'organizzazione del poteri e il federalismo in Svizzera secondo la nuova Costituzione*. Giapichelli. Torino. 2000.
- GOIZUETA VÉRTIZ, J. Y CIENFUEGOS MATEO, M. (dirs). *La eficacia de los Derechos Fundamentales de la UE. Cuestiones avanzadas*. Thompson Reuters Aranzadi. Pamplona. 2014.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*. Sanz y Torres. Madrid. 2011.

- GONZÁLEZ OROPEZA Y FERRER MC-GREGOR. *La Justicia Constitucional en las Entidades Federativas*. Editorial Porrúa. México 2006.
- GONZÁLEZ PLACENCIA, L Y MORALES SÁNCHEZ, J. (coordinadores). *Derechos Humanos. Actualidad y desafíos. (I)*. Fontamara. México. 2010.
- GRIMM, D. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Estudio preliminar de Antonio López Pina. Trotta. Madrid 2006.
- GUERRA, A. y TEZANOS, J.F. (eds.). *Alternativas para el siglo XXI. I encuentro de Salamanca*. Sistema. Madrid. 2003.
- GUTIERREZ GUTIERREZ, I. (coord.). *Elementos de Derecho Constitucional español*. Marcial Pons. Madrid. 2014.
- HÄBERLE, P. *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad abierta*. Estudio preliminar y traducción Emilio Mikunda-Franco. Tecnos. Madrid. 2013.
- HAMILTON, A, MADISON, J. Y JAY, J. *El Federalista*. FCE. México. 1994.
- HAURIOU, M. *La Soberanía Nacional*. Marcial Pons. Madrid. 2013.
- HAZEL, R. *The English Question* Manchester University Press, Manchester 2006.
- HAZELL, R. Y RAWLINGS, R. *Devolution, LawMaking and the Constitution*. Imprint Academic. Éxeter. 2005.
- HELLER, H. *Escritos Políticos*. Alianza Universidad, 1983.
- HELLER, H. *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. FCE. México. 1995.
- HERNÁNDEZ, A. M^a (Dir). *Derecho Público Provincial*. Lexis nexis. Buenos Aires 2008.
- HERNÁNDEZ, A. M^a, *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*. Prólogo de Diego Valades, German Bidart Campos y Eduardo García de Enterría. Abeledoperot. Buenos Aires. 2009.
- CRUZ VILLALÓN, P Y AZPIRATE SÁNCHEZ, M (Eds). HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. CEPC. Madrid. 2011.
- HOBBS, T. *El leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Traducción de Carlos Mellizo. Alianza. Madrid. 1999.
- HOPKINGS, J. *Devolution in context*. Cavendish. London 2002.
- JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*. Traducción de F. de los Ríos. Comares. Granada 2002.
- KEATING, M. "Policy Convergence and Policy Divergence in Scotland under Devolution" En *Regional Studies*. Vol 39.4 (June 2005).
- KELSEN, H. *Il problema della sovranità e la teoría del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*. Traduzione Italiana di Agostino Carrino. Giuffrè. Milano. 1989. P. 13 y KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García Maynez. UNAM. México. 1995.
- KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García Maynez. UNAM. México. 1995.

- KING, A. *The British Constitution*. Oxford University Press. 2007.
- KRASNER, S.D. *Soberanía, hipocresía organizada*. Traducción de Ignacio Hierro. Paidós. Barcelona. 2001.
- LAGASABASTER HERRARTE, I. *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto del Derecho autonómico*. Civitas. Madrid. 1980.
- LA PÉRGOLA, A. *Los Nuevos Senderos del Federalismo*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1994.
- LA PERGOLA, A. *Residui “contratutualistici” e struttura federale nell’ordinamento degli stati uniti*. Giuffrè. 1969.
- LUCAS VERDU, P. *Curso de Derecho Político*. Volumen I. 2ª edición revisada y aumentada. Tecnos. Madrid 1980.
- LUCAS VERDU, P. *Curso de Derecho Político*. Vol. II. 3ª edición, revisada. Tecnos. Madrid. 1981.
- LUCAS VERDU, P. *Alberdi. Su vigencia y modernidad constitucional*. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1998.
- LUCATELLO, G. *Lo Stato Federale*. CEDAM. Padova. 1967.
- MANGAS MARTÍN, A Y LIÑAN NOGUEIRAS, J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos. Madrid 2012.
- MATIENZO, J.N. *El Gobierno Representativo Federal en la República Argentina*. Editorial América. 2ª ed. Madrid. 1917.
- MARITAIN, J. *El Hombre y el Estado*. Madrid. Fundación Humanismo y Democracia. 1987.
- MARTINEZ SANCHEZ, F. MARTÍNEZ SÁNCHEZ. F. *El control interno de las Constituciones de los Estados de la República Mexicana. Perspectiva de un Nuevo Federalismo*. Editorial Porrúa. México. 1998.
- MEILAN GIL, J.L. *La ordenación jurídica de las Autonomías*. Tecnos. Madrid. 1988.
- MONTILLA MARTOS, J.A. *Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas*. CEPC. Madrid. 2005.
- MORRISON, J. “The Government-Voluntary Sector Compacts: Governance, Governmentality, and Civil Society” En *Journal of Law and Society* nº 27 (2000)
- MORAN GARCÍA, G. “El nuevo milenio ante el reto del Derecho Comparado en las universidades españolas. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*. nº 5, 2001.
- MUÑOZ MACHADO, S. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. Civitas. Madrid. 1982.
- MUÑOZ MACHADO, S. *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*. Crítica. Barcelona. 2012.
- NAVARRO PÉREZ, J. *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: un paso adelante en la protección de los Derechos Fundamentales*. Tesina fin de

Master publicada en internet:
http://ddd.uab.cat/pub/trerecpro/2010/hdl_2072_97217/tesinadefinitiu1.pdf.

- O'NEIL, M (ed). *Devolution and British Politics*. Longmans. London 2004.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de Derechos Fundamentales*. Universidad Carlos III. Madrid 1999.
- PEGORARO, L. *La Costituzione brasiliana di 1998*. CCSDD. Bologna. 2008.
- PEGORARO, L y RINELLA, A. *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*. CEDAM 2007.
- PEREIRA MENAUT, A.C. *Política, Estado, Derecho*. Colex. Madrid 2008.
- PEREZ CALVO, A. *Estado Autonomico y Comunidad Europea*. Tecnos. Madrid. 1993.
- PÉREZ SERRANO, N. *El concepto clásico de soberanía y su revisión actual*. Madrid. 1933.
- PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Trotta. Madrid 2007.
- POSADA, A. *La Crisis del Estado y el Derecho Político*. Madrid. 1934.
- QUIROGA LAVIE, H, BENEDETTI, M.A, CENICACELAYA, M.N. *Derecho Constitucional Argentino*. Tomo II. Rubinzal Editores. Buenos Aires. 2001.
- RAGONE, S. *Il controllo di costituzionalità delle revisioni costituzionali*. Filo diritto. 2010.
- REQUEJO, F Y NAGEL, K-J. *Descentralizació, asimetries i processos de resimetrizació a Europa. Bèlgica, Regne Unit, Itàlia i Espanya*. Institut d'Estudis Autònoms. Barcelona. 2009.
- REPOSO, A. *Profili dello Stato Autonomico. Federalismo e regionalismo*. Giappichelli. Torino. 2005.
- REVIRIEGO PICÓN, F (coord.). *Constitución y Globalización*. Fundación Manuel Giménez Abad. Zaragoza. 2013.
- RHODES, R, CARMICHAEL, P, MCMILLAN, M y MASSEY, A. *Decentralizing the Civil Service: From unitary state to differentiated polity in the United Kingdom*. Open University Press. Buckingham. 2003.
- RIEDEL, E (Hrsg). *Aufgabenverteilung und Finanzregimes in Verhältnis zwischen dem Zentralstaat and seinen Unterreinheiten* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001.
- RIVAROLA, R. *Del Régimen Federativo al Unitario. Estudio sobre la organización política de la Argentina*. Buenos Aires. 1908.
- RODRIGUEZ, A. *Integración Europea y Derechos Fundamentales*. Civitas. Madrid. 2011.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. *La Administración en el Marco Constitucional*. Fundación Instituto Gallego de Estudios Autonómicos y Comunitarios. Santiago de Compostela. 1992.

- ROURA GOMEZ, S. *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978 el Tribunal Constitucional y las Comunidades Autónomas*. Biblioteca Nueva. Madrid, 2003.
- RODRIGUEZ-IZQUIERDO, M. *Primacía y Subsidiariedad en la Unión Europea*. CEPC. Madrid 2011.
- ROURA GOMEZ, S Y TAJADURA TEJADA, J (eds.) *Código de Derecho Constitucional Autonómico*. Biblioteca Nueva. Madrid 2004.
- ROURA, S Y TAJADURA, J. (dirs). *La Reforma Constitucional*. Biblioteca Nueva. Madrid 2004.
- ROUSSEAU, JJ. *Del contrato social; Discursos: Discurso sobre las Ciencias y las Artes; Discurso sobre el origen y el fundamento de la desigualdad de los hombres*. Alianza. Madrid. 1998.
- ROUSSEAU, J.J. *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*. Tecnos. Madrid 1988.
- RUIPEREZ ALAMILLO, J. *Constitución y Autodeterminación*. Tecnos. Madrid. 1995.
- RUIPEREZ ALAMILLO, J. *Entre el Federalismo y el Confederantismo. Dificultades y problemas para la formulación de una Teoría Constitucional del Estado de las autonomías*. Biblioteca Nueva. Madrid 2010.
- RUIPEREZ ALAMILLO, J. *División de Competencias y Forma Territorial del Estado*. Reus. Madrid. 2012.
- RUIPEREZ ALAMILLO, J *La Constitución del Estado de las Autonomías*. Editorial Biblioteca Nueva, Madrid 2003.
- RUPEREZ, J. *Proceso Constituyente, Soberanía y Autodeterminación*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2003.
- RUIPEREZ ALAMILLO, J. *La Protección Constitucional de la Autonomía*. Tecnos. Madrid 1994.
- RUIPEREZ ALAMILLO, J. *La Constitución europea y la problemática del poder constituyente*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2000.
- RUIPEREZ ALAMILLO, J. *La Reforma del Estatuto de Autonomía de Galicia*. Universidade da Coruña. 1995.
- RUIPEREZ ALAMILLO, J. *Libertad Civil e Ideología Democrática. De la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación liberalismo-democracia*. IJ-UNAM. México 2008.
- RUIPEREZ ALAMILLO, J. *Reforma versus revolución Consideraciones desde la teoría del Estado y de la constitución sobre Los límites materiales a la revisión Constitucional*. Porrúa. México. 2014.
- SANCHEZ FERRÍZ, R. Y GARCÍA SORIANO, M.V. *Suiza. Sistema Político y Constitución*. CEPC. Madrid. 2002.

- SANCHEZ AGESTA, L. *Sistema Político de la Constitución española de 1978*. Editorial Revista de Derecho Privado. Séptima edición puesta al día por Oscar Alzaga Villamil. Madrid 1994.
- SHAW, J, MACKINNON, D, y DOCHERTY, J. “Divergence or convergence? Devolution and transport policy in the United Kingdom” En *Environment and Planning C: Government and Policy* Vol. 27 (2009).
- SBDAR, C.B. *Amparo de Derechos Fundamentales*. Estudio Preliminar de R. Canosa. Ciudad Argentina. Buenos Aires 2003.
- SCARCIGLIA, R (ed) *Unione europea e autonomie regionali. Prospettive per una Costituzione europea. Atti del convegno di Diritto Pubblico e Comparato. Trieste Università degli studi. 18-19 oct. 2002*.
- SCHMITT, C. *Teología Política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*. Traducción de Francisco Javier Conde. Struhart & Cia. Buenos Aires 1998.
- SCHMITT. C. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Alianza. Madrid. 1992.
- SERNA DE LA GARZA, J. M^a. *Federalismo y regionalismo. Memoria del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. IIJ-UNAM. México. 2002.
- SOLOZABAL ECHEVARRÍA, J. J (Dir.). *La Reforma Federal. España y sus siete espejos*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2014.
- TAJADURA TEJADA, J. *El preámbulo constitucional*. Comares 1997.
- TAJADURA TEJADA, J. *La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal respecto del Derecho autonómico*. Biblioteca Nueva. Madrid. 2000.
- TAJADURA TEJADA (coord.) *La Constitución Portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después*. CEPC. Madrid 2006.
- TARR, A. *Comprendiendo las Constituciones estatales*. Traducción de Daniel Barceló Rojas. IIJ-UNAM. México 2009.
- TEROL BECERRA, M. y JIMENA QUESADA, L. *Tratado sobre protección de Derechos Sociales*. Tirant. Lo Blanch. Valencia. 2014.
- TOMAS Y VALIENTE, F. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. CEPC. Madrid. 1993
- TOMAS Y VALIENTE, F. *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tecnos. Madrid. 1988.
- TUDELA ARANDA, J Y KNÜPLING, F (coord.). *España y Modelos de Federalismo*. Fundación Manuel Giménez Abad. Zaragoza. 2010.
- TUÑÓN, J. *Andalucía y la Unión Europea. Actor periférico y escenario privilegiado de la política europea*. Centro de estudios andaluces. Sevilla. 2010.
- TRUJILLO, G. (Dir.). *Federalismo y Regionalismo*. CEPC. Madrid. 1979.
- VAN DOREN, C. *Breve Historia del Saber*. Planeta. Barcelona 2006.

- VERGARA LACALLE, O. *El Derecho como fenómeno psicológico-social y la posibilidad de una Ciencia jurídica avalorativa Un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona..* Tesis Doctoral de la Universidad de La Coruña (2002).
- VERNET I LLOBET, J. *El Sistema Federal austriaco.* Prólogo de H. Schäffer. Marcial Pons. Madrid. 1997.
- WATTS, R.L. *Sistemas Federales Comparados.* Traducción de Esther Seijas. Marcial Pons. Madrid-Barcelona 2006.
- WHEARE, K. *Govern Federal.* Institut d'Estudis Autonomics. Traducció Dolors Udina. 2008.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones filosóficas.* Traducción de Alfonso García Suarez y Ulises Moulines. Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM) y Crítica. 1988.
- ZAGREBELSKY, G. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la Política.* Traducción de Manuel Martínez Neira. Trotta. Madrid. 2005.
- ZAVALÍA, C. *Derecho Federal.* Tercera Edición ampliada con notas de la más reciente jurisprudencia. Compañía Argentina de Editores. Tucuman. Buenos Aires. 1941.
- ZORRAQUÍN BECÚ, R. *El Federalismo Argentino.* Librería y Editorial "La Facultad" Bernabé y Cía. 1939.
- ZUCCHERINO, R.M *Tratado de Derecho Federal, Estadual, Estatuyente y Municipal (Argentino y Comparado).* Depalma. Buenos Aires. 1992.