

LA ITALIANIZACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

JUAN F. LÓPEZ AGUILAR
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Constitución española cumple 40 años. La Constitución italiana, 70. La comparación continúa. La anticipación también. 3. La cuestión de la reforma y cómo no se reforma una Constitución. 4. Experiencias de reforma constitucional en España. 5. Notas definatorias de las reformas constitucionales en España. 6. Regreso a la comparación. 7. La coordinada europea: las determinaciones de la integración supranacional. 8. El constitucionalismo europeo y la teoría constitucional de la integración europea. 9. La integración europea y sus dilemas constitucionales. 10. Una reflexión conclusiva sobre las dificultades de la reforma en España.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando, hace más de 30 años, tuve el privilegio de ser becario español en Italia, antes de que España completase el sueño de su adhesión a las entonces llamadas Comunidades Europeas, España era una «joven democracia» y la República Italiana era ya veterana: no en vano su Constitución (que entró en vigor el 1 de enero de 1948) cumplía ya 30 años cuando los españoles ratificábamos la nuestra en 1978. En aquellos años, las publicaciones de referencia en español era el volumen coordinado por los prestigiosos profesores García de Enterría y Predieri: *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*

(1981); en la doctrina italiana, la obra coordinada por De Vergottini (mi maestro en la universidad de Boloña): *La Costituzione Spagnola (nel trentennale della Costituzione italiana)* (1978).

Han pasado 40 años desde la entrada en vigor de la Constitución española de 1978. Vengo sosteniendo hace tiempo la caducidad de toda aquella retórica, manida hasta la saciedad, de nuestra «joven democracia». Cumplidos los 40 años, nuestra democracia alcanza esa edad en la que a todo ser vivo cabe exigirle madurez y, por tanto, plena responsabilidad ante su estado de salud y ante el aspecto que ofrece.

Ese era el caso de Italia a mediados de los años 80 del siglo pasado. La literatura académica y periodística sobre el advenimiento de una «segunda República» (metáfora de una revisión constitucional de envergadura) era entonces inabarcable. Pero también era insondable la desafección y el cinismo que describían todas las encuestas y estudios cualitativos entre los italianos. La desconfianza generalizada y la distancia de la política anticipaban la disposición de la sociedad civil a sobrevivir, bregar o prosperar a pesar de sus gobiernos o incluso en ausencia de ellos.

Pero, con todo y con eso, es cierto que Italia ha reformado su Constitución de 1948 en al menos 19 ocasiones, por «leyes constitucionales» (art. 136 de la Constitución italiana) de variado calado y envergadura, habiendo fracasado en otros empeños (como el notorio referéndum, octubre de 2017, en que despeñó su liderazgo el ex primer ministro Matteo Renzi).

El problema esencial, cronificado, en el debate a propósito de la reforma en Italia es el que reside en la superación del llamado «bicameralismo perfecto» (el mismo peso específico, en la investidura y votación de la censura al Gobierno, y en el procedimiento legislativo, entre las dos Cámaras: *Camera dei Deputati* y *Senato*). No haber completado nunca ese objetivo es lo que ha dado lugar a la «italianización» del debate de reforma.

2. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA CUMPLE 40 AÑOS. LA CONSTITUCIÓN ITALIANA, 70. LA COMPARACIÓN CONTINÚA. LA ANTICIPACIÓN TAMBIÉN

Hace tiempo que sostengo que Italia –su orden constitucional, su República, su democracia– no entraña ni encierra, en rigor, excepción, ni patología ni tampoco un *eslabón enfermo*, en el decurso histórico del constitucionalismo demoliberal comparado: Desde mi punto de vista, Italia sería más bien precur-

sora y pionera de síndromes de la democracia avanzada que acaban luego alcanzando a otros Estados de nuestro entorno, singularmente en el marco de los Estados Miembros (en lo sucesivo, EE. MM.) de la Unión Europea (UE). El populismo, en efecto, nació primero en Italia; la más temprana impugnación de la política y la «*casta*» (como expresión de antipolítica) fue acuñada en Italia; y en Italia Berlusconi fue el primer ensayo de lo que luego el mundo entero refiere como «*trumpismo*» (por Trump).

Parece que también en España estamos *italianizando* hace tiempo el debate alrededor de la reforma constitucional, entre cuyos defensores me cuento. Hace años que los profesores damos vueltas en derredor del objeto, pero no lo completamos. ¿Falta de voluntad política, de consenso? Es sobre todo su bloqueo por el Partido Popular, que se ha empleado a fondo en hacer de su objeción una profecía autocumplida.

3. LA CUESTIÓN DE LA REFORMA Y CÓMO NO SE REFORMA UNA CONSTITUCIÓN

Es cierto que la Constitución Italiana ha sido reformada en numerosas ocasiones, mientras que la Constitución española ha conocido solamente dos retoques de su redacción originaria, limitados a sendos artículos: el art. 13.2 CE en 1992, y el art.135 CE en 2015.

Ninguna de estas dos experiencias resulta alentadora a la hora de deducir enseñanzas para reformas ulteriores de mayor envergadura, todavía hoy en lista de espera. Salvo que se las reseñe como lecciones en negativo, de las que quepa aprender «cómo no se reforma una Constitución» (en la clásica expresión del comparatista italiano Biscaretti di Ruffia).

4. EXPERIENCIAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

Cabe subrayar, en efecto, que las dos únicas ocasiones en que la Constitución española de 1978 ha sido reformada, la consideración determinante ha sido la del impacto del Derecho europeo sobre nuestro ordenamiento jurídico.

En la primera, el Tratado de Maastricht (TUE) de 1992 requirió ensanchar el ámbito subjetivo del derecho de sufragio (incorporando a la redacción originaria del art. 13.2 CE la locución «y pasivo») en las elecciones municipales (no así en las autonómicas ni en las generales, obedientes ambas aún hoy a su incardinación en espacios de soberanía, y cuya representación electiva os-

tenta poderes legislativos (Parlamentos autonómicos y Cortes Generales, debiendo notarse que en las elecciones europeas la legitimación para el sufragio activo y pasivo se halla reglada en el propio Derecho europeo primario).

En la segunda ocasión, el art. 135 CE sirvió, entre otros propósitos que no es preciso reseñar aquí (y sobre los que me he ocupado en anteriores escritos), para incorporar de una vez «Europa» en la Constitución. Lo que conviene recordarse, toda vez que, inadvertidamente, continúa reiterándose la inercial observación de que la Constitución española carece de toda referencia a «Europa» y a la «Unión Europea». Lo cierto es que, guste más o menos, la UE entró en la Constitución —«de aquella manera», ¡y cómo!— de la mano de la reforma exprés practicada en tiempo record en el momento peor (y álgido) de la llamada crisis de deuda soberana sobre la que se empedró la cronificación de la Gran Recesión que arrancó en 2008. Repasemos, si no, sus condiciones ambientales, tanto circunstanciales como las procedimentales.

5. NOTAS DEFINITORIAS DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN ESPAÑA

a) En la primera de estas reformas, la adecuación del enfoque (así como de su oportunidad y necesidad) quedó establecida por un primer ejercicio de la técnica de consulta previa al Tribunal Constitucional contemplada en el art. 95 CE (y 79 LOTC), mediante la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992. Quedó de ese modo asentado el exigible consenso social, político y parlamentario (además del académico, lo que es un activo no menor) para su acometimiento y para el procedimiento efectivamente practicado (art. 167 CE, reforma «simplificada» por mayoría de 3/5 de cada Cámara y sin necesidad de un referéndum preceptivo, que tampoco tuvo lugar en su modalidad facultativa al no requerirlo al menos la décima parte de alguna de las dos Cámaras).

b) La segunda, sin embargo, resultó mucho más problemática. No solamente por su objeto (la constitucionalización de la «estabilidad presupuestaria»: no, como equivocadamente se repite, la de la prioridad de la satisfacción de la deuda pública, puesto que ésta ya figuraba en la redacción originaria del art. 135 CE).

En realidad, como he explicado con detalle en escritos anteriores, esta segunda reforma resultó tan problemática por el procedimiento elegido para su tramitación (de nuevo una «reforma simple» por la vía del art. 135 CE, sin referéndum preceptivo aunque una fuerza política —IU— lo reclamó sin alcan-

zar el porcentaje –1/10– requerido por la CE para poder exigirlo desde cualquiera de las Cámaras).

Pero también y, sobre todo, por las especialidades impuestas al procedimiento: lectura única (art. 93 RCD) y procedimiento de urgencia (art. 150 CE), aun cuando fuese agriamente discutida –y desde luego protestada– la adecuación del supuesto (no se trataba, en efecto, de una materia que se prestase al trámite más acelerado ni por su «simplicidad» ni por su sencillez desde el punto de vista técnico). Su ácida calificación como «reforma exprés» de la Constitución impregnó la teoría de la Constitución y la de su reforma, dificultando desde entonces el discurso hasta esa fecha practicado tanto por los profesores y la ciencia constitucional como por los medios de comunicación formadores de opinión en torno a las precondiciones y requisitos exigibles para emprender una reforma (meditación, elaboración cuidadosa y amplio consenso social, político, parlamentario e incluso consenso doctrinal en torno a su oportunidad y a su necesidad).

6. REGRESO A LA COMPARACIÓN

La teoría de la reforma constitucional resultante en España ofrece, por tanto, semejanzas y diferencias remarcables respecto de la que acompaña y caracteriza el discurso sobre la materia en Italia.

Por un primer lado, las experiencias españolas han acabado redundando en un creciente desencanto –«cinismo político», descreimiento en el valor de la Constitución, sería la categoría politológica para describir el fenómeno– que aproximaría el estadio de maduración avanzada de la democracia en España al que hace tiempo que alcanzó la democracia en Italia.

De otro lado, la normalización del debate en torno a las reformas pendientes permite delinear un parangón en torno a lo que llamaríamos «italianización» del debate sobre la reformabilidad de la Constitución en España. Hasta tal punto es así que en la literatura académica se han multiplicado los títulos y las publicaciones acerca de las necesarias reformas de la Constitución que la política y el Parlamento continúan ignorando, desalentando o bloqueando, acentuando el contraste entre los entendimientos transversales que se han venido abriendo paso en el ámbito académico (profesores alineados con el objetivo común de reformar la CE desde posiciones ideológicas y simpatías electorales muy distantes entre sí) y la incapacidad de la representación política (los partidos y sus liderazgos) de procurar aproximaciones mínimamente constructivas y efectivas en la materia.

7. LA COORDENADA EUROPEA: LAS DETERMINACIONES DE LA INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL

¿De qué hablamos cuando de hablamos de «reforma constitucional» en España? ¿Cuál es el papel eficiente de la construcción europea en la animación de este debate y en el acotamiento de su perímetro objetivo? Son, creo, las dos preguntas que cabe plantearse y acometer desde una cierta voluntad política de utilidad.

La literatura académica acerca de la reforma de la Constitución ha crecido en los últimos años hasta hacerse inabarcable. Las referencias clásicas acerca de esta cuestión fueron durante decenios las citadas y colacionadas en todos los capítulos de los manuales y tratados que se venían acopiando: Pedro de Vega, Javier Pérez Royo, Javier Jiménez Campo.

En cambio, ahora es insondable y la reflexión a su propósito debe tornarse selectiva. Pero el aspecto que quiero aquí subrayar no es el cuantitativo sino el cualitativo: la aproximación al objeto de la reforma constitucional desde posiciones que han ido haciéndose cada vez más plurales y complejas, más irreductibles por tanto a toda simplificación. Y su preconización desde extremos muy distante del espectro de preocupaciones y/o «sensibilidades» axiológicas y políticas respecto del mérito o del fondo de la operación de reforma.

Además, en el curso de estos años la consideración (y/o determinación) de la coordinada europea (el encuadre de la reforma en el proceso de construcción europea, y particularmente de su dimensión política y constitucional) no ha hecho sino acentuarse de forma acumulativa. Así lo atestiguan, por lo demás, publicaciones de muy diverso corte y adscripción a los varios enfoques que pugnan por dar cuenta de la naturaleza o de la aproximación constitucional al fenómeno de la construcción europea, esto es, de la UE como experiencia de integración supranacional fundada, estructurada y regida por el Derecho.

Un Derecho europeo proveniente de fuentes normativas propias a los que se ha revestido de primacía, eficacia directa y vinculante por parte de sus sucesivos Tratados constitutivos (sus «fuentes constitucionales»), así como de un mecanismo jurisdiccional de aplicación uniforme y efecto útil del que son parte los sistemas y órganos judiciales de los EE. MM. y en cuya cúspide se emplaça a un TJUE como órgano de garantía del respeto del Derecho sobre el que se construye la UE.

Veamos más en detalle estas consideraciones y estas determinaciones.

8. EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO Y LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA

Es claro, para empezar, que transportar las categorías dogmáticas de la Constitución y el constitucionalismo al Derecho europeo suscita –desde los inicios de la integración supranacional– algunas perplejidades. Pero también que el vocablo *constitucionalismo* no alude sólo a la *teoría* adecuada a la interpretación de cada Constitución nacional, sino a un *proceso histórico* orientado a fundar, estructurar y limitar el poder político en Derecho. Esta segunda acepción resulta mucho más útil y productiva a la hora de explicar la construcción europea.

Y ha sido por este camino, desde esta segunda acepción, que el proceso histórico de configuración de la UE ha venido acompañado de una doctrina extensa que proyecta sobre aquellas categorías constitucionales: en la literatura anglosajona, Hartley o Weyler; en la francesa, Louis o Constantinescu; en la alemana, Habermas, Häberle o Pernice; en la italiana, La Pergola o Pegoraro; en la española, Rubio Llorente, Alonso García, P. Cruz Villalón, Balaguer Callejón, de Areilza, Muñoz Machado, Rodríguez Iglesias, Mangas, Garzón Clariana, Valle Gálvez, López Castillo, L. M. Díez-Picazo...

En el ámbito europeo, la idea de la «integración» como categoría jurídica de nueva generación (como la explican, entre otros, López Castillo, Pérez Tremps) vino a reiluminar un debate, esencialmente doctrinal –lo cual es, a su vez, expresivo de la dimensión nomocrática de la construcción europea–, sobre la siempre problemática «constitucionalización» de Europa.

El material de trabajo para esta discusión doctrinal –en la que el juicio de algunos autores hay mucho de *wishful thinking* y de voluntarismo, políticamente interesado– lo prestan las diversas piezas de ese sistema que en el Derecho europeo vienen conociéndose ya como «Derecho primario» u «originario» de la UE: los Tratados fundacionales (1951 y 1957), sus sucesivas reformas (1965, 1986, 1992 y 1997), la desembocadura del ciclo constitucional europea que conduce al Tratado de Lisboa (en lo sucesivo, TL) de 2009 y los Tratados de adhesión de los Estados miembros. De acuerdo con la peculiar estructura de estas fuentes, su proyección normativa ha recibido inspiración en la jurisprudencia interpretativa de los mismos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Puede afirmarse, pues, que nos hallamos ante una decisiva afirmación de su función hermenéutica de signo constitucional: sentencias del TJUE *Van Gend&Loos* (1963), *Simmenthal* (1978), *Les Verts* (1986), Dictamen EEE 1/92, etc... Pero también, en correlación con todo ello, ante la generación, de la mano de este acervo jurisprudencial europeo, de una cultura constitucio-

nal común (el *ius commune* europeo), síntesis de las tradiciones constitucionales compartidas (Imperio de la ley, derechos fundamentales, separación de poderes, garantías jurisdiccionales) (Häberle, Alonso García...).

Con estas premisas en mente, y abundando en el provecho de este esfuerzo analítico, Díez Picazo se ha preocupado por individuar al menos cuatro acepciones relevantes de la idea de Constitución europea, en estricta relación con el material de trabajo que sirva de plataforma para la reflexión: a) una primera haría referencia a la aportación protoconstituyente de las elaboraciones jurisprudenciales del TJUE (Rasmussen, Mancini...); b) una segunda intentaría identificar la Constitución europea en el conjunto trabado por las piezas fundamentales de la que cabría denominar «regla esencial del Ordenamiento comunitario», la clave de bóveda, pues, de su sistema de fuentes y las señas esenciales para su identificación (Bernhardt); c) desde una tercera óptica, Cassese ha cifrado en la identificación de la estructura de poder (el sistema político-institucional) interno de la Comunidad su «*constitución interna*», dándose aquí, como es sabido, una viva discusión en torno a la reconocibilidad de su forma de gobierno respecto de las categorías conocidas hasta hoy (¿una nueva versión bicéfala de la tradicional tripartición de poderes?; ¿un presidencialismo –cuya cabeza y motor sería el Consejo Europeo, y cuya administración bicéfala asegurarían la Comisión y el Consejo de Ministros-, incipientemente expresivo de un proceso *profederalizante*?; ¿un «objeto político no identificado»?); d) una cuarta acepción enfatiza una variante de la tercera línea de aproximación apuntada: la que ve en la Constitución europea las bases de una emergente federación de Estados a través del Derecho (Hartley, Weiler...), dando realmente por buena la versión que hace de la Comunidad europea, por encima de ninguna otra cosa, una Comunidad de Derecho, así como la generación de una cultura común de instrumentos y conceptos compartidos.

Bien es sabido, no obstante, continúa Díez Picazo, que la sola idea de Constitución encierra significaciones claramente polisémicas y polifuncionales en ese marco cultural que, no obstante, compartimos. Sabemos, efectivamente, que su acepción politológica alude a la organización distintiva de la autoridad, el poder y la producción de normas en una comunidad. Sabemos también que, desde Kelsen, podemos individuar en la pieza basilar o fundamental de un orden o sistema de Derecho la Constitución del mismo, la norma a partir de la cual, o de conformidad con la cual, resulta posible deducir la validez de las demás. Pero sabemos igualmente que el constitucionalismo occidental, esa cultura compartida sobre la que gravitamos, ha hecho acompañarse también de una *dimensión material* –relativa a sus contenidos mínimos e

inexcusables— esa *dimensión formal* acrisolada, en el tiempo, por el saber jurídico: desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la aseguración de los derechos y libertades del ciudadano y la limitación jurídica del poder público (separación de poderes y *checks & balances*) formarían, desde luego, el eje conductor del movimiento histórico que viene en denominarse, por ello, constitucionalismo.

Desde este punto de vista, cuatro desafíos se plantean a la reconsideración de la idea de «lo constitucional» dentro de un ordenamiento jurídico de escala europea y con fuentes propias de cara a la afirmación, crecientemente aceptada y crecientemente compartida, de algo que podamos llamar *Constitución europea*: a) la relativización del valor de la rigidez, la supremacía y formalidad de la Constitución; b) la afirmación de un control concentrado o compartido de constitucionalidad (de naturaleza e instrumentación jurisdiccional); c) la identificación de un poder constituyente democrático; y d) la superación del llamado *déficit democrático* (que no sería déficit tan solo, como a menudo se piensa, de origen o legitimación, sino también de ejercicio, de funcionalidad y proyección con respecto a unos fines que no son todavía universales, puesto que están limitados al ámbito económico y social, pero no el civil y político, o al menos no con la misma fuerza) (Häberle, Zagrebelski, Lanchester...).

En fin, como corolario a estas consideraciones sobre la decantación progresiva de una conciencia constitucional europea, preciso es prestar atención a las interacciones dinámicas generales ante el proceso de «*constitucionalización de Europa*» y los sistemas constitucionales de los Estados miembros. En especial, el diálogo entre sistema judicial europeo (TJUE, Tribunal de Primera Instancia y, desconcentradamente, en especial a través de la técnica del artículo 177 TCE, los órganos de justicia de los Estados miembros) y las jurisdicciones internas de los Estados miembros. Y ello alude, como mínimo, a los siguientes planos de reflexión y de análisis:

El primer desafío residiría en la recepción de un concepto común y compartido de Constitución europea, bien a través de un texto jurídico reforzado (una «Constitución» europea resultante del esfuerzo «constituyente» *ad hoc*), bien a través de una suerte de *supertratado* (ensamblaje de los textos del actual Derecho primario u originario) revestido de un conjunto de declaraciones y principios. De hecho, es de todos sabido que, conforme a la visión doctrinal de no pocos tratadistas, la UE disfrutaría *ya* de una Constitución. Una Constitución, como es obvio, mayormente iluminada por el *acquis communautaire* y por el conjunto trabado de *leading-cases* y *rulings* del TJUE, gran impulsor de la idea de «Europa» como «*Communauté de Droit*».

Segundo: la definición progresiva de lo que podemos llamar «forma constitucional» de las relaciones entre UE y Estados miembros. Dicho con otras palabras: se trataría de perfilar cómo los instrumentos jurídicos básicos de la UE afectan a la definición del orden constitucional de los Estados miembros. Cómo interactúan las relaciones de poder y las transferencias de soberanía sobre los sistemas internos de los Estados miembros, a veces realimentando, de manera paradójica, la significación de los Estados-nación.

Tercero: la entrevisión de los desafíos constitucionales de las estrategias alternativas para el «crecimiento» de la UE: de un lado, la «ampliación» (especialmente hacia el Este); de otro, la «profundización».

Cuarto: la reflexión sobre las necesarias reformas institucionales a acometer en la UE. Se trataría, en otros términos, de cómo reacondicionar el equilibrio de poderes en la UE; de cómo apuntalar la superación del llamado «déficit democrático» de la UE en materia de legitimación, de procedimientos y, sobre todo, de fines.

Quinto: la superación de la idea de constitucionalización de Europa como *cura-contra todo y bálsamo de fierabrás*. Se trataría, en otras palabras, de rehuir la tentación, tantas veces conducente al fracaso y a la frustración, de deslizarse en la pendiente del «optimismo juridizante», esa enfermedad infantil del juridicismo, sólo que en esta ocasión a escala paneuropea. Conviene, en definitiva, relativizar razonablemente la –genuina, aunque limitada– potencia transformadora del instrumento jurídico-constitucional en Europa.

Esta aproximación *constitucionalista* a la UE se ha intensificado, lógicamente, en la medida en que tenía lugar el despliegue progresivo del ciclo constituyente europeo que consumió la primera década de este siglo. Este ciclo arrancó de la insatisfacción respecto del Tratado de Niza (2001) y se prolongó a través de la «no-nata» Constitución Europea (la Convención constituyente, 2001-2003), el fallido Tratado Constitucional de 2004 (encallado en los sucesivos referéndums francés y holandés) y, finalmente, su desembocadura, tras dos años de bloqueo, en el TL (vigente desde 2009).

No se pierda de vista que el TL no sólo procedió a refundir la (a menudo denostada) maraña legislativa de los Tratados anteriores, sino también a reforzar el estatuto de la ciudadanía europea, y el Parlamento Europeo (en adelante PE) como legislador (única institución directamente electiva, legitimada en el sufragio universal de la ciudadanía europea) y, sobre todo, a proclamar la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (¡por fin un *Bill of Rights* europeo!) con el «mismo valor jurídico» que los Tratados (art. 6.2 TUE).

Ciertamente, desde entonces, la idea *constitucional* de la UE tiene más fuerza que nunca. Y ello porque desde el TL, la UE ha pasado a ser, con más

fuerza que nunca antes, algo más que una mera «organización internacional» sujeta a los patrones clásicos del Derecho internacional público que rige las relaciones interestatales y las organizaciones internacionales.

Para corroborarlo, baste pensar en que no existe ninguna genuina organización de Derecho Internacional que cuente con un Parlamento multinacional directamente electivo ni que proteja a sus ciudadanos con una Carta de Derechos supranacional y vinculante; ni que garantice a sus ciudadanos un acceso directo –a través de recurso de anulación u omisión– o un recurso indirecto –la cuestión prejudicial ante el TJUE, que actúa como garante de los principios constitutivos de primacía, eficacia directa y aplicación uniforme del Derecho de la Unión (sentencias del TJUE, desde *Van Gend & Loos* de 1963 y *Costa/Enel* de 1964).

Sí, efectivamente, desde el TL el Derecho Europeo es más *constitucional* que antes. Más que nunca en el pasado. Pero lo es, para serlo, de *un nuevo constitucionalismo* que debería calificarse como «*Derecho pos-nacional*» (en la medida en que supera la tradicional identificación entre la Constitución y el Estado nación), «*Derecho pos-estatal*» (que expresa la superación de esa identificación del Derecho constitucional con respecto del Estado como forma política, puesto que el carácter supranacional consiste en la primacía del Derecho europeo, que desplaza al estatal por consentimiento expreso o implícito de los Estados miembros), y «*Derecho pos-soberano*» (dando asimismo por superada la tradicional acepción de la «soberanía» vinculada al poder «originario» e ilimitado del absolutismo).

A partir de esas coordenadas, varias escuelas de pensamiento compiten por dar cuenta de los rasgos definitorios del fenómeno del constitucionalismo europeo de la «integración», de los «Estados integrados» de la UE. Repasando sus acepciones más significativas, podríamos distinguir tres líneas:

a) La tesis de la soberanía compartida (McCormick, entre otros), caracterizada por una comprensión pragmática de la «relativa incertidumbre» de la tradicional noción de la soberanía estatal en el contexto jurídico y político de la integración europea.

b) La tesis del contractualismo federativo (Weyler, entre otros), que propone la superación de la idea de Constitución en cuanto documento escrito o textualidad formal (con un enfoque éste que también exhibe matriz anglosajona), al servicio de una comprensión «federativa» de Europa. En esta funcionaría una jerarquía formal de la norma europea (unión «por arriba»: el Derecho) junto a una jerarquía material a los Estados (principio de «tolerancia constitucional» en la cesión y/o atribución de «competencias de soberanía»; unión «desde abajo»: el Estado).

c) Corolario del carácter complementario de las anteriores (y otras) construcciones de factura eminentemente técnica con presencia en el debate, destaca la fuerza emergente de la llamada teoría del pluralismo jurídico que subyace a la doctrina (cada vez más frecuentada) del constitucionalismo multinivel. Ingolf Pernice, Albrecht Weber o Yves Mény serían, entre otros muchos autores, algunos destacados exponentes de esta aproximación al carácter dialogal, abierto y complementario de un constitucionalismo europeo que conjuga el Derecho constitucional europeo y el Derecho constitucional de los EE. MM.

Ello presupone, comporta y exige –y todo ello al mismo tiempo– un diálogo del TJUE con los Tribunales Constitucionales y con el Poder Judicial de los EE. MM. Este diálogo puede conocer momentos de tensión: así, en Italia (caso *Granital* de 1984), en Alemania (casos *Solange I* de 1974, *Solange II* de 1986, *Tratado de Maastricht* de 1993, *TL* de 2009...), en Francia (Decisión del Consejo Constitucional francés sobre el TL en 2004) y últimamente en España (Decisión constitucional sobre el TL en 2004). Y, en la jurisprudencia del TJUE sobre casos de especial relieve y conflictividad: casos de la Euroorden, juicios en contumacia (rebeldía) en 2013; desahucios en 2014, asunto éste, por cierto, que el TJUE ha enfocado con un ángulo europeo que ha marcado la diferencia respecto de la respuesta que habían recibido antes en los tribunales internos, Tribunal Constitucional español incluido.

De este diálogo interordinamental y jurisprudencial resultan dos consecuencias relevantes para una «teoría constitucionalmente adecuada» (Stern, Hesse, Häberle...) del Derecho constitucional europeo: a) de un lado, la superación de los últimos vestigios del viejo monismo jurídico (el ordenamiento interno acoge por una «compuerta» o «escotilla de respiración» las normas internacionales y decide incorporar, a partir de ese momento, su también «Derecho interno») a favor del pluralismo jurídico (que reconoce la existencia de ordenamientos autónomos con principios relacionados basados en los criterios de eficacia y aplicabilidad, y no en las categorías dogmáticas de la jerarquía normativa); b) de otro, la conceptualización de la idea de la «primacía» del Derecho europeo (Declaración 17 anexa al TL, sentencias del TJUE *Van Gend & Loos* de 1963 y *Costa/Enel* de 1964) como una noción diferenciada de la «supremacía» de la Constitución nacional (y en este sentido se explica la Declaración del TC de 2004 sobre el TL).

Visto todo lo anterior, habrá que subrayar de inmediato que un análisis acerca del constitucionalismo europeo requiere prestar atención no sólo a sus principios formales sino también a sus contenidos materiales.

Desde este punto de vista, habría que reconocer de entrada que no parece verosímil una reforma próxima del TL, dado que todavía requiere la regla de la unanimidad de los (todavía hoy, en negociación del Brexit) 28 EE. MM. y un laberíntico *iter* de ratificaciones nacionales sujetas al Derecho interno de los 28 EE. MM. (Art. 48 TL: ¡reformar este artículo debería ser en sí la primera prioridad de reforma de los Tratados!).

Pero aun así, en caso de abrirse paso, una eventual reforma de los Tratados orientada a reforzar sus componentes constitucionales debería asimismo contemplar contenidos materiales. Una aproximación somera, no exhaustiva, a esos aspectos materiales debería, a mi juicio, reformular los siguientes elementos:

a) Reforma del Ejecutivo comunitario. Se trataría de instituir una Presidencia unitaria del Consejo y de la Comisión, actuales expresiones de un Ejecutivo bicéfalo en la UE, para unir así en una única figura la Presidencia del Ejecutivo europeo.

b) Reforma y refuerzo del Parlamento Europeo, entre otros objetivos, para entender de una vez el reconocimiento de una genuina iniciativa legislativa parlamentaria. Actualmente, esta iniciativa se contrae al «informe de propia iniciativa» por el que el Parlamento Europeo insta a la Comisión que adopte iniciativas legislativas. El déficit a este respecto resulta más bien simbólico: no se olvide que también en los EE. MM. la iniciativa legislativa la monopolizan los gobiernos. Así sucede en España, donde transcurren legislaturas enteras sin que se produzca ninguna iniciativa legislativa parlamentaria por la vía de la Proposición de Ley. Hace mucho que en España toda la legislación adoptada por las Cortes Generales procede en efecto de la iniciativa del Gobierno (por vía del Proyecto de ley) y, de un tiempo a esta parte, casi exclusivamente por la vía del Decreto Ley. En la anterior legislatura, la mayoría absoluta del Partido Popular sólo ha interpuesto en cuatro años una iniciativa legislativa. Y ha sido –la verdad sea dicha– una falsa iniciativa, obedeciendo en realidad las instrucciones del Gobierno: se concentró, recuérdese, en la restricción de la jurisdicción universal en la Audiencia Nacional en el delito de genocidio y de lesa humanidad.

c) Además, se precisa acompasar el ciclo del Marco Financiero Plurianual (MFP) a la legislatura europea (5 años). Así, los electores podrían decidir con su voto la orientación de las prioridades del Gobierno y la equidad de los ingresos tributarios (lo que exige una reforma fiscal, recursos propios, combate al *dumping fiscal*, al fraude, a la evasión, a la elusión y a los paraísos fiscales).

d) En cuanto a otros objetivos, debería acabarse de una vez con la doble sede en los Tratados: Bruselas y Estrasburgo.

e) Banco Central Europeo: reformando su configuración (sujetando a este órgano tecnocrático a controles democráticos) y su mandato (vinculándolo al crecimiento y al empleo), autorizándolo a defender el euro, corrigiendo así los «defectos congénitos» con que nació la moneda única.

f) Institucionalización y refuerzo de los partidos políticos, de las fundaciones vinculadas a los partidos políticos, de la transparencia y dación de cuentas por su financiación y, consiguientemente, del espacio público europeo sobre el que ha escrito Häberle en cuanto requisito de la ciudadanía.

En conclusión, parece preciso acometer un nuevo ciclo constitucional que generaría con el tiempo una teoría constitucional adecuada a esa nueva arquitectura de la complejidad.

Y es imperativo, a mi juicio, cometerlo orientado a un impulso federal. Federalismo y constitucionalismo van unidos en la historia. Federar es pactar, unir –no desunir– y federar es pactar haciéndolo en la Constitución: esa maduración y profundización del constitucionalismo europeo contribuiría sin duda a reforzar la seguridad jurídica y el Imperio de la Ley en la UE, superando así el actualmente llamado «Dilema de Copenhague» por el que la UE verifica los requisitos de acceso antes de la adhesión, pero no tras la adhesión) y clarificando las reglas para una eventual «secesión» (UK, puerta de salida; *brexít*: reglas de juego para la «salida del club», ex art. 50 TUE, sabiendo todos los actores –EE. MM y UE– a qué atenerse y cómo hacerlo).

9. LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y SUS DILEMAS CONSTITUCIONALES

El dilema crucial al que todavía hoy se enfrenta el avance y profundización del constitucionalismo europeo –es decir, la teoría constitucional a propósito de la construcción europea– reside en la afirmación de la voluntad política dimanante de las urnas sobre los poderes fácticos que escapan a todas las formas de legitimación y control de responsabilidad (y de dación de cuenta) que hacen reconocible el principio democrático tanto a escala nacional (en los EE. MM, en cada Estado miembro) como supranacional (en la integración europea).

La única forma razonable y verosímil de romper el maleficio que el «miedo» y el «nerviosismo» de los mercados imponen a la capacidad de financiación a corto plazo de los Estados del euro es simplemente actuar juntos. No individualmente, lo que solamente extrema las debilidades y las vulnerabilida-

des de cada uno de los miembros de la eurozona, sino ejecutando un plan común de defensa mutua y refuerzo compartido de la confianza del conjunto en la moneda que comparten. Una vez más, el Banco Central Europeo debería actuar como garante de liquidez y prestamista de último recurso, a los Estados y no sólo a los Bancos que se enriquecen comprando la deuda soberana de los Estados que se han empobrecido y endeudado rescatando previamente a esos mismos Bancos. Y deberemos conformar, además, un *Tesoro Europeo*, con un responsable europeo de finanzas europeas (un ministro europeo de finanzas, reconocible como tal). Y disponer en el menor plazo posible de una Agencia Europea de Deuda, capaz de emitir eurobonos que den lugar a una mutualización racional y convenida de hasta un cierto porcentaje de la deuda de los Estados (hasta un 60%) en modo que podamos conseguir entre todos tipos de interés asumibles en plazos manejables, aligerando así la carga del servicio financiero sobre los presupuestos. Por su parte, el Banco Europeo de Inversiones debería aumentar también su hasta ahora raquílica «potencia de fuego» inversora, pasando de sus actuales reservas (alrededor de 80.000 millones de euros) al entorno de los 400.000 millones de euros: el objetivo es emitir *Project Bonds* de orientación finalista para financiar redes transeuropeas en infraestructuras, transportes, energías renovables y comunicaciones, todas ellas orientadas a la generación de empleo y, en especial, de empleo joven.

Pero lo más importante es que la Comisión y el Consejo acierten a formular –de una vez, con rigor– un plan sostenido a medio y largo plazo de crecimiento y empleo, con inversiones selectivas en formación, innovación, investigación, diseño, biotecnologías. Crecimiento sostenible, verde, solidario, no basado en el consumo destructivo ni en el endeudamiento insostenible. Es claro que para ello hacen falta recursos, europeos y nacionales. Y ello comporta hablar de un nuevo *Pacto Fiscal*. Y esto no consiste sólo en velar por la reducción (y «disciplina») del gasto, sino por la aseguración de los ingresos proporcionados a la necesidad imperiosa de preservar el modelo social y la capacidad cohesiva e integradora –territorial, social e intergeneracional– del propio proyecto europeo, tal y como quedó establecido en el Tratado de Lisboa.

Este horizonte, a su vez, exige la determinación de combatir las insostenibles inequidades fiscales *entre* los EE. MM (armonización fiscal, luchando contra el *dumping* fiscal). Pero exigirá también remover las injusticias en el reparto de las cargas tributarias *en el interior de los EE. MM*: mientras las rentas del trabajo están por lo general saturadas, las rentas de capital, los beneficios empresariales y las grandes fortunas navegan libres en el éter de la desfiscalización, a través de todo tipo de figuras interpuestas al servicio de los menos, que son los más poderosos, los mejor asesorados para eludir no ya sólo

su cuota de solidaridad en la salida de la crisis sino sus responsabilidades cívicas más elementales.

Es imprescindible apostar también por unos presupuestos de la UE al alza; presupuestos crecientes, no a la baja: la UE no padece ni déficit ni deuda pública acumulada. En consecuencia, el Marco Financiero Plurianual debe ser proporcionado a las ambiciones que la UE dice proclamar. Habrá de contarse para ello con los llamados recursos propios de la UE. Lo que incluye, hay que añadir, la definitiva adopción y entrada en vigor de la tantos años aplazada *Financial Transaction Tax* (tasa/impuesto sobre las transacciones financieras), junto con impuestos prohibitivos contra la especulación *intradie*, impuestos ecológicos (*carbon taxes*). Complementariamente, debe ser acometida una lucha frontal, paneuropea, contra el fraude, la evasión fiscal, y por la erradicación de los paraísos fiscales. Se suma al cuadro de objetivos la incorporación de una Agencia Europea de Calificación. Sólo ese *mix* puede darnos la medida de un *Pacto Fiscal* merecedor de ese nombre: no ese constructor ideológicamente sesgado y políticamente contraproducente que ha dado en llamarse *Fiscal Compact*.

Si acertamos a hacer esto, estaremos no sólo oponiendo un nuevo guion alternativo a la salida de la crisis. Estaremos además relanzando el proyecto europeo en su conjunto. Inyectando savia nueva en la fuerza de persuasión, en la autoridad y hasta en la sugestión emocional de la dimensión supranacional de nuestra identidad ciudadana.

De forma muy especial, debemos vincularlo al esfuerzo de relanzamiento de la dimensión política y la ambición constitucional de la UE. Los derechos fundamentales, la democracia representativa, el Estado de Derecho, las tradiciones constitucionales comunes consagradas como principios jurídicos del Derecho de la UE (art. 6.3 TUE). Y por descontado a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE, con 54 artículos), que entró en vigor con el TL «con el mismo valor jurídico de los Tratados» (art. 6.1 TUE), además del (incumplido, tras el decepcionante Dictamen 2/13 del TJUE, de 14 de diciembre de 2014) mandato de que la UE se adhiera al CEDH (art. 6.2 TUE).

En concreto, cobran singular importancia el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ; Título V TFUE, arts. 67 a 89), la cooperación judicial fundada en los vectores del reconocimiento y la confianza mutua, la aproximación normativa, la convergencia, la armonización, el refuerzo de la cooperación activa y la formación europea de los operadores jurídicos, con particular atención a la de abogados, fiscales (el ministerio público) y jueces y magistrados.

Al final del camino, lo más importante, claro, sigue siendo a fin de cuentas asegurar la capacidad de la UE de enganchar a una nueva generación de

ciudadanos europeos en la conformación de un *demos* con la envergadura y estatura de un proyecto en busca de Constitución.

10. UNA REFLEXIÓN CONCLUSIVA SOBRE LAS DIFICULTADES DE LA REFORMA EN ESPAÑA

A fines de abril de 2018, la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE) –agrupación de profesores de Derecho Constitucional con implantación en toda España– celebró su Congreso anual en la Universidad de Málaga. Personalmente me he esforzado por participar de sus actividades a lo largo de toda mi actividad académica y profesoral: también en esta ocasión he disfrutado la fortuna de tomar parte en el Congreso, una ocasión distinguida para re-encuentrar colegas admirables y apreciados, conversar y discutir preocupaciones compartidas.

La reunión periódica de los docentes e investigadores de la disciplina mide el pulso de nuestras inquietudes prioritarias, pero también, ante todo, del estado de revista de la propia Constitución y el orden constitucional.

En esta ocasión señalada, el Congreso de la ACE de 2018 viene a coincidir en el tiempo con el 40 aniversario de la Constitución española de 1978, un tiempo de maduración requerido de reflexiones parejas a la envergadura de tan excepcional aniversario, nunca antes alcanzado en nuestra atrabiliaria constitucional: la Constitución de 1876 (Restauración canovista y turnismo pactado con el Rey) estuvo solo formalmente vigente hasta 1923 (año de su suspensión por la dictadura del general Primo de Rivera), a costa de padecer varios períodos de suspensión, pero en ningún caso alcanzó ni la legitimación de ejercicio ni el desarrollo normativo y jurisprudencial que ha disfrutado la Constitución de 1978, sin duda la mejor de nuestra historia.

Los sucesivos Congresos de la asignatura nos han permitido, en efecto, datar, en una sucesión de episodios, la preponderancia de la jurisprudencia del TC a la hora de delimitar el contenido y alcance de los derechos fundamentales y las líneas relevantes de la interpretación de la Constitución, la construcción y deterioro del Estado autonómico, la emergencia del problema de los hechos diferenciales, la integración europea, y últimamente, cómo no, el impacto de la llamada «cuestión catalana» sobre el desencadenamiento de una crisis constitucional (desde 2015 en adelante) de una gravedad tan enorme como carente de precedentes.

Me cuento hace ya muchos años entre quienes denuncian «fatiga de materiales» en una arquitectura constitucional que rechina ya hace tiempo por mu-

chas de sus costuras, pero también entre quienes abogan por una reforma, en serio, de la Constitución que pueda ser completada por sus propios procedimientos (Título X CE, arts. 167 a 168 CE). Lo que sería expresivo en sí de una maduración democrática sin precedentes en nuestra torturada historia de disrupciones violentas y quiebras de hecho o fácticas de nuestras constituciones históricas, en una sucesión de asonadas, cuartelazos, pronunciamientos, sublevaciones militares, guerras civiles e inmenso derramamiento de sangre. Una historia desdichada que sólo en la transición y ciclo constituyente condujo en 1978 a una Constitución políticamente consensuada, democráticamente legitimada, jurídicamente normativa y cuya garantía de supremacía es confiada a un Tribunal Constitucional y a un Poder Judicial homologables en todo a la «democracia avanzada» apuntada en el Preámbulo que redactó Tierno Galván.

Y hace ya tiempo también que en los Congresos de la asignatura se constata un amplio acuerdo profesoral y científico acerca de la conveniencia de acometer una reforma de la Constitución que la actualice, poniendo en hora sus disposiciones más obsoletas, y relance su capacidad de integración. Este entendimiento abarca, además, posiciones ideológicas y preferencias políticas muy distintas entre sí, expresivas del pluralismo cada vez más acentuado que delinea el paisaje político y social español.

Pero hace asimismo mucho tiempo que a las consideraciones doctrinales se acompañan otras, de cariz eminentemente crítico respecto de la incapacidad mostrada hasta ahora por la representación política de la ciudadanía a la hora de liderar y completar con éxito esa tarea de reforma constitucional, aún a día de hoy pendiente, una y otra vez preterida.

Esta crítica se recrudece cuando se constata que hace demasiados años que se la posterga a pesar de los numerosos llamamientos y las crecientes alarmas que se han ido encadenando, esgrimiéndose de forma cada vez más manida que «no es el momento» (nunca lo es) «por falta de consenso». Porque durante todos estos años ha debido recordarse que el consenso no precede nunca a la discusión y al debate, sino al revés. ¡Y que, si nadie asume su responsabilidad de sentarse a conversar con opiniones distintas o contrarias a las propias, ningún consenso caerá del cielo como si fuese «fruta madura» o «precipitación meteorológica», puesto que el único acuerdo alcanzable dimanará de compromisos y concesiones mutuas entre posiciones inicialmente distantes o incluso opuestas entre sí!

En el horizonte de la reforma constitucional coexisten por lo tanto objetos *políticos* y obstáculos igualmente *políticos* –no técnicos ni doctrinales–, por donde quiera que enfoquemos el examen del problema y decidamos abor-

dar el consiguiente desafío. ¡Se trata de que la doctrina y ciencia constitucionales ayuden a su reforma y, en lo posible, la exijan!

No obstante, existen también, por su lado, dos grandes dificultades que deben ser acometidas con la implicación destacada de la ciencia constitucional, esto es, con la ayuda y compromiso inexcusable de cuantos hemos dedicado alguna parte de la propia vida a explicar los principios teóricos y mecanismos prácticos del orden constitucional de convivencia en democracia, lo que es tanto como contribuir a su legitimación y a su rendimiento.

Un primer desafío reside en acometer la ofensiva a la que desde hace ya bastante tiempo viene siendo sometida la transición democrática y su resultado constituyente, que es la Constitución que ahora cumple 40 años. Efectivamente, de la mano de un conglomerado de concausas y factores determinantes, lo cierto que es que los fundamentos históricos de los que trae causa la actual Constitución –perfectible, como todas– están siendo cuestionados desde un ejercicio de ablación de la memoria colectiva que hizo posible aquellos pactos en condiciones irrepetibles, cuando no de arrogante ignorancia y desprecio de la verdad de aquellos supuestos heredados de tantas y tan determinantes experiencias (y sufrimientos) en el inmediato pasado.

El segundo desafío al que los constitucionalistas podemos contribuir reside en la reivindicación de la vinculación inexorable entre democracia y Constitución, explicando que no existe otra democracia «real» y al mismo tiempo «posible» que la democracia constitucional. Ni existe otro orden democrático que el que responde a los supuestos del Estado constitucional. Y viene esto a cuento de la insistente deslegitimación de la actual Constitución –aquejada, sí, reitero, de fatiga de materiales– sobre la base de una lectura distorsionada, distópica y manipulativa del principio democrático que pretendería que alguna suerte de reinención «asambleísta»; «inmediatista», «directa», «instantaneísta» o incluso «espontaneísta» de la propia democracia ¡vendría a contraponerse con la «rigidez formalista» de la Constitución!... ¡y que habría de ser «superada» por la «voluntad del pueblo» o las «masas» en «la calle»!

Ante esta acometida, sigue siendo tarea indisponible e intransferible de los profesores de Constitucional estudiar a quienes se forman en el conocimiento del Derecho –especialmente a los más jóvenes, estudiantes en las aulas– que nunca ha sido ni es verdad que la democracia consista sin más en «decidir por mayoría»: la democracia consiste, primero y por encima de todo, en reglas de juego vinculantes y previamente acordadas, en la supremacía de la Constitución e imperio de la ley, libertades públicas, y en la garantía del pluralismo, protección de minorías y tutela de derechos individuales blindados

contra cualquier mayoría (circunstancial y reversible) por un poder judicial imparcial e independiente.

Como es asimismo un deber insoslayable reivindicar, por tanto, la plena validez y vigencia de los mecanismos de reforma de la Constitución consignados en su texto, para que, por vez primera en nuestra historia, del mismo modo en que en la transición se apuntaló el esfuerzo del tránsito de «*la ley a la ley*», pueda en España abrirse paso a un tiempo de cambio con visión de futuro «desde la Constitución a la Constitución»... ¡mediante sus propios cauces (Título X CE) por vez primera en nuestra historia!

Y viene todo esto a cuento de un aniversario histórico –40 años de la Constitución– empañado por la irradiación del secesionismo unilateral, el independentismo catalán confrontado a la legalidad y a la Constitución, y la reputación democrática de España atacada como nunca en la UE y en el exterior.

Es ésta toda una tarea, intergeneracional, exigente –épica, incluso– para quienes hemos hecho de nuestro compromiso con el orden constitucional no sólo un proyecto ético, sino una profesión; aún más, una vocación, de esas que merece la pena toda una vida en el empeño.