



CONSEJO DE ESTADO

INFORME SOBRE MODIFICACIONES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Febrero, 2006



CONSEJO DE ESTADO

Nº: E 1/2005

S E Ñ O R E S :

Rubio Llorente, Presidente
Lavilla Alsina
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
De Mateo Lage
Sánchez del Corral y del Río
Manzanares Samaniego
Vizcaíno Márquez
Aznar López
García de la Concha
Fuentes Quintana
Montalvo Correa
Conde-Pumpido Tourón
Sanz Roldán
Carnicer Díez
Díez-Picazo y Ponce de León
De Fuentes Bardají
Álvarez Junco
Menéndez Menéndez
Diez de Velasco Vallejo
Puig de la Bellacasa y Urdampilleta
Valderas Cañestro
Badiola Díez
Gómez-Ferrer Morant
Meilán Gil
Quintás Seoane
Cruz Villalón
Gómez Mendoza
Martín Oviedo, Secretario General

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 16 de febrero de 2006, con asistencia de los señores que al margen se expresan, aprobó por mayoría el siguiente informe. Formularon votos particulares los Consejeros don Manuel Díez de Velasco Vallejo, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León y don José María Aznar López, el último de los cuales votó en contra:



CONSEJO DE ESTADO

I. INTRODUCCIÓN

1. La solicitud del Gobierno

Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, el Gobierno ha solicitado *"del Consejo de Estado, en Pleno, que informe sobre las modificaciones de la Constitución Española que se contienen en el documento que se acompaña (...) en los términos y con los objetivos reflejados en el referido documento"*.

2. Contenido de la consulta

2.1. Objeto de la consulta

La consulta se divide en tres apartados. El apartado I (**Introducción**) expone las ideas directrices de la proyectada reforma constitucional en la forma que más abajo se recoge.

El apartado II (**Modificaciones constitucionales**), que es el más extenso, está dividido a su vez en cuatro partes. En cada una de ellas se exponen las razones por las que el Gobierno considera necesaria la modificación constitucional y se precisan las cuestiones que aquel plantea al Consejo. A estas preguntas concretas se añade en todas las partes, salvo en la primera, una cuestión abierta, que



CONSEJO DE ESTADO

ofrece al Consejo la posibilidad de pronunciarse sobre aspectos de la reforma que quizá tendrían difícil acomodo en una u otra de aquellas preguntas.

Las cuatro partes de este apartado II son las siguientes:

1.ª La supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono.

2.ª La recepción en la Constitución del proceso de construcción europea.

3.ª La inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas.

4.ª La reforma del Senado.

En el apartado III (**Procedimiento y plazo**), además de indicar el plazo que el Gobierno fija, en términos flexibles, para la emisión del Informe, ofrece al Consejo la posibilidad de abordar *“el estudio de otros aspectos de las mencionadas modificaciones o estrechamente relacionados con ellas, que considere conveniente tener en cuenta para completarlas o mejorar su calidad técnica”*.

2.2. Ideas directrices de la reforma proyectada

Además de las razones que en relación con cada uno de los puntos de la reforma proyectada se ofrecen en la parte correspondiente del apartado II de la consulta, cuyo texto se reproduce en la parte correlativa del presente Informe, las ideas directrices de la proyectada reforma se exponen en la Introducción de dicha consulta en los términos siguientes:



CONSEJO DE ESTADO

“La Constitución Española de 1978 es la culminación y el símbolo más representativo de un éxito colectivo. Consagra la recuperación de la libertad, y ofrece el marco apropiado para la consolidación definitiva y el continuo perfeccionamiento de nuestra democracia, por medio del modelo de sociedad que perfila, de los valores, derechos y deberes fundamentales que reconoce, promueve y protege, de los poderes del Estado que instituye y de la estructura territorial que diseña.

El proceso y el método seguido para su aprobación la convierten, además, en un éxito compartido. Elaborada con la intervención de todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria, bajo el signo del diálogo y la búsqueda del consenso, el texto de 1978 es realmente una Constitución de todos.

La votación en las Cámaras así lo avaló. El amplísimo apoyo mostrado después por los ciudadanos en el referéndum aprobatorio reflejó con claridad que el acuerdo político alcanzado contaba con un claro aliento social.

En contraste con otras muchas de nuestra historia constitucional, vinculadas a una determinada posición política o a las preferencias de una sola parte de la sociedad, la de 1978 es una Constitución comúnmente aceptada, una norma colectiva que, por pertenecer a todos, nadie puede reclamar en propiedad. No es de extrañar, en consecuencia, que sea la que más estabilidad auténticamente democrática haya proporcionado a la España de los dos últimos siglos.



CONSEJO DE ESTADO

Los ciudadanos así lo han entendido, y así lo valoran. De ahí que, desde su aprobación, haya sido aceptada como marco regulador de nuestra convivencia.

La Constitución afrontó sin complejos los retos históricos que pervivían irresueltos al iniciarse la Transición y acertó con claridad en la determinación de las grandes opciones que conforman sus contenidos fundamentales: Estado social y democrático de Derecho, Monarquía parlamentaria, democracia representativa, Estado de las Autonomías, justicia constitucional...

Bajo el amparo de la Constitución, la España del último cuarto del siglo XX y principios del XXI ha conocido un periodo prolongado de normalidad democrática en el que se han sucedido varias alternancias en el gobierno, y en el que han podido desarrollar sus programas respectivos las fuerzas políticas que han obtenido, sucesivamente, el apoyo mayoritario de los españoles.

Todas las opciones con apoyo ciudadano han obtenido representación y han encontrado acomodo en las instituciones, sin que haya resultado excluida ninguna que respetara los principios democráticos y las reglas básicas de convivencia.

En los veintiséis años de vigencia de la Constitución se han consolidado y fortalecido los diversos poderes públicos e instancias institucionales. Nuestra sociedad ha experimentado un continuo e intenso proceso de modernización, desarrollando los distintos pilares de un Estado del Bienestar. Se ha avanzado en la equidad social y territorial, se ha promovido la igualdad entre hombre y mujer y, por



CONSEJO DE ESTADO

último, se ha abordado con ambición la protección social y la solidaridad.

España se ha integrado activamente en el proceso de construcción europea, ha superado décadas de aislamiento y siglos de nociva singularidad, recuperando así un papel internacional acorde con su historia y su cultura, y proyectando una nueva imagen de nación moderna, comprometida en la persecución de la paz y activa en la cooperación.

Las Constituciones, también la nuestra, nacen siempre con vocación de continuidad y permanencia. El progreso de las sociedades requiere de la seguridad y confianza que sólo los países institucionalmente estables son capaces de proyectar.

Ninguna sociedad madura pone en duda la vigencia de sus valores fundamentales. Ninguna somete a cambios frecuentes o poco reflexivos el marco general en el que quiere desenvolverse, ni altera las reglas del juego para operar en el mismo. Tampoco lo ha hecho la sociedad española, que sigue considerando a su Constitución como marco estable para su convivencia futura.

Sin embargo, los textos constitucionales no pueden pretender ser definitivos, ni aspirar a permanecer intangibles, si se quiere que continúen sirviendo con fidelidad a los objetivos que se han marcado desde su origen. Las generaciones posteriores a la constituyente tienen también el derecho de revisar sus formulaciones, manteniendo el hilo de continuidad que reside en sus valores, en sus principios y en sus opciones fundamentales.



CONSEJO DE ESTADO

En tanto que fundamento de la convivencia colectiva, las Constituciones no pueden ser indiferentes ni insensibles a los cambios relevantes que se producen en la comunidad. Normalmente la respuesta o adaptación a esos cambios procede del legislador democrático o viene propiciada por la interpretación constitucional. Sin embargo, a veces, el mantenimiento del vigor normativo de la Constitución hace inevitable modificar el texto de la misma.

De hecho, como enseña el Derecho Constitucional comparado, la adaptabilidad de las constituciones es un valor positivo para su pervivencia. Las más duraderas y estables, las que obtienen un indiscutido aprecio ciudadano, son las que han sido capaces de introducir reformas parciales. Por ello mismo, no son nada infrecuentes las reformas constitucionales en muchos de los países que, junto a nosotros, forman parte de la Unión.

Ahora bien, el acierto en los procesos de revisión constitucional depende de la conjunción de varios factores, a saber:

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

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

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

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



CONSEJO DE ESTADO

Y, en fin, como no puede ser de otro modo, es condición imprescindible que las reformas se lleven a cabo respetando escrupulosamente los mecanismos establecidos en la Constitución, pues el respeto a las reglas y a los procedimientos prefigurados forma parte de la esencia misma de la democracia.

Después de más de un cuarto de siglo de vigencia de nuestra Constitución, parece haber llegado el momento de introducir en ella algunas modificaciones que, cumpliendo con esas premisas, permitan situarla en disposición de servir a la España del siglo XXI.

Porque nuestra realidad ha cambiado desde 1978, y resulta muy aconsejable que, para preservar la vitalidad normativa del texto, algunas de las disposiciones de nuestra Constitución se acomoden a ese cambio.

El debate sobre qué ha cambiado y en qué sería conveniente, en consecuencia, reformar la Constitución, podría ser objeto de interpretaciones distintas. Pero es generalizada la idea de que los cambios deben ser restringidos, y han de limitarse a aquellos aspectos sobre cuya oportunidad y necesidad exista una muy amplia coincidencia.

En el Discurso de Investidura el Presidente del Gobierno expuso las razones por las que, en este tiempo nuevo del siglo XXI, consideraba oportuno introducir determinadas reformas en nuestra Constitución. Las concretó y delimitó con claridad, y ofreció diálogo y consenso a las fuerzas políticas para impulsarlas y llevarlas a cabo.

Tales reformas se ciñen a la modificación, sin alterar las previsiones que afectan al Príncipe de Asturias, de las normas que



CONSEJO DE ESTADO

regulan el orden de sucesión a la Corona, con el fin de adaptarlas al principio de no discriminación de la mujer que, con carácter general, consagra la propia Constitución; a la incorporación del compromiso asumido por los ciudadanos españoles con el proceso de construcción política de Europa; a la recepción constitucional de la denominación oficial de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades Autónomas; y a la reforma del Senado, para hacer de esta Cámara lo que la propia Constitución define y proyecta para la misma, el espacio institucional para la defensa de la identidad, autogobierno y participación de las Comunidades Autónomas, reforzando la cohesión y la colaboración en una tarea común.

En el último tercio del siglo XX ha avanzado poderosamente el valor y la demanda de superación de todas las discriminaciones, en particular las existentes entre hombres y mujeres, una superación que no tiene por qué detenerse ante ninguna esfera, y menos aún si esta última reviste carácter público.

La integración europea, producida casi ocho años después de elaborado el texto constitucional, ha actuado como factor estructurante de la identidad política española y, además, ha incidido en el ejercicio real de las competencias atribuidas a los diferentes poderes y órganos del Estado. Aun cuando la única reforma constitucional llevada a cabo hasta ahora se origina en la adecuación al Tratado de Maastricht del reconocimiento del derecho de sufragio pasivo de los extranjeros en elecciones municipales, el hecho mismo de la integración, nuestra propia pertenencia a la Unión y lo que ésta comporta, no ha sido incorporado a la Constitución y carece de reflejo en la misma.



CONSEJO DE ESTADO

Asimismo, el Estado de las Autonomías, inacabado en su diseño constitucional, se ha articulado, desarrollado, consolidado y convertido en una realidad. Ha arraigado en la conciencia colectiva, que ha asumido con naturalidad la intensa transformación de un Estado centralizado en otro profundamente descentralizado, en un proceso llevado a cabo en un breve período de tiempo y con un grado de consenso realmente ejemplares. Los ciudadanos han avalado ese cambio, apreciando las ventajas de la cercanía de los poderes y de la Administración.

Algunos de los desfases producidos por el hecho de que la Constitución anunciara el Estado de las Autonomías, pero sólo lo regulara en sus piezas fundamentales, han sido en parte resueltos por la adaptación e integración realizada interpretativamente por el Tribunal Constitucional. Pero estos cambios, asentados ya en la realidad, incluida la denominación de las Comunidades y Ciudades autónomas, no encuentran todavía reflejo en la letra de la Constitución.

El avance armónico del Estado de las Autonomías exige que la definición del Senado contenida en la Constitución se corresponda eficazmente con la composición y funciones propias de una genuina Cámara territorial. Sólo una reforma del Senado de alcance constitucional puede conformarlo como una Cámara con identidad propia, representativa de la diversidad, cuya actividad no constituya una reiteración corregida del proceso parlamentario ya transitado en el Congreso de los Diputados.



CONSEJO DE ESTADO

El Gobierno considera que todas las propuestas que integran esta reforma de la Constitución precisan el concurso de todos, con el objeto de alcanzar un gran acuerdo político y social que la respalde. En efecto, si bien las constituciones para durar tienen que adaptarse a las transformaciones sociales, no debe caerse en el error de abrir sucesivos procesos de revisión constitucional, pues la norma que recoge los fundamentos de la convivencia requiere de la estabilidad necesaria para que la cultura política de la comunidad no se vea sacudida por un continuo replanteamiento de los principios y valores sobre los que descansa.

Las cuatro modificaciones que integran la reforma que propone el Gobierno, a pesar de su aparente heterogeneidad, obedecen a una misma razón de ser. Ninguna de ellas pretende rectificar o invertir el núcleo de las decisiones adoptadas en su día por el constituyente. Antes bien, tienen en común su voluntad de completar y culminar en cada caso, adaptándolo al presente, el diseño normativo de 1978.

Por ello mismo, se quiere abordarlas conjuntamente y con igual grado de consenso".

3. Naturaleza, contenido y estructura del Informe

La consulta formulada por el Gobierno y la vía seguida por este para plantearla determinan necesariamente la naturaleza del informe solicitado, el marco al que ha de ajustarse su contenido y la forma de estructurarlo.



CONSEJO DE ESTADO

3.1. Naturaleza del Informe

El artículo 2.3, párrafo primero, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, en la redacción que le da la Ley Orgánica 3/2004, establece que *"el Consejo de Estado realizará por sí o bajo su dirección los estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite y elaborará las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende. Podrá llevar a cabo igualmente los estudios, informes o memorias que juzgue oportuno para el mejor desempeño de sus funciones"*.

Este precepto otorga al Gobierno dos vías diferentes para actuar: la de solicitar al Consejo de Estado *"estudios, informes o memorias"* y la de encomendarle la elaboración de *"propuestas legislativas o de reforma constitucional"*. El Gobierno ha optado por la primera de estas vías. El acuerdo adoptado es, en efecto, el de solicitar del Consejo de Estado un *"informe sobre (...) modificaciones de la Constitución Española"*, sin encomendarle –como también habría podido hacer- la elaboración de una o varias *"propuestas de reforma constitucional"*.

Esta opción ha sido, con seguridad, meditada y tiene un significado político que condiciona de manera decisiva la tarea encomendada al Consejo de Estado. No se le pide la redacción de textos que den forma jurídica a una reforma cuyo contenido está ya definido, sino un informe acerca de las modificaciones constitucionales que la consulta define solo por relación a los objetivos que el Gobierno considera deseables.



CONSEJO DE ESTADO

Es evidente que estos objetivos pueden ser entendidos de distintos modo. El Consejo de Estado ha estimado, en consecuencia, que el Informe debe hacer el análisis crítico de las diversas posibilidades, para ofrecerlas como alternativas posibles a partir de las cuales cabe elaborar el proyecto de reforma constitucional.

La naturaleza del trabajo que se le encomienda ha llevado al Consejo de Estado a incluir en el Informe redacciones posibles de los preceptos constitucionales en los que habría de plasmarse la reforma o cuya modificación resultaría indispensable como consecuencia de esta. Pero estas redacciones se ofrecen siempre, como de modo reiterado se subraya, a efectos indicativos: para ilustrar el razonamiento y no, en modo alguno, como propuesta de textos para ser incorporados a un proyecto de reforma ya concluso. Ni una propuesta de ese género es propia de un informe, ni hubiera sido posible formularla sin desbordar el marco establecido por el Gobierno para emitir el que del Consejo de Estado solicita.

3.2. Contenido del Informe

El contenido del Informe ha de situarse obligadamente dentro del marco establecido por la consulta; centrarse, sin excederlo, en el estudio de los cuatro puntos cuya modificación se proyecta, y respetar de manera estricta las condiciones a las que a juicio del Gobierno ha de sujetarse la reforma.

Ese marco es el que recoge la Introducción del documento remitido, reproducida más arriba en su integridad. Dejando ahora de lado la descripción que en ese texto se hace de los cuatro puntos a



CONSEJO DE ESTADO

los que se limita la reforma, conviene subrayar aquí dos condiciones esenciales que el Gobierno impone a esta.

En primer lugar, la de que ninguna de las cuatro modificaciones que se quiere abordar *“conjuntamente y con igual grado de consenso (...) pretende rectificar o invertir el núcleo de las decisiones adoptadas en su día por el constituyente. Antes bien, tienen en común su voluntad de completar y culminar en cada caso, adaptándolo al presente, el diseño normativo de 1978”*.

En segundo término, la que deriva del convencimiento de que el acierto de todo proceso de revisión constitucional y, por ende, claro está, de la reforma que ahora se proyecta, depende de cuatro condiciones que fueron transcritas al recoger aquí los términos de la consulta.

La primera de estas condiciones obliga al Consejo de Estado a respetar estrictamente los *“valores”, “principios” y “opciones fundamentales”* que el constituyente de 1978 y la voluntad soberana del pueblo quisieron establecer a modo de columna vertebral de nuestra Constitución. Una obligación que, por lo demás, le viene impuesta por la propia convicción de que, al margen de otras consideraciones, los *“valores”, “principios” y “opciones fundamentales”* de la Constitución han demostrado a lo largo del cuarto de siglo transcurrido de su vigencia tanto su validez axiológica como su eficacia política. Se trata, como es obvio, de los valores enunciados en el artículo 1 y desarrollados en el Título I de la Constitución: la estructuración política de España como Estado social y democrático de Derecho, la opción por la Monarquía parlamentaria



CONSEJO DE ESTADO

como *“forma política del Estado español”* y, por último y sobre todo, los principios cardinales de que *“la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”*, cuya representación ostentan las Cortes Generales, así como que *“la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española”* y que, para garantizar la autonomía de las nacionalidades y regiones, basa la organización del territorio nacional en Comunidades Autónomas.

De manera distinta, aunque no menos intensa, contribuyen a determinar el marco del Informe solicitado las restantes condiciones cuya relevancia para la tarea encomendada al Consejo es muy diversa. No es, ciertamente, función propia del Consejo de Estado la de valorar los cambios cuya introducción se plantea para asegurar que *“responden a demandas consistentes y (...) buscan resolver problemas o insuficiencias ampliamente reconocidas”*, pues tanto la valoración como el juicio son competencia de los poderes políticos. Por el contrario, sí debe el Consejo tomar en consideración la voluntad del Gobierno de que los cambios *“sean limitados y prudentes para no alterar el equilibrio en el que se sustenta el texto constitucional”*. Por último, aunque es claro que tampoco está a su alcance lograr que *“las alternativas propuestas hayan sido suficientemente maduras y sean consecuencia de un diálogo sostenido y sereno entre las fuerzas políticas y con la sociedad”* o *“que se genere un consenso asimilable al que concitó el texto que se quiere reformar”*, sí se desprenden de estas condiciones criterios relevantes para la tarea encomendada al Consejo, que habrá de llevarse a cabo de la manera que resulte más adecuada para el



CONSEJO DE ESTADO

cumplimiento de tales condiciones. Para conseguirlo, es deseable por eso que, en relación con cada uno de los puntos propuestos, el Informe ofrezca una serie de alternativas diversas por su sentido o su intensidad, analizando críticamente cada una de ellas con todo el detalle posible, de manera que las distintas fuerzas políticas que han de concurrir en la elaboración y aprobación de la reforma puedan tomar sus decisiones con la seguridad razonable de operar con textos cuyo contenido e implicaciones son producto de una reflexión serena al margen de la contienda política.

3.3. Estructura del Informe

El presente Informe, como ya se ha dicho, sigue muy de cerca los términos de la consulta formulada por el Gobierno. Por ello, las cuatro partes que siguen a esta Introducción se corresponden con las cuatro modificaciones proyectadas. En cada una de esas partes se comienza por responder de modo directo a las preguntas concretas formuladas en la consulta, sugiriendo incluso, a título ejemplificativo, redacciones posibles de los preceptos que han de modificarse según las diversas alternativas que se ofrecen. Conviene insistir en el carácter meramente indicativo de esos textos, cuya inclusión pretende sólo ilustrar y concretar el razonamiento, no servir como un posible anteproyecto de reforma. En todas las partes, salvo en la primera, se ha agregado un apartado final, que incluye el estudio de otras cuestiones estrechamente relacionadas con dichas modificaciones, que no es indispensable tomar en cuenta para alcanzar los objetivos que la reforma se propone, pero que podrían completarla y perfeccionarla. En lo que toca a estas cuestiones



CONSEJO DE ESTADO

conexas, el Consejo de Estado no considera conveniente ofrecer, ni siquiera como ejemplo, la eventual redacción que haya de darse a los preceptos correspondientes.

Por último, aunque la consulta del Gobierno no hace referencia alguna a los aspectos procedimentales de la reforma, salvo la ya indicada de acometer de manera conjunta la de los cuatro puntos en los que esta se concreta, el Consejo de Estado entiende que su Informe quedaría incompleto si no incluyera una reflexión sobre el procedimiento que debe seguirse para llevarla a cabo. Por esta razón, y considerándose autorizado para ello, dada la estrecha relación que existe entre el contenido sustantivo de cualquier reforma constitucional y el procedimiento obligado para efectuarla, ha incorporado a las cinco precedentes una sexta parte en la que se analizan los problemas procedimentales. El desarrollo detallado de esta estructura es el que puede verse en el índice con el que concluye el Informe.



CONSEJO DE ESTADO

II. SUPRESIÓN DE LA PREFERENCIA DEL VARÓN EN LA SUCESIÓN AL TRONO

1. La consulta del Gobierno

La supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono es el primero de los puntos de la proyectada reforma sobre el que se solicita el informe del Consejo de Estado.

En el documento adjunto al Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005 se plantea la consulta a que se refiere esta parte en los siguientes términos:

“La Constitución de 1978 establece en su artículo 1.3 que la forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria”, y dedica el Título II (“De la Corona”) a la regulación, entre otros aspectos, del estatuto jurídico del Jefe del Estado, de sus funciones, y del orden de sucesión al trono, a partir, en este último caso, de la declaración, con la que se abre el artículo 57.1, de que la Corona “es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica”.

El precepto al que se acaba de aludir prevé que la referida sucesión “seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la



CONSEJO DE ESTADO

misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos”.

Instituyendo de este modo, como una de las reglas “siempre” aplicables a la sucesión, la preferencia del varón, y restringiendo en consecuencia la posibilidad de que las mujeres de la dinastía reinante accedan a la Corona a la hipótesis de la ausencia de hermanos varones, el Constituyente introducía una excepción a la general e inequívoca interdicción (“sin que pueda prevalecer discriminación alguna...”) de la discriminación “por razón de sexo” prevista en el artículo 14.

Esta relación de regla-excepción explica que, cuando el Estado español ratificó, el 16 de diciembre de 1983, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, suscrita en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, lo hiciese bajo la reserva de que dicha ratificación “no afectará a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española”. Y hay que tener en cuenta, a este respecto, que en el artículo 1 de este Tratado internacional se caracteriza la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil, o en cualquier otra esfera”.



CONSEJO DE ESTADO

El mantenimiento de la preferencia del varón en la sucesión al trono responde a una tradición histórica que, lejos de ser consustancial a una monarquía consagrada constitucionalmente en el seno de la forma de gobierno parlamentaria, como lo es la española actual, comporta la pervivencia cierta de una discriminación de la mujer, concreta, sin duda, en su alcance, pero que posee un innegable valor simbólico al estar inscrita en la órbita constitucional de la Jefatura del Estado.

En el momento de aprobarse la vigente Constitución, la pretensión de erradicar, con carácter general, las discriminaciones por razón de sexo era ya asumida por la mayoría de la sociedad española. Hoy, trascurridos más de veinticinco años, la propia aplicación de la Constitución, la tarea legislativa que se ha desarrollado en congruencia con ella y los cambios producidos en los patrones culturales, han llevado a la conciencia colectiva la convicción de que las discriminaciones por razón de sexo, cualesquiera de ellas, resultan, como tales, inaceptables.

La supresión de la preferencia masculina en el acceso a la Corona respondería, entonces, al sentir muy ampliamente mayoritario del pueblo español, y nos situaría en la senda de otras monarquías europeas, con un perfil constitucional y sociológico análogo al de la nuestra, que nos han precedido a la hora de llevar a cabo esa supresión, instaurando la plena igualdad por razón de sexo en la sucesión al trono.

Así ha ocurrido, en efecto, en Suecia, desde 1980 (art. 1 de la Ley de Sucesión), en Holanda, desde 1983 (arts. 24 y 25 de la



CONSEJO DE ESTADO

Constitución), en Noruega, desde 1990 (art. 6 de la Constitución) y en Bélgica, desde 1991 (art. 85 de la Constitución); previéndose, además, en estos dos últimos casos citados, la expresa salvaguarda de la posición jurídica que habían adquirido los príncipes herederos al amparo de las previsiones sucesorias anteriormente vigentes.

En consecuencia, y en relación con esta propuesta de reforma constitucional, se solicita del Consejo de Estado que se pronuncie acerca del modo de eliminar la preferencia del varón en el acceso al trono, establecida en el artículo 57.1 de la Constitución, salvaguardando expresamente los derechos del actual Príncipe de Asturias en relación con la sucesión a la Corona de España”.

2. La preferencia del varón en la sucesión al trono. Referencias al Derecho histórico y al Derecho comparado

2.1. Derecho histórico

a) La sucesión a la Corona en los reinos hispánicos ha sido hereditaria desde el siglo X, al caer en desuso la elección del monarca. Dicho sistema fue sustituido por otro, hereditario, basado en sus inicios en la costumbre.

La sucesión hereditaria a la Corona no se reguló nunca por escrito en Aragón y solo se hizo tardíamente en Navarra y en Castilla y León. En el Reino navarro, el Fuero General de Navarra recogió la costumbre observada hasta entonces (II, 4, 1). En Castilla y León, a mediados del siglo XIII, la Partida II, 15, 2 fijó el orden legal de sucesión por el que eran llamados a ésta: en primer lugar, el hijo



CONSEJO DE ESTADO

mayor, de matrimonio legítimo, del Rey, o la hija mayor si el monarca no tenía hijos varones, y, solo en defecto de hijos y descendientes de la línea recta, los hermanos del Rey y de descendientes de la línea colateral. Así, según el orden sucesorio establecido en las Partidas, la línea recta excluía a la colateral, el grado más próximo al más lejano y, en igualdad de línea y grado, el varón a la mujer y la mayor a la menor edad. Las Partidas introdujeron, además, en el orden tradicional de sucesión al trono la innovación del derecho de representación, sancionado por la Novela 118 de Justiniano, al admitir que, en la sucesión legítima, los hijos del heredero premuerto recibiesen la herencia que hubiere correspondido a su padre y, por ello, la Partida II, 15, 2 disponía que, en el caso de haber fallecido el hijo mayor del Rey, los hijos o descendientes legítimos de aquel heredaban la Corona por derecho de representación. Análoga previsión se contenía en el Fuero General de Navarra (II, 4, 1).

Quedó así establecido un orden de sucesión a la Corona que siglos después se denominaría, por influjo de los legistas estudiosos de los mayorazgos, <orden regular>. Con esa expresión se quería significar que *"en la sucesión de la Corona, sólo se llamaba a los nacidos por naturaleza de legítimo matrimonio y primero se consideraba la línea, segundo el grado, tercero el sexo y cuarto la edad"*, por emplear las palabras repetidamente dichas por los doctores castellanos.

Adquirido o confirmado el valor de ley de aquella Partida en virtud del Ordenamiento de Alcalá de 1348, el orden de sucesión a la Corona se rigió por estas previsiones hasta 1713.



CONSEJO DE ESTADO

b) Al entronizarse en la Corona de España la Casa de Borbón, la regulación de la sucesión se vio alterada. De una parte, la Ley de 18 de marzo de 1713, incorporada a los Tratados de Utrecht, contenía la renuncia de Felipe V a la Corona de Francia y disponía que, excluidas las Casas de Francia y de Austria, "*en falta del Rey de España y sus descendientes*" se llamaría a la sucesión de España a la Casa de Saboya. De otro lado, el 10 de mayo de 1713 se dictó el Reglamento para la sucesión que, aprobado por las Cortes, se promulgó como ley fundamental de la Monarquía y que, al incluirse años después en el tomo que, para completar la recopilación de las leyes de Castilla, se publicó con los autos acordados, se cita como Auto Acordado de 10 de mayo de 1713.

Este auto introdujo modificaciones en el orden de sucesión, estableciendo un régimen llamado "semisálico": en primer lugar, la sucesión correspondía a los descendientes de Felipe V con arreglo a la ley sálica (las mujeres ni heredaban ni transmitían derechos); solo en defecto de todo sucesor llamado con arreglo a la ley sálica, y con el fin de evitar la situación de trono vacante o el llamamiento a los colaterales (por ejemplo, de la Casa de Borbón o de Austria), se defería la sucesión a favor de la hija mayor del "*último reinante varón agnado mío en quien feneciese la varonía, y por cuya muerte sucediere la vacante*", restaurándose la ley sálica en la sucesión de esta mujer; en defecto de todo sucesor, se llamaba a la Casa de Saboya. La regulación se vio completada años después con la Pragmática Sanción de 23 de marzo de 1776, denominada "de matrimonios".



CONSEJO DE ESTADO

En 1789 el conde de Campomanes, Gobernador del Consejo de Castilla, presentó a las Cortes una proposición que fue aprobada sin discusión por estas (Pragmática Sanción) y elevada al Rey para su sanción, en la que se pedía la derogación del Auto Acordado de 1713 y el restablecimiento de la Ley de Partidas. El Rey la aprobó, reservándose su promulgación y publicación para el momento que considerara oportuno. Conocido su contenido, y aunque no se insertó en la Novísima Recopilación de 1805, la Pragmática Sanción fue tenida como vigente y válida por la Junta Central de Defensa durante la Guerra de la Independencia y por Fernando VII en sus testamentos de 1816 y 1818. Promulgada formalmente el 23 de marzo de 1830, se ratificó su vigencia, tras diversos avatares, el 20 de junio de 1833.

c) En el régimen constitucional, las Constituciones decimonónicas no enumeraron los requisitos para ser Rey. Aludían expresamente a la capacidad de las mujeres, reconociéndosela. No establecieron causas de incapacidad, sino que estas podían ser declaradas en cada caso por las Cortes mediante ley, como ocurrió con la Ley de 25 de octubre de 1834, que excluyó al Infante Don Carlos María Isidro de Borbón y a sus descendientes.

En todas las Constituciones del siglo XIX se estableció el mismo orden de sucesión, que, aunque no se decía, era el fijado en las Partidas, supuesta, tanto en 1812 como a partir de 1837, la vigencia de la Pragmática de 1789. En todos los casos, la sucesión se ajustaba al orden de primogenitura y representación; se prefería la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer; y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos. Con relación a los



CONSEJO DE ESTADO

herederos del trono, se respetaban los derechos del *nasciturus*. Y así, al morir Alfonso XII en 1885 dejando dos hijas y estando su esposa la Reina embarazada, no se proclamó Reina a la primogénita, Doña María de las Mercedes, no obstante ser Princesa de Asturias, sino que se esperó al parto por si nacía hijo varón, como así ocurrió en la persona de Alfonso XIII.

En caso de fallecimiento del Rey se llamaba a suceder en primer lugar a sus descendientes de las diferentes líneas. En defecto de todos estos, a los colaterales, excepto en la Constitución de 1869, que, por prever un Rey elegido por razones personales, declaraba extinguida la sucesión caso de no haber descendientes. En las restantes Constituciones, al tratar de los colaterales se prescindía de la formulación abstracta de las normas y se acudía a otra de tipo casuístico que consideraba en especial a los parientes que tenía el Rey reinante. Pero todas ellas se atenían a los mismos principios, a saber: entre los colaterales se llamaba primero a los hermanos del Rey difunto o a sus descendientes; en su defecto, a los hermanos del padre o la madre de quien el último Rey recibió la Corona, si no estaban excluidos de la sucesión; en defecto de tíos hermanos del padre o la madre, las Constituciones de 1837, 1845 y 1856 declaraban extinta la sucesión. La de 1876 admitía también a los descendientes de los tíos abuelos -hermanos de Fernando VII-, si no estaban excluidos de la sucesión. En defecto de todas las líneas anteriores, los llamamientos que podían hacerse no tenían el carácter de forzosos y en cada caso las Cortes disponían lo más conveniente para la Nación. Las Constituciones de 1845 y 1876 preveían



CONSEJO DE ESTADO

expresamente que las dudas de hecho o de derecho que pudieran presentarse en esta materia se resolverían mediante una ley.

d) Así las cosas, el orden regular de sucesión a la Corona establecido en el artículo 57.1 de la Constitución de 1978 engarza con la regulación de nuestro Derecho histórico, que arranca de la Ley de Partidas, de la costumbre de la Corona de Aragón y del Fuero General de Navarra.

2.2. Derecho comparado

2.2.1. Reformas efectuadas para suprimir la preferencia del varón

De las siete principales Monarquías de nuestro entorno europeo, cuatro han acometido reformas constitucionales para permitir la sucesión de la mujer al trono (allí donde, como en Bélgica, estaba todavía vigente la ley sálica) y para asegurar la completa igualdad de hombres y mujeres en la sucesión a la Corona: Bélgica, Países Bajos, Noruega y Suecia.

Las fórmulas empleadas en estos cuatro países han sido diversas.

En Bélgica, el artículo 85, párrafo primero, de su Constitución (texto coordinado de 17 de febrero de 1994, tras la reforma de 1991) dispone simplemente que la sucesión tendrá lugar "*por orden de primogenitura*".

En los Países Bajos, la Constitución de 17 de febrero de 1983 dispone en su artículo 25 que "*la Corona se transmitirá a la muerte*



CONSEJO DE ESTADO

del Rey mediante sucesión hereditaria a sus descendientes legítimos, teniendo prioridad el hijo o la hija mayor, con representación conforme a la misma regla". La referencia al "hijo o la hija" no equivale a una declaración expresa de igualdad de derechos. Lo significativo es la ausencia de una disposición que otorgue preferencia al varón.

La Constitución noruega, de 17 de mayo de 1814 (modificada en sucesivas ocasiones y, en especial, en 1990), dispone en su artículo 6 que *"solo tiene derecho a sucesión un descendiente (...), de modo que tenga precedente la línea más próxima sobre la más remota y la de más edad sobre la más joven"*.

En cuanto al Derecho constitucional sueco, la Ley de Sucesión de 26 de septiembre de 1810 fue modificada en 1979 (la reforma entró en vigor el 1 de enero de 1980) para establecer la igualdad de hombres y mujeres en la sucesión al trono. Su artículo 1 dispone que *"el derecho de sucesión al trono de Suecia se transmite a los descendientes varones y mujeres del Rey Carlos XVI Gustavo (...) en línea directa descendente. En tal relación los hermanos mayores y sus descendientes precederán a los hermanos más jóvenes y sus descendientes"*.

En el Reino Unido existe un rico debate sobre la conveniencia de eliminar la preferencia del varón en la sucesión al trono. Esta reforma constitucional ha recibido amplio apoyo político y ha sido objeto ya de tres proyectos de ley, que no han prosperado por dificultades asociadas al Estatuto de Westminster de 1931, pues es complicado obtener el consentimiento simultáneo de todos los



CONSEJO DE ESTADO

restantes Estados miembros de la *Commonwealth* y aventurado hacerlo con efectos exclusivos para el Reino Unido.

Sigue existiendo preferencia del varón y su línea sobre la mujer y su línea en Dinamarca, tanto en relación con los hijos y descendientes (artículo 2.1 de la Ley de Sucesión al Trono de 27 de marzo de 1953) como en relación con los hermanos del Rey fallecido (artículo 3.1 de la misma ley), aunque el 5 de junio de 2005 se anunció la decisión de iniciar los trámites para la reforma de la Ley de Sucesión al Trono a fin de eliminar ambos supuestos de preferencia del varón. También existe aún tal preferencia en el Gran Ducado de Luxemburgo (artículo 3 de la Constitución de 17 de octubre de 1869, que se remite al Pacto de 30 de junio de 1783, al artículo 71 del Tratado de Viena de 9 de junio de 1815 y al artículo 1 del Tratado de Londres de 11 de mayo de 1867).

2.2.2. Aplicación de las reformas a las personas nacidas con anterioridad a su entrada en vigor y a sus respectivas líneas

Las Constituciones noruega y belga contienen reglas específicas sobre la no aplicación de las reformas a personas nacidas con anterioridad a su entrada en vigor y a sus respectivas líneas. En cambio, en Suecia no se establecieron tales reglas en relación con los descendientes, lo que condujo a que la reforma de 1979 se entendiera aplicable al Príncipe Carl Philip, nacido el 13 de mayo de 1979, justo antes de que la reforma entrara en vigor (1 de enero de 1980). El Príncipe Carl Philip fue postergado frente a la Princesa Victoria, nacida en 1977.



CONSEJO DE ESTADO

En el párrafo quinto del artículo 6 de la Constitución noruega, que fue el precepto reformado para suprimir la preferencia del hombre sobre la mujer, se dispone que *“el artículo 6 de la Constitución, en la redacción dada al mismo el 18 de noviembre de 1905 (es decir, la anterior a la reforma), se aplicará sin embargo a aquellos que hayan nacido antes del año 1971. Para aquellos nacidos antes de 1990 puede darse el caso de que un varón tenga preferencia sobre una mujer”*. Por tanto, en relación con la específica cuestión de la igualdad de hombres y mujeres en la sucesión al trono noruego, esta disposición establece la fecha de nacimiento del sucesor (1990) como criterio de aplicación temporal de la reforma.

Por su parte, la Constitución belga contiene un Título IX de acuerdo con el cual las reglas del vigente artículo 85, que establecen la igualdad de hombres y mujeres en la sucesión al trono, serán por primera vez de aplicación en la descendencia del Príncipe Alberto (hoy, Alberto II de Bélgica), hermano del Rey Balduino. No fueron de aplicación, por tanto, en la sucesión del Rey Balduino, que se hizo con arreglo a la ley sálica (*“de mâle en mâle, par ordre de primogéniture et à l'exclusion perpétuelle des femmes et de leur descendance”*).

De todo ello cabe extraer la conclusión de que en Derecho comparado se ha considerado que la aplicación de la reforma a los príncipes herederos vivos no entraña retroactividad alguna y que, por consiguiente, para evitar ese efecto es preciso introducir un precepto que expresamente así lo disponga. Como se ha visto, esta cuestión se ha regulado en Noruega mediante una disposición incluida en el mismo artículo que establece la regla general, en tanto que en



CONSEJO DE ESTADO

Bélgica se ha llevado a un precepto que forma parte del Título IX, cuya rúbrica es la de entrada en vigor y disposiciones transitorias.

3. La supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono enunciada en el artículo 57.1 de la Constitución

3.1. Fundamento

Las reglas que establece el artículo 57.1 de la Constitución para regular la sucesión en la Corona no son una simple trasposición de normas de carácter histórico o dinástico de aplicación intemporal, sino que han sido incorporadas a la Constitución por decisión del constituyente, cualquiera que haya sido su origen o su vigencia anterior. Dichas reglas no tienen más valor jurídico que el que les presta la Constitución, y su mayor o menor presencia en nuestro Derecho histórico no altera su naturaleza de normas constitucionales positivas susceptibles de modificación. El poder de reforma constitucional es plenamente dueño de su contenido, sin constricciones externas de ningún tipo, y puede, por tanto, alterarlas libremente con arreglo a lo establecido en el Título X de la Constitución.

Tampoco pertenecen tales reglas al ámbito del Derecho privado de sucesiones, ni en el orden civil familiar ni en el orden civil patrimonial. Son, en su definición básica, normas singulares de Derecho constitucional positivo que regulan la sucesión temporal de los titulares de la jefatura monárquica del Estado, y ello con arreglo a



CONSEJO DE ESTADO

determinados órdenes y preferencias que sirven para identificar en cada momento, y entre diversas personas, al heredero al trono. Que los mencionados órdenes y preferencias se utilicen para otros fines en normas de carácter civil no les hace mudar, en cuanto hace a la sucesión a la Corona, su condición de normas singulares de Derecho público contenidas en la Constitución. Esta, que los ha incorporado a su texto, puede suprimirlos también cuando existan razones para hacerlo.

Una de las reglas que establece el artículo 57.1 es la preferencia del varón sobre la mujer cuando ambos coinciden en el mismo grado en la sucesión al trono, regla que se trata ahora de eliminar por vía de reforma constitucional. En el documento remitido por el Gobierno se exponen con alguna amplitud las razones en que se fundamenta esta eliminación. La igualdad ante la ley de mujeres y hombres es un principio universalmente reconocido y básico del ordenamiento jurídico español, tanto en los ámbitos públicos como en los privados, tras épocas de preterición femenina ya superadas. Ello ofrece base suficiente para eliminar del artículo 57.1 de la Constitución la preferencia del varón que aún figura en él, sin que sea preciso invocar otros argumentos.

Hay que señalar que la conveniencia de eliminar la preferencia del varón que establece el artículo 57.1 no nace de ninguna clase de contradicción jurídica que sea preciso salvar entre ella y la regla de no discriminación por razón de sexo que enuncia el artículo 14, ya que ambas reglas han sido establecidas por el mismo poder constituyente, una con carácter general y otra con carácter singular, limitada esta a un único objetivo: acomodar la sucesión en el trono al



CONSEJO DE ESTADO

orden histórico. Así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 126/1997, de 3 de julio de 1997, al decir que *“la conformidad con la Constitución del orden regular de sucesión en la Corona (art. 57.1) no puede suscitar duda alguna, por haberlo establecido así el constituyente”* (fundamento jurídico 7.º). Los dos preceptos, el artículo 14 y el artículo 57.1, tienen ámbitos de aplicación distintos en el texto constitucional y no se interfieren mutuamente. La conveniencia de reformar el segundo no se deriva, en suma, de ninguna contradicción jurídica con el primero, sino del progresivo deterioro que ha sufrido en la conciencia social todo tipo de postergación femenina. No es esta una reforma que haya de efectuarse con carácter perentorio, para evitar, llegado el caso, posibles interpretaciones enfrentadas, sino que, más bien, de lo que se trata con ella es de acomodar el texto constitucional a la realidad social del tiempo presente.

3.2. La salvaguarda de los derechos del Príncipe de Asturias y de su línea

La consulta del Gobierno señala que la reforma ha de hacerse *“salvaguardando expresamente los derechos del actual Príncipe de Asturias en relación con la sucesión a la Corona de España”*. La palabra *“derechos”* requiere una precisión, dentro del contexto en que es utilizada. El *“derecho a la sucesión al trono”* está, en efecto, mencionado en el artículo 57.4 de la Constitución, referido a la pluralidad de personas que en cada ocasión pueden ser identificadas como posibles herederos merced al juego de los criterios establecidos en el artículo 57.1. Mas ese derecho no ha de ser entendido como un



CONSEJO DE ESTADO

derecho absoluto frente a una eventual reforma constitucional, ya que corresponde a una situación jurídica relativa y expectante, derivada del orden de aplicación de aquellos criterios.

La persona que figura en la actualidad en el primer lugar del orden sucesorio según las reglas constitucionales es el Príncipe heredero, Don Felipe de Borbón, a quien el artículo 57.2 le otorga por este motivo *“la dignidad de Príncipe de Asturias y los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España”*. Y es su posición jurídica en la sucesión al trono la que se trata de salvaguardar en la reforma constitucional en ciernes, de modo que la eliminación de la preferencia del varón no le haga decaer de su condición de Príncipe heredero, por obvias razones de continuidad personal e institucional.

3.3. Texto que se propone

La reforma de la regla que rige en este punto concreto la sucesión en el trono puede llevarse a cabo, como se ha visto, en un solo precepto de la Constitución, sin acudir a ninguna disposición transitoria, o bien en dos preceptos distintos, uno de carácter sustantivo, que eliminaría con carácter general la preferencia del varón, y otro de carácter transitorio, que aseguraría la posición del Príncipe de Asturias.

En la alternativa, el Consejo de Estado se inclina por la primera de las opciones, la de efectuar la reforma en el propio artículo 57.1, sin acudir a ninguna disposición transitoria



CONSEJO DE ESTADO

Esta preferencia se apoya en razones de distinto orden. Desde una perspectiva formal, la introducción de una disposición transitoria de este tenor fracciona en dos preceptos distintos el contenido de una decisión única y puede dar lugar a delicados problemas jurídicos en relación, por ejemplo, con cuál sea el régimen jurídico aplicable en caso de una eventual reforma de la disposición transitoria. Pero además de ello, la norma que pospone la eliminación de la preferencia, aunque de naturaleza intertemporal, tiene efectos permanentes.

Así pues, a juicio del Consejo de Estado, la fórmula más conveniente para preservar la condición de heredero de Don Felipe de Borbón sería hacerlo constar así en el artículo 57.1 en los siguientes términos:

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

En este texto se suprime la frase “en el mismo grado, el varón a la mujer”, que es el objeto central de la reforma, y se hace mención expresa al Príncipe heredero, aludiendo a su actual posición



CONSEJO DE ESTADO

institucional. Entiende el Consejo de Estado que en la nueva redacción del precepto la referencia a Don Felipe debe hacerse en su condición de Príncipe heredero, y no de Príncipe de Asturias, que es, según el artículo 57.2, una dignidad añadida a aquella condición principal.

En tanto la reforma no tenga lugar, sigue en vigor el artículo 57.1 en su redacción actual, que defiere la sucesión al trono en favor del Príncipe heredero, Don Felipe de Borbón, sin necesidad de aclaración alguna. Cuando la reforma tenga lugar, lo será para proveer la sucesión de este. Entonces, los eventualmente llamados a la sucesión a la Corona quedarán ordenados al margen ya de la actual preferencia de los varones y sin que puedan alegar derechos frente al nuevo orden constitucionalmente establecido, según lo ya indicado. Hasta que se produzca esa segunda sucesión en el trono, la reforma que ahora se contempla no tendrá aplicación alguna, lo cual no excluye la conveniencia de efectuarla sin más demora que la que resulte de la apreciación del interés público contemplado en términos más amplios que los que esta sola reforma pueda significar.

4. Ajustes gramaticales

La redacción actual del artículo 57.1 de la Constitución permitiría que una mujer accediera al trono, si no existieran varones, sino solo mujeres, en el mismo grado sucesorio. Con la reforma proyectada, esta posibilidad aumenta, al quedar suprimida la preferencia de los varones. En uno y otro caso una mujer podría ocupar el primer lugar en la sucesión al trono, convirtiéndose en Princesa heredera y, llegado el momento, en Reina de España.



CONSEJO DE ESTADO

Aunque en la veintena de menciones que se hacen al Rey en la Constitución (en diversos artículos) y en las tres que se hacen al Príncipe (artículos 57.2, 59.2 y 61.2), se emplea la forma gramatical masculina (*“Rey”* y *“Príncipe”*), todas ellas habrían de entenderse también referidas a la Reina o a la Princesa si llegara el caso. No obstante, a juicio del Consejo de Estado sería congruente con el sentido igualitario que inspira la reforma en curso que la terminología de la Constitución acogiera también el género femenino en sus referencias al Rey y al Príncipe, haciéndolas extensivas, en su caso, a la Reina o a la Princesa. Ello puede hacerse por diferentes vías, como muestran el Derecho histórico y el comparado.

4.1. Derecho histórico

Las Constituciones decimonónicas se referían siempre al Jefe del Estado como Rey, sin establecer distincos entre Rey y Reina según su titular fuera varón o mujer. Esta situación se dio incluso en las Constituciones promulgadas cuando el monarca reinante era Doña Isabel II. Solo se hizo distinción en razón del sexo en algún precepto (artículo 208) de la Constitución de Cádiz –que no en todos; *a. e.* artículos 202 y 203–, que citaba *“a los hijos e hijas del Rey”*, *“a los Infantes e Infantas”*, y en el artículo 28 del Estatuto Real, que mencionaba *“al Príncipe o Princesa”*. En todos los demás casos, las citas a los monarcas, herederos y demás miembros de la Familia Real estaban hechas en masculino genérico.



4.2. Derecho comparado

En el Derecho comparado europeo se han utilizado tres modelos de técnica legislativa para referirse, en su caso, a la Reina o a la heredera del trono.

Un primer modelo consiste en mencionar a la Reina junto al Rey y a la heredera junto al heredero del trono, cada vez que hay que referirse a una y otro. Este modelo es utilizado parcialmente en la Constitución noruega, si bien, dada la complejidad que tiene añadir a cada referencia al "Rey" otra realizada a la "Reina, en su caso", en la mayor parte del texto se opta por el segundo modelo, que se expondrá a continuación. También el artículo 1 de la Ley de Sucesión sueca de 26 de septiembre de 1810 menciona a "los descendientes varones y mujeres del Rey". En fin, el artículo 5 del Instrumento de Gobierno sueco de 6 de junio de 1974 dispone en el mismo sentido que "el Rey o la Reina que, en virtud de la Ley de Sucesión, ocupe el trono de Suecia será el Jefe del Estado del Reino".

El segundo modelo consiste en referirse al "Rey" y al "heredero", añadiendo un precepto que aclare que las referencias hechas al Rey o al heredero deben entenderse hechas a la Reina o a la heredera, respectivamente. Este modelo es utilizado en la Constitución noruega, según lo dicho, cuyo artículo 3 indica que "cuando el poder ejecutivo reside de esta manera en la Reina, ella ostenta todos los derechos y obligaciones que, según esta Constitución y las Leyes del país, corresponden al Rey". Se emplea igualmente en la Ley de Sucesión sueca de 26 de septiembre de 1810, modificada en 1979, cuyo artículo 2 establece que "las



CONSEJO DE ESTADO

disposiciones de esta Ley de Sucesión que se refieran al Rey, lo harán a la Reina si ésta fuese Jefe del Estado". Otro tanto se dispone en el segundo párrafo del artículo 5 del Instrumento de Gobierno sueco: "Lo que en esta Ley se establece con referencia al Rey se aplicará a la Reina, si ejerce la función de Jefe de Estado".

El tercer modelo consiste en utilizar el masculino como genérico, considerando sobrentendido que las referencias hechas al Rey o al heredero se entienden hechas igualmente, en su caso, a la Reina o a la heredera. Es el modelo de la Constitución belga, cuyo texto coordinado fue aprobado el 17 de febrero de 1994, y el de la Constitución de los Países Bajos, de 17 de febrero de 1983.

4.3. Texto que se propone

De las diversas fórmulas posibles, el Consejo de Estado cree preferible el segundo modelo citado en las referencias al Derecho comparado. En tal sentido, en vez de ir haciendo en cada lugar de la Constitución la doble referencia Rey o Reina y Príncipe o Princesa (lo que acabaría por sobrecargar el texto), o de hacer solo ocasionalmente la doble mención, dándola por sobrentendida en el resto del texto (lo que puede producir alguna dificultad de interpretación), o de entender –como ahora– que las referencias al masculino, Rey o Príncipe, incluyen también, en su caso, al femenino, Reina o Princesa, el Consejo de Estado considera mejor solución la de que en un solo precepto se haga esa salvedad gramatical, indicando que se extiende a todo el texto de la Constitución.

Para ello se propone añadir al artículo 57 un nuevo apartado (que sería el número 6), que podría decir:



CONSEJO DE ESTADO

6. Las menciones que hace la Constitución al Rey y al Príncipe se entenderán referidas indistintamente al Rey o a la Reina y al Príncipe o a la Princesa, según sea el caso.

5. Procedimiento

El Consejo de Estado estima que la reforma del artículo 57.1 de la Constitución está sujeta a las reglas del artículo 168, por estar incluido aquel en su Título II (*“De la Corona”*), sin que pueda articularse por otras vías. La eliminación de la preferencia del varón sobre la mujer que aquel artículo establece afecta de manera sustantiva a las reglas vigentes de sucesión en el trono, lo que obliga a seguir lo indicado en el citado artículo 168 en los términos que se analizan en la parte VI del presente Informe.



III. LA RECEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DEL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN EUROPEA

1. Introducción

1.1. La consulta del Gobierno

La solicitud de Informe se concreta en este punto en los términos siguientes:

“La recuperación de la Democracia española, durante la segunda mitad de los años 70, apareció ligada, casi indisolublemente, al anhelo sentido por una muy amplia mayoría de ciudadanos, de que España retornara a Europa, a lo que ésta representaba en los ámbitos político, económico y cultural.

Posteriormente y hasta el momento actual, con mayorías políticas de uno y otro signo, nuestro país ha venido participando activamente en el proceso de institucionalización de lo que hoy se conoce como Unión Europea.

La Constitución española de 1978 muestra una vocación u orientación internacionalista, que se refleja en diversas partes de la misma (en el Preámbulo, en los artículos 10.2 y 96.1) y con particular intensidad en su artículo 93, cuyo primer párrafo dispone que



CONSEJO DE ESTADO

“mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”.

Es sabido que con este precepto el constituyente quería legitimar una eventual incorporación de nuestro país al proceso de institucionalización de las Comunidades Europeas (España había presentado su solicitud formal de adhesión el 28 de julio de 1977). Y, en efecto, a su amparo, esa adhesión se produjo (Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de Autorización para la Adhesión de España a las Comunidades Europeas), procediéndose a ratificar en 1986 el Acta Única Europea (autorizada mediante Ley Orgánica 4/1986, de 26 de noviembre).

Bajo la cobertura del artículo 93, España ha ido recorriendo las sucesivas etapas de la construcción europea, si bien con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht (Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre) se pusieron de relieve sus posibles limitaciones cuando el Tribunal Constitucional, requerido por el Gobierno en aplicación del art. 95.2, declaró que, como condición previa a esa ratificación, debía abordarse la reforma del art. 13.2 CE, que impedía extender a los extranjeros el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales (Declaración de 1 de julio de 1992), procediéndose consecuentemente a llevarla a cabo (28 de agosto de 1992).

En dicha Declaración, el supremo intérprete de la Constitución sostuvo que el artículo 93, puesto en conexión con el 95, faculta a las Cortes Generales “para ceder o atribuir el ejercicio de ‘competencias derivadas de la Constitución’”, pero no para “disponer de la



CONSEJO DE ESTADO

Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una 'competencia' cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto" (f. jco. 2º).

Con posterioridad al Tratado de Maastricht, España ha ratificado el Tratado de Adhesión de Noruega, Austria, Finlandia y Suecia (Ley Orgánica 20/1994, de 29 de diciembre), el Tratado de Amsterdam (Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre), el de Niza (Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre), y el Tratado de adhesión a la Unión Europea de las Repúblicas Checa, de Estonia, de Chipre, de Letonia, de Lituania, de Hungría, de Malta, de Polonia, de Eslovenia y República Eslovaca (Ley Orgánica 12/2003, de 24 de octubre).

Al día de hoy –resulta obvio hacer esta constatación- son ya muchas y de indudable relevancia política las competencias cuyo ejercicio se ha cedido a los órganos comunitarios. Hemos renunciado, para compartirlas con nuestros socios europeos, a las grandes decisiones sobre la política económica, al núcleo de la política monetaria, pero también a cuestiones que afectan nada menos que a la ciudadanía, a la seguridad, a la justicia, a la inmigración, a la política exterior...

Aunque no es fácil hacer un pronóstico sobre el ritmo y el punto de llegada del proceso de construcción europea, parece razonable



CONSEJO DE ESTADO

vaticinar que ese proceso no se va a detener, y es apenas imaginable que pueda invertirse.

El último jalón del referido proceso podría ser la futura entrada en vigor, tras la oportuna ratificación por los Estados miembros de la Unión, del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, firmado por los Jefes de Estado y de Gobierno en Roma el 29 de octubre de 2004.

El Gobierno español, como es sabido, siguiendo la recomendación del Consejo de Estado, formulada en el Dictamen de 21 de octubre de 2004, hizo uso de nuevo de la facultad prevista en el artículo 95.2, requiriendo al Tribunal Constitucional para que se pronunciase sobre si existía o no contradicción entre el Tratado y nuestra Constitución.

En respuesta al requerimiento, el Tribunal, en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, no consideró que fuera necesaria la reforma constitucional para ratificar el "Tratado objeto de análisis", al no apreciar contradicción entre la Constitución y los preceptos de aquél en los que el Gobierno había concretado sus dudas de compatibilidad.

Para el Tribunal, "la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. 1-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución" (f. jcos. 3º y 4º), como tampoco la contravienen los arts. II-111 y II-112, relativos a la Carta de derechos, "a la vista de lo establecido en el art. 10.2 CE" (f. jcos. 5º y 6º). En consecuencia, juzga "suficiente" el artículo 93 "para la integración del Tratado en el Derecho español" (f. jco. 7º).



CONSEJO DE ESTADO

La Constitución española de 1978 no se limita a consagrar un sistema de fuentes, y el nuestro, al día de hoy –así lo ha dicho el Tribunal Constitucional- no resulta en principio inconciliable con la primacía del Derecho Comunitario; ni tampoco a establecer una determinada atribución de competencias, cuyo ejercicio, según proclama el artículo 93, puede cederse o transferirse, con los límites a los que el propio Tribunal se ha referido, a organizaciones supranacionales.

La Constitución es, ante todo, una norma de integración política y, como tal, ha de recoger las decisiones básicas del pueblo soberano sobre el modelo de convivencia. Premisa esencial que, por sí sola, justifica la conveniencia de plasmar en nuestra Norma Fundamental algo políticamente tan relevante, tan crucial, como es la voluntad del pueblo español, expresada a lo largo de estos últimos años de diversos modos y en diversas ocasiones, de compartir su destino con las demás democracias europeas.

Esta voluntad ya era diáfana cuando la Constitución fue aprobada, pero entonces España no formaba parte aún de las Comunidades Europeas y éstas representaban poco más que un mercado común. Años después se produjo la adhesión y, desde aquel momento, renovando día a día nuestro compromiso con el proceso de construcción europea, hemos participado activamente en él hasta llegar al estado de intensa y creciente integración política en el que Europa se encuentra hoy.

El último hito de este proceso, quizá el más claro y significativo por ser expresión no sólo del respaldo de los ciudadanos españoles a



CONSEJO DE ESTADO

la integración en la Unión Europea sino también del deseo de que ésta sea cada vez "más perfecta", ha sido el amplio apoyo que ha recibido la Constitución europea en el referéndum consultivo celebrado el pasado 20 de febrero.

El Consejo de Estado, en el Dictamen antes citado, se refiere a la conveniencia de "´europeizar´ en alguna medida la Constitución española", constatando a renglón seguido, y en términos bien elocuentes, que la ausencia de mención expresa a la Unión Europea, ("producto, sin duda, de las circunstancias del periodo constituyente") implica que no hay "referencia alguna al fenómeno de la integración europea ni en el plano teleológico (como objetivo de la Nación española), ni en el plano estructural (España como Estado miembro), ni en el ámbito normativo-ordinamental (sin perjuicio de la referencia implícita del artículo 93), ni en cuanto a las implicaciones competenciales que la pertenencia a la Unión supone para la organización política (tanto respecto de poderes del Estado y órganos constitucionales como en cuanto a la estructura territorial)".

La recepción de Europa en la Constitución, así planteada, trascendería los avatares propios de una determinada reforma de los Tratados, porque sería la manifestación de un compromiso querido por los españoles de vivir democráticamente en Europa y con Europa.

La reforma constitucional ofrecería también la oportunidad de prever –y citamos de nuevo al Consejo de Estado- el planteamiento "pro futuro (de) eventuales problemas de compatibilidad entre la Constitución y el Derecho comunitario". A tal efecto, podría ser conveniente introducir en la Constitución, "una cláusula de



CONSEJO DE ESTADO

integración que incorpore un mecanismo que por sí solo y en sí mismo permita –con los límites de intangibilidad que se estimen irrenunciables, con los objetivos o con los requisitos formales agravados que se consideren necesarios- una apertura general del ordenamiento español al Derecho comunitario y, en su virtud, se reconozca apriorísticamente la constitucionalidad –la compatibilidad con la Constitución- de dicho ordenamiento-”.

En la Declaración 1/2004, el Tribunal Constitucional afirma que la cesión de competencias que el artículo 93 hace posible, y que sirve de cobertura al principio de primacía del Derecho Comunitario, tiene “límites materiales” que se derivarían, a su entender, “implícitamente” de la propia Constitución (f. jco. 2º). La reforma que se propone, sobre cuestión tan trascendente, permitiría precisamente trasladar esos límites desde el ámbito (inevitablemente incierto) de la sola interpretación constitucional al de la Constitución misma, consagrándolos de un modo expreso como hacen las Constituciones de otros países europeos.

En definitiva, y por todas las razones apuntadas, no debería demorarse más el momento de que España se sume al grupo, ya claramente mayoritario, por cierto, de los Estados miembros de la Unión, que, bajo modalidades y fórmulas diversas, incluyen en sus textos constitucionales cláusulas específicas de integración en ella.

Con este fin, el Gobierno recaba del Consejo de Estado que, en el marco del informe sobre la reforma constitucional, se pronuncie concretamente sobre las siguientes cuestiones:



CONSEJO DE ESTADO

1.- El modo de plasmar la manifiesta voluntad del pueblo español de participar, junto con las democracias europeas, en el proceso de construcción de la Unión.

2.- La formulación de una cláusula expresa de integración del Derecho europeo en el sistema de fuentes.

3.- La eventual conveniencia de diseñar un procedimiento específico para la ratificación de los Tratados de la Unión Europea, pronunciándose en tal caso, sobre los requisitos, cauce procedimental y posibles límites de la misma”.

1.2. Método y plan de la exposición

Como se acaba de exponer, el objetivo último que el Gobierno expresa al formular la consulta es la recepción de Europa en la Constitución, un objetivo que se concreta en tres preguntas. Por ello, el presente Informe debe centrarse en dar respuesta a las mismas. Sin embargo, la consulta también invita al Consejo de Estado a abordar el estudio de otros aspectos que, por estar relacionados con la reforma que se quiere acometer, convendría tener en cuenta para completarla o mejorar su calidad técnica.

Para evitar reiteraciones y situar el estudio de las distintas cuestiones en el marco adecuado, antes de proceder al examen de cada una de las preguntas y de los otros aspectos, parece indispensable ofrecer una visión de conjunto de los problemas jurídicos que plantea el análisis de las preguntas formuladas y hacer una revisión de los problemas jurídico-constitucionales que suscita la integración europea. Esa revisión, desde una perspectiva general,



CONSEJO DE ESTADO

requiere hacer un somero análisis teórico de los problemas que son comunes a todos los Estados miembros y, desde una perspectiva histórica y del Derecho comparado, realizar una exposición sintética de las reformas constitucionales con las que aquellos han intentado responder a ese reto. En segundo lugar, desde la perspectiva puramente española, es necesario hacer un análisis de las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales construidas a partir de la aplicación que se ha hecho del artículo 93 desde la entrada de España en las entonces Comunidades Europeas.

De acuerdo con lo que precede, esta parte del Informe comienza con el análisis de la problemática jurídico-constitucional de la integración europea en los Estados miembros (apartado 2) y en España (apartado 3) para, tras unas consideraciones generales, pasar posteriormente a responder a cada una de las preguntas formuladas (apartado 4). El apartado 5 contiene unas reflexiones acerca de la manera de incorporar al texto constitucional las propuestas de posibles alternativas del articulado, dado que, como allí se verá, la mejor estrategia reguladora consiste en integrar en un mismo lugar (artículo o capítulo) lo que podría denominarse informalmente la "cláusula europea" de la Constitución Española. El apartado final (6) trata de las cuestiones conexas.



2. Problemática jurídico-constitucional de la integración europea en general y en el Derecho comparado

2.1. Análisis general

Todos los Estados que forman parte de la Unión Europea se encuentran abocados a la difícil tarea de coexistir dos órdenes jurídico-políticos, estrechamente imbricados, pero no reducidos a unidad: el orden constitucional interno, basado en la soberanía nacional, cuyo titular es el pueblo respectivo, y el orden de la Unión Europea, a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes y cuya existencia implica, en consecuencia, una limitación de la soberanía de los Estados. De acuerdo con la idea de la supranacionalidad, esa limitación se armoniza con el reconocimiento del Estado como la pieza básica del sistema -tal y como enuncia en su artículo I-5 el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en fase de ratificación-, porque tal principio ha sido desde el comienzo un elemento cardinal del proceso de integración europea. La Unión se basa en el respeto a *"la igualdad de los Estados miembros y a su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo que respecta a la autonomía local y regional"*, así como en el respeto a *"las funciones esenciales del Estado, en particular las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional"*.

Este respeto, garantizado en último término por la participación de los Gobiernos en las decisiones de la Unión, y que, en



CONSEJO DE ESTADO

consecuencia, es tanto menos seguro cuanto mayor es el ámbito abierto a la decisión por mayoría, simple o cualificada, no basta, sin embargo, para dar respuesta al problema que los Estados han de resolver y que se plantea, por así decir, en tres planos distintos. El plano fundamental de la concepción misma del Estado y los planos, ontológicamente inferiores, aunque de mayor relevancia práctica, de la estructura del ordenamiento jurídico y de la organización del poder.

El problema fundamental es el de determinar el límite infranqueable, si existe, más allá del cual no cabe ir sin que el Estado deje de existir como tal, límite que constituye la garantía de la continuidad misma de la existencia del Estado. Los otros problemas -que solo por relación con aquel se pueden decir menores- vienen de las exigencias de la práctica y están muy estrechamente conectados entre sí. Se trata de la primacía del Derecho europeo sobre el Derecho interno y de la incidencia que la integración en la Unión tiene en las respectivas funciones que la Constitución atribuye, en principio, a los distintos poderes del Estado: de una parte, en el ámbito de las instituciones centrales del Estado, su incidencia en las relaciones entre Gobierno y Parlamento e incluso en las funciones que corresponden, respectivamente, a la jurisdicción constitucional y a la ordinaria; y de otra, su incidencia en el equilibrio entre los poderes centrales y los poderes territoriales.

Como punto de partida resulta necesario reconocer que los ordenamientos comunitario y nacional son dos ordenamientos jurídicos con distinto fundamento de validez, cada uno de los cuales tiene sus propios sistemas de fuentes establecidos, respectivamente,



CONSEJO DE ESTADO

en los Tratados –y en su desarrollo jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- y en la correspondiente Constitución nacional. Ambos ordenamientos van dirigidos parcialmente a los mismos destinatarios, sin que se trate por ello de un modelo federal, pues los Tratados comunitarios no equivalen a una Constitución federal, ni tampoco de un modelo internacional, justamente por esa comunidad de destinatarios; razones por las que se ha venido a configurar como un supuesto de supranacionalidad. Esta especificidad obliga a buscar soluciones que, más que fundarse en la superior jerarquía de una de las dos normas en juego –los Tratados o la Constitución-, tienen que asegurar una coherencia estructural entre ambos ordenamientos, cada uno de los cuales se afirma desde su propia lógica: supremacía desde la perspectiva del orden constitucional interno, primacía desde la del Derecho comunitario, en la terminología del Tribunal Constitucional (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre).

La supremacía de la Constitución es consagrada por el propio texto constitucional y por su interpretación jurisprudencial (salvo en los sistemas en los que se afirma el valor constitucional del Derecho comunitario) y la primacía por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuya doctrina, condensada en el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en fase de ratificación, es vinculante, con independencia de la suerte que corra dicho tratado.

Por otra parte, el Derecho comunitario tiene un carácter dinámico, no es un conjunto de normas llamadas a ser “recibidas” de una vez para siempre en el Derecho interno, sino un verdadero



CONSEJO DE ESTADO

ordenamiento, de manera que, cuando se autoriza la celebración de un tratado comunitario, lo que se está haciendo no es insertar una norma en el ordenamiento interno sino abrir ese ámbito interno o doméstico a un ordenamiento en constante cambio y cuyas normas, aprobadas conforme a los criterios establecidos en los propios Tratados, se aplican en España con plena validez y eficacia. Este carácter dinámico del Derecho comunitario se manifiesta además, en un segundo plano, en el hecho de que no solo es el Derecho derivado el que está sujeto a un proceso de constante cambio, sino también el propio Derecho originario, que tiende hacia una integración y profundización progresiva cuyo diseño final es incierto y que hasta ahora se ha ido realizando con instrumentos -los Tratados Constitutivos y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, este último en fase de ratificación- que recogen de manera explícita sus propias revisiones o modificaciones (siendo la adhesión de nuevos Estados miembros en sí misma una modificación constitutiva).

El Derecho comunitario se apoya en una serie de principios de los que derivan criterios que determinan, en gran medida, su relación con los ordenamientos nacionales. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ido estableciendo progresivamente esos criterios a partir de los asuntos 6/64, Sentencia de 15 de julio de 1964 , *Costa/E.N.E.L.*; 11/70, Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*; 92/78, Sentencia de 6 de marzo de 1979, *Simmenthal/Commission*. Esa doctrina no solo afirma la primacía del Derecho comunitario sobre el de los Estados miembros, sino que apodera a la jurisdicción ordinaria de estos para hacerla



CONSEJO DE ESTADO

efectiva, disociando la aplicabilidad de la validez de las normas internas y privando a los Tribunales Constitucionales, allí donde existen, de la potestad exclusiva de control de las normas con rango de ley, para liberar a los jueces ordinarios del deber constitucional de aplicar la ley. Y establece, en fin, la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento (asuntos 6 y 9/90, Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich et Bonifaci*; asuntos C-46/93 y C-48/93, Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur*; asuntos 46 y 48/93, Sentencia de 26 de marzo de 1996, *British Telecommunications*; asunto C-392/93, Sentencia de 23 de mayo de 1996, *Lomas*; asunto 5/94, Sentencia de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer*; asuntos C-178, 179, 188, 189 y 190/94, Sentencia de 17 de octubre de 1996; asuntos C-283, 291 y 292/94). Esos criterios han de ser tenidos en cuenta en la eventual reforma constitucional para salvaguardar la coherencia del tratamiento constitucional que se adopte con el compromiso asumido por el Estado al celebrar los tratados y al aceptar las consecuencias de la decisión de participar en el proceso de integración.

En todos los Estados miembros la reducción de la libertad de acción del Estado que comporta la integración europea se proyecta de manera muy desigual sobre los distintos órganos y entes territoriales que lo componen. Afecta más a los Parlamentos que a los Ejecutivos. De la propia estructura de la Unión se deriva que, con independencia de la intervención del Parlamento Europeo (y de la Comisión), son los Ejecutivos nacionales los que participan, a través de los grupos de trabajo del Consejo y en el Consejo mismo, en la elaboración de Reglamentos y Directivas comunitarias, en tanto que los Parlamentos



CONSEJO DE ESTADO

nacionales no suelen tener intervención alguna en la creación de esas normas, teniendo que aceptar que sus propias leyes se vean desplazadas por los Reglamentos y viéndose forzados a trasponer unas Directivas que cada vez les dejan menor margen de libertad como legisladores estatales, hasta el extremo de que la trasposición se reduce muchas veces a una cuestión de legalidad más que de decisión soberana.

Es más, el último de los Tratados ratificados por España, sea cual sea su devenir futuro, atribuye directamente a los Parlamentos funciones que no son legislativas y que difícilmente podrían haberse adivinado como tales funciones desde la perspectiva exclusiva del Derecho del Estado. Entre esas funciones cabe mencionar el dictamen sobre subsidiariedad que prevé el artículo I-11 en relación con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y la posible manifestación de oposición en el seno del procedimiento simplificado de reforma del propio Tratado prevista en el artículo IV-444.3; una disposición que constituiría, a su vez, una excepción, al no requerirse un procedimiento ordinario de ratificación, sea por la vía del artículo 93 o del artículo 167 o por cualquier otra construida a partir de estos, sin olvidar tampoco el Protocolo sobre la función de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea que figura como anexo (primero como Declaración) a los tratados a partir del de Maastricht.

De otra parte, al llevarse a cabo la participación en el proceso de elaboración de las normas comunitarias, principalmente, a través del Consejo, integrado por miembros de los Gobiernos estatales, se desapodera igualmente a los entes territoriales cuando los Estados



CONSEJO DE ESTADO

miembros tienen estructuras descentralizadas. Los entes territoriales, titulares en muchas ocasiones de la competencia exclusiva sobre las materias que caen dentro del ámbito de la Unión Europea, carecen de facultades para contribuir a fijar la posición de los Estados en el seno del Consejo en las negociaciones de las que resultan decisiones que, sin embargo, han de poner en práctica, aunque, de otra parte, no sean ellos, sino el Estado miembro en su conjunto, el que responde del eventual incumplimiento de esta obligación.

Aunque el problema fundamental de la integración sea político y no estrictamente jurídico, se proyecta necesariamente en el plano del Derecho. Por eso, muchos de los Estados miembros han hecho el esfuerzo de incorporar al propio texto constitucional su condición de miembros de una entidad supranacional, subrayando al mismo tiempo, para preservar su propia entidad, la existencia de límites infranqueables a las cesiones de soberanía. Otras veces han sido los correspondientes Tribunales Constitucionales u órganos equivalentes, por vía interpretativa, los que han hecho ese esfuerzo, al arbitrar soluciones para los importantes problemas prácticos que plantea la integración.

Al ser la Unión un sistema que integra Estados iguales (artículo I-5 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en fase de ratificación), el análisis y valoración de lo que han hecho los otros miembros de la misma en este sentido resultan necesarios para mantener una especie de reciprocidad difusa, ya que no tendría sentido una cesión de soberanía constitucional mucho más allá de la que otros Estados miembros han querido realizar, ni mantenerse indiferentes ante una realidad asumida por muchos Estados



CONSEJO DE ESTADO

miembros. Por ello, se analiza brevemente a continuación, en sus líneas generales, el Derecho comparado, sin perjuicio de un análisis más detallado con ocasión del examen de cada una de las preguntas que se formulan en la consulta y de las materias conexas.

2.2. Las respuestas del Derecho comparado

El examen del Derecho comparado, ciñéndonos a las preguntas planteadas por el Gobierno, ofrece los siguientes aspectos:

El fenómeno de la recepción de la integración europea en el constitucionalismo de los Estados miembros es una tendencia dominante en las últimas décadas. De los seis Estados fundadores, solo Luxemburgo y los Países Bajos mantienen en su Constitución una visión puramente estatal de esta como orden autónomo, único y supremo, en el cual, sin mencionar de modo expreso el ordenamiento de la Unión Europea, éste o su incorporación no se distinguen de otras posibilidades de incorporación del Derecho internacional al Derecho interno, por reconocerse a este último una primacía que permite sustentar las consecuencias de la supranacionalidad. Aunque muchas de las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial fueron reformadas con las miras puestas en la futura integración europea (*a. e.* los Países Bajos y Dinamarca, ambas en 1953) y otras muchas sufrieron reformas constitucionales una vez creadas las instituciones europeas, normalmente no se mencionaba a estas por su nombre y ni siquiera se hacía referencia expresa al proceso de integración europea, salvo la mención europeísta en el Preámbulo de la Ley Fundamental de Bonn.



CONSEJO DE ESTADO

La adhesión de nuevos Estados a partir de 1973 comenzó a dar señales de que estos valoraban el proceso de construcción de una Europa unida desde nuevas perspectivas constitucionales. Así, el proceso que la reforma constitucional española pretende acometer tuvo, en realidad, su precedente en la revisión por Irlanda de su Constitución (artículo 29), que se ha vuelto a reformar con ocasión de los sucesivos tratados comunitarios para autorizar de modo expreso la participación del Estado en las Comunidades Europeas y declarar la primacía del Derecho de estas, incluso sobre la propia Constitución. Poco después, la Constitución de Grecia de 1975 fue, a su vez, la primera en establecer condiciones constitucionales explícitas a la participación en las Comunidades Europeas.

La reforma de la Constitución portuguesa de 1982, más cercana a la realidad de la posible integración, contempló ya la posibilidad de la incorporación de Portugal a las Comunidades Europeas, previendo la entrada en vigor directa en el ámbito interno de las normas emanadas por los órganos competentes de las Comunidades Europeas siempre que así se estipulara en los respectivos Tratados constitutivos (artículo 8.3, cuya redacción actual procede de la segunda revisión constitucional, del año 1989).

Sin embargo, es a partir de 1990, con las reformas que comienzan a producirse con base en el Tratado de Maastricht, cuando los Estados miembros reaccionan de manera generalizada frente a la progresiva construcción de la Unión Europea. Los procesos de ratificación del citado tratado pusieron en cuestión la suficiencia de las cláusulas constitucionales en vigor hasta la fecha, tanto por su significación como por la definitiva consolidación, por aquel entonces,



CONSEJO DE ESTADO

de la calificación por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de los tratados como norma constitucional europea, y de la afirmación, sin ambages, de la primacía tanto de los Tratados constitutivos como del Derecho derivado, sin perder de vista en este análisis la reacción de algunos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el italiano, frente a las afirmaciones anteriores.

Algunos países mantuvieron los textos constitucionales, por lo que se plantearon problemas de interpretación acerca de su suficiencia para amparar las consecuencias de la aplicación del Tratado de la Unión. En Dinamarca, la ratificación dio lugar a litigios finalmente resueltos por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1998, que, si bien admitió la constitucionalidad del proceso, señaló que en ningún caso podría entenderse que el texto vigente de la Constitución (artículo 20) permitía la delegación ilimitada de potestades constitucionales. En Bélgica, pese al dictamen contrario del Consejo de Estado, se ratificó el Tratado, aunque en 1998 se reformaría formalmente la Constitución para permitir el voto a los no nacionales. En los Países Bajos, si bien se suscitó un cierto debate, se ratificó el Tratado por mayoría ordinaria.

Sin embargo, los restantes Estados de la futura Unión procedieron a reformar expresamente la Constitución -con la excepción obvia de Gran Bretaña-, introduciendo normas relativas al proceso mismo de integración y a la articulación entre la soberanía nacional y el nuevo orden de la futura Unión Europea, en parte consolidado por la jurisprudencia y la práctica, y en parte emergente.



CONSEJO DE ESTADO

Francia, aprovechando la necesidad de adaptar la Constitución a diversas previsiones de Maastricht, introdujo un nuevo Título XV en el que por primera vez, como en Irlanda, se diferenciaba, con una mención expresa, la integración europea del resto de procesos de cooperación internacional.

Alemania, mediante la Ley de reforma constitucional de 21 de diciembre de 1992, incluyó en el artículo 23 una cláusula de participación en el proyecto de integración europea en la medida en que esta acogía los principios democrático, social y federal, el Estado de Derecho y el principio de subsidiariedad, y garantizaba un nivel de protección de los derechos fundamentales comparable al otorgado por la Ley Fundamental de Bonn. Se estableció, pues, un mecanismo específico de apertura al Derecho comunitario, pero sentando límites materiales infranqueables para las transferencias de soberanía. También añadió previsiones detalladas relativas a la incidencia en la organización de los poderes del Estado y la organización federal de la participación de Alemania en la Unión Europea.

Irlanda modificó de nuevo su Constitución por el mecanismo habitual del referéndum, con el propósito de completar la cláusula general de 1973 con una autorización específica para ratificar el Tratado de Maastricht, extendiéndose de este modo la inmunidad constitucional del Derecho comunitario.

En la misma línea, Portugal procedió a una reforma constitucional que, también por primera vez, reconoció de modo explícito la diferencia entre el proceso de integración europea y el resto de procesos de cooperación internacional, estableciendo en el



CONSEJO DE ESTADO

artículo 7.6 la posibilidad de que Portugal transfiriese mediante tratado “*el ejercicio en común de los poderes necesarios para la construcción de la Unión Europea*”, siempre que lo hiciera “*en condiciones de reciprocidad, con respeto al principio de subsidiariedad y con vistas a la realización de la cohesión económica y social*”. Esta cláusula iba acompañada, como en la Constitución francesa, por las reformas específicas (derecho de voto, posición del Banco Central, etc.) que se estimaron necesarias en función del contenido concreto del Tratado de Maastricht.

Austria, Suecia y Finlandia se incorporaron a la Unión Europea con cláusulas constitucionales redactadas *ad hoc*, ante la opinión generalizada de que las previsiones constitucionales ordinarias sobre cooperación internacional eran insuficientes para una transferencia masiva de competencias como la que a la sazón suponía ya el Tratado de Maastricht y el acervo comunitario. Por ello, Austria llevó a cabo en dos leyes constitucionales diferentes una reforma total (*Gesamtänderung*) de la Constitución Federal en virtud del procedimiento especial establecido en el artículo 44.3 (mayoría de dos tercios y sometimiento a referéndum) y en los artículos 23a a 23f, que constituían el Capítulo I, apartado B (“*Unión Europea*”), procedió además a regular la participación de los órganos constitucionales y los *Länder* en los procesos de toma de decisiones por las instancias europeas. En Suecia, que ya contaba desde 1965 con una cláusula constitucional prevista para la adhesión, cláusula que, además, había sido revisada en 1985, también se juzgó que era insuficiente. En virtud de la nueva modificación de 1994 se pasó a contemplar de forma específica y diferenciada la integración en la



CONSEJO DE ESTADO

Comunidad Europea, con límites. Finlandia tuvo que hacer una reforma constitucional *ad hoc* por mayoría de dos tercios, que consistió en una remisión a las disposiciones del Tratado y otras modificaciones específicas para aspectos concretos de atribución de competencias a órganos constitucionales.

La ratificación de los Tratados de Amsterdam y Niza siguió generando cambios constitucionales, aunque en alguno de los supuestos, al igual que en teoría puede ocurrir ahora en España, se aprovecharon procesos de reforma constitucional del cambio de siglo para, entre otros reajustes, acomodar mejor la realidad constitucional a la europea. Así, Grecia incorporó en 2001 dos “declaraciones interpretativas”. Italia mencionó por primera vez a la Unión Europea en la reforma de su modelo regional (artículo 117 de la Constitución, en la redacción dada al mismo por Ley de 18 de octubre de 2001). Portugal, después de tres reformas, acabó consolidando en 2004 un texto que, aunque autoriza a continuar en la profundización de la Unión, establece como límite de su integración en ella el respeto de los principios fundamentales del Estado democrático de Derecho; principios que también operan como límite a la aplicación del Derecho comunitario en el orden interno, si bien, a su vez, consagran la validez del Derecho comunitario tanto originario como derivado, además de incluir otros conceptos como la cohesión territorial y referencias al segundo y tercer pilar de la Unión. Austria promulgó dos nuevas leyes constitucionales. Suecia cambió las menciones de las transferencias de competencias de la Comunidad a la Unión y fijó la forma de gobierno y el estándar de derechos fundamentales del propio Instrumento de Gobierno y de la Convención Europea de



CONSEJO DE ESTADO

Derechos Humanos como límite de dichas transferencias. Finlandia, en su revisión constitucional total de 1999, incluyó todo un Capítulo, el 8, para regular de manera detallada los mecanismos de articulación de poderes entre el Gobierno y el Parlamento en los asuntos de la Unión y puso "*los fundamentos democráticos de la Constitución como límite*" a la participación.

La última gran oleada de cambios constitucionales vino motivada por la ampliación de la Unión a diez nuevos países. De éstos, Chipre no hizo modificación ni previsión alguna por entender que la cláusula de Derecho internacional era suficiente. Dos de ellos formalizaron la adhesión con una ley *ad hoc*, siguiendo la tradición inglesa (Malta) o constitucional (Estonia). Otros tres siguieron la pauta clásica de no mencionar expresamente a la Unión Europea en sus nuevas Constituciones, promulgadas tras la caída del Muro de Berlín, aunque ya previeran su incorporación a la misma. Polonia utilizó una cláusula muy similar a la de la Constitución Española, sin mencionar expresamente la Unión. Lo mismo hizo la República Checa, aunque en esta última se aprobó una ley constitucional para el referéndum de la adhesión. Esta misma pauta se adopta en Eslovenia, aunque en este caso las referencias son claras al hablarse de transferencia de soberanía a organizaciones internacionales basadas en el respeto a los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho, y al permitir igualmente las alianzas defensivas con organizaciones que se basen en el respeto a esos valores. Sin embargo, las Constituciones de Eslovaquia, Hungría, Lituania y Letonia -aunque esta última solo indirectamente, al regular el procedimiento- mencionan de manera expresa, con cláusula



CONSEJO DE ESTADO

específica, la participación en la Unión. Algunas de ellas han incluido el principio de primacía del Derecho comunitario (Lituania, Eslovaquia) o de interpretación del Derecho nacional conforme al Derecho de la Unión (Estonia).

La eventual ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ha sido la causa de algunas reformas constitucionales adicionales en los países que tenían programada su ratificación en el año 2005. Francia modificó varios artículos (88-1 a 88-4) del Título XV e introdujo tres adicionales (artículos 88-5 a 88-7), cambiando la propia rúbrica del citado Título ("*De la Unión Europea*", en vez de "*De las Comunidades Europeas y de la Unión Europea*"), si bien la entrada en vigor de la reforma quedó pendiente de la entrada en vigor del propio tratado. Así, con la pequeña modificación que supone la mención expresa del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el artículo 88-1 sigue consagrando de manera indirecta la primacía del Derecho comunitario, lo que a su vez ha permitido, por un lado, simplificar el artículo 88-2 respecto de la participación en los pilares dos y tres de la Unión, necesarios en el esquema de los tratados anteriores, y, por otro lado, suprimir en el artículo 88-3 la mención de los tratados anteriores, todavía vigentes. La reforma también modifica las funciones de la Asamblea y del Senado (artículos 88-4 a 88-6) para asignarles las nuevas que prevé el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (en fase de ratificación), entre las que destacan las relativas al dictamen de subsidiariedad y a la ratificación de la modificación simplificada del propio tratado. En fin, el artículo 88-7 condiciona la ampliación de la Unión a un referéndum.



CONSEJO DE ESTADO

En resumen, tras la promulgación de la Constitución Española en diciembre de 1978, la evolución de las Constituciones del resto de los Estados miembros ofrece el siguiente cuadro:

1.- Constituciones que manifiestan de modo expreso la voluntad política de participar en la Unión Europea, mencionando en algunos casos la participación en el proceso de profundización: Alemania (artículo 23), Suecia (artículo 10.5), Francia (Título XV, artículo 88), Portugal (artículo 7), Hungría (artículo 2A), Letonia (artículo 68), Eslovaquia (artículo 7), Lituania (artículo 1 de la Ley de 13 de julio de 2004), Irlanda (artículo 29), Estonia (Ley de 13 de septiembre de 2003), Finlandia (artículo 96, indirectamente: poderes del Parlamento nacional), Austria (Capítulo I, apartado B, artículo 23a a 23f).

2.- Constituciones que, sin perjuicio de los pronunciamientos jurisprudenciales, se han planteado la articulación de las relaciones entre el Derecho comunitario y el nacional, bien mediante el establecimiento de límites a la participación en la Unión o a la transferencia de competencias, que jurisprudencialmente actúan como límites a la validez del Derecho comunitario (Alemania, Portugal, Suecia), bien abordando expresamente la cuestión de la primacía del Derecho comunitario originario o incluso derivado (Irlanda, Portugal e indirectamente Francia -pendiente de la entrada en vigor del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa-, Italia, Lituania, Eslovaquia, Eslovenia, aun cuando en esta última no se refiere expresamente al Derecho comunitario, sino a las normas emanadas de una organización internacional a la que Eslovenia haya transferido el ejercicio de parte de sus derechos soberanos).



CONSEJO DE ESTADO

3.- Constituciones en las que el procedimiento de celebración de los tratados es el ordinario (Austria, Italia, Francia –salvo si entra en vigor su última reforma, que depende a su vez de la entrada en vigor del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa-, Bélgica, Países Bajos, Finlandia, Portugal y, naturalmente, los países con tradición del *common law*: Gran Bretaña, Malta y Chipre). Constituciones con un procedimiento diferente del ordinario, pero no vinculado al de reforma constitucional (Grecia, Hungría, Eslovenia, Letonia, Dinamarca y Polonia). Y por último, Constituciones en las que la celebración de los tratados sigue un procedimiento vinculado o análogo al previsto para la modificación de la Constitución (Alemania, Eslovaquia, Luxemburgo, Irlanda, Lituania y Suecia).

Las cláusulas constitucionales concretas de las Constituciones de los Estados miembros relacionadas con las tres preguntas que formula el Gobierno se examinarán más adelante, al analizar las respuestas a cada una de ellas.

3. La instrumentación jurídica de la integración de España en Europa

3.1. El texto constitucional

La Constitución Española, aunque posterior a las primeras reformas constitucionales que apuntaban la necesidad de ir más allá de lo previsto para la incorporación del Derecho internacional e incluso la conveniencia de mencionar expresamente los Tratados comunitarios o a las Comunidades Europeas en el texto constitucional, optó por una visión clásica, que no menciona el hecho



CONSEJO DE ESTADO

europeo (España había ingresado ya en el Consejo de Europa, pero la entrada en las Comunidades Europeas era todavía un hecho lejano en el futuro e incluso, hasta cierto punto, incierto, al depender del desarrollo constitucional posterior), previendo una vía especial para la ratificación de los tratados *“por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”* (artículo 93, pensado, eso sí, como el mecanismo procedimental para la incorporación). El artículo completo dispone que *“mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. 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”*. Más adelante será objeto de comentario la inoperancia o escasa aplicación de la segunda parte de este precepto.

El artículo 95, aplicable a todos los tratados, establece: *“1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”*.

La Constitución prevé en el artículo 96 el régimen general de incorporación a nuestro sistema jurídico de los tratados internacionales celebrados por España, con independencia de que su autorización parlamentaria se realice en virtud de los artículos 93 ó 94.1, e incluso con independencia de que, en virtud del artículo 94.2,



CONSEJO DE ESTADO

no precisen de esa autorización para su celebración: "1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. 2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94". El artículo 74.2 regula la tramitación parlamentaria: "Las decisiones de las Cortes Generales previstas en los artículos 94,1; 145,2 y 158,2, se adoptarán por mayoría de cada una de las Cámaras. En el primer caso, el procedimiento se iniciará por el Congreso, y en los otros dos, por el Senado. En ambos casos, si no hubiera acuerdo entre Senado y Congreso, se intentará obtener por una Comisión Mixta compuesta de igual número de Diputados y Senadores. La Comisión presentará un texto que será votado por ambas Cámaras. Si no se aprueba en la forma establecida, decidirá el Congreso por mayoría absoluta".

3.2. La aplicación de las normas constitucionales

El artículo 93 ha sido objeto de interpretación constitucional directa e indirecta por distintos órganos, afianzándose la praxis constitucional que se pasa a describir.

3.2.1. Límites constitucionales de la integración

La interpretación del alcance del artículo 93 ha sido objeto de numerosos comentarios académicos y doctrinales, y ha servido hasta



CONSEJO DE ESTADO

la fecha para la ratificación de todos los Tratados constitutivos, incluido el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, previa consulta en dos ocasiones al Tribunal Constitucional en aplicación del artículo 95.

Dos son las cuestiones relevantes a efectos del presente Informe:

Primera, el alcance de la expresión *“por la que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”*; es decir, si la aplicación combinada de los artículos 93 y 95 permite transferir a la Unión todo género de competencias o, dicho de otro modo, si existen o no límites infranqueables a la integración.

Segunda, si el artículo 93 permite por sí solo la ratificación de tratados contrarios a la Constitución. Siendo la integración en las Comunidades Europeas algo atisbable, pero no todavía cercano, en el momento constituyente español el artículo 93 de nuestra Constitución reflejó lo que era usual en el Derecho comparado en aquellos Estados miembros que se planteaban algún tipo de reconocimiento implícito de las diferencias que la supranacionalidad europea suponía respecto del resto del Derecho internacional.

La idea de que el artículo 93 permite la ratificación de tratados de valor constitucional, especialmente útil para salvaguardar aquellos que, como los de la Unión, crean un orden dinámico, es la que inspiró los Dictámenes del Consejo de Estado 850/91, de 20 de junio, y 421/92, de 9 de abril, en los que se llegó a la conclusión de que el artículo 93 de la Constitución permitía que las Cortes autorizaran la



CONSEJO DE ESTADO

ratificación del tratado sin reforma constitucional previa, no porque no existiera una notoria divergencia entre un artículo de los Tratados y el texto de la Constitución (en concreto, se trataba del nuevo artículo 8B del Tratado de la Comunidad Económica Europea y el artículo 13.2 de nuestra propia Constitución), sino porque la ratificación del tratado por la vía del artículo 93 permitiría entender que el precepto constitucional quedaría modificado, ya que, con el mismo *"se rompe (...) la rigidez propia de los mecanismos de revisión constitucional"*. No obstante, sugirió que tal ruptura no era ilimitada, pues esta vía de revisión atípica no permitiría la ratificación de tratados que afectasen a cuestiones cuya reforma hubiera de ajustarse al procedimiento previsto en el artículo 168 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, en su Declaración 1/1992, de 1 de julio, dio a entender que el artículo 93 no permite ratificar tratados que se opongan a la Constitución, debiéndose modificar siempre esta en caso de contradicción entre ambos. Por ello, la ratificación del Tratado de Maastricht afectó al único artículo juzgado incompatible con el texto comunitario, el artículo 13.2 de la Constitución, relativo al derecho de voto. Este artículo de la Constitución fue, pues, reformado por las Cortes Generales en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados, el 22 de julio de 1992, y del Senado el 30 de julio del mismo año, y la reforma sancionada y promulgada por S.M. el Rey el 27 de agosto de 1992.

El Dictamen del Consejo de Estado 2544/2004, de 21 de octubre, se hace eco de esa doctrina del Tribunal Constitucional, lo que motivó la propuesta de consulta por el Gobierno al Tribunal. Sin



CONSEJO DE ESTADO

embargo, este, en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, matizó su anterior doctrina, que descansa ahora en la distinción entre el principio de primacía del Derecho comunitario y el principio de supremacía de la Constitución, de manera que el primero permite ratificar tratados con contenido contrapuesto al texto de la Constitución mientras no se afecte al segundo, para lo cual fija como límites de la primacía del Derecho comunitario el que *“las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la Unión Europea no pueden, sin quiebra del propio Tratado, servir de fundamento para la producción de normas comunitarias cuyo contenido fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución”*. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional concluyó señalando que *“el art. 93 CE en su texto actual, es suficiente para la integración de un Tratado como el que es objeto de nuestro análisis”*.

No se advierte de modo claro en el artículo 93 la idea de que la Constitución perfecta para un Estado integrado en la Unión sería aquella que dispusiera, no solo en lo que se refiere al texto del tratado concreto examinado en la Declaración 1/2004, sino también para su aplicación posterior a futuros tratados, que solo si existe contraposición entre el Derecho europeo y *“valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución”* entraría en juego la supremacía de la Constitución.

Eso fue lo que llevó al Consejo de Estado a sugerir, en su citado Dictamen 2544/2004, la conveniencia de introducir en nuestra Constitución una cláusula de integración *“que incorpore un mecanismo que por sí solo y en sí mismo permita –con los límites de intangibilidad que se estimen irrenunciables, con los objetivos o con*



CONSEJO DE ESTADO

los requisitos formales agravados que se consideren necesarios– una apertura general del ordenamiento español al Derecho comunitario y, en su virtud, se reconozca apriorísticamente la constitucionalidad –la compatibilidad con la Constitución- de dicho ordenamiento”; sugerencia acerca de cuyo contenido no se pronunció con posterioridad el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004, al estimar y decir de modo expreso que, aunque “*el art. 93 CE en su texto actual, es suficiente para la integración de un Tratado como el que es objeto de nuestro análisis*”, la conveniencia o no de introducir en la Constitución una cláusula de integración excedía de los límites de su función jurisdiccional, dejando, pues, abiertas las puertas a una eventual reforma constitucional que explicitara el mecanismo de articulación entre ambos ordenamientos.

3.2.2. La aplicación del Derecho europeo por los tribunales españoles. Control de constitucionalidad y observancia del Derecho europeo

En lo que respecta a la primacía de las normas europeas sobre las constitucionales, la contradicción inherente a la doble condición de juez europeo y juez nacional, aunque teóricamente insoluble, no deja de ser una hipótesis muy real incluso una vez que entre en vigor, en su caso, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, por mucho que los derechos que consagra el tratado al incorporar la Carta Europea (artículo II-113) tengan, como los enunciados en la Convención Europea de Derechos Humanos, el carácter de mínimos. Al actuar como juez europeo, el juez nacional



CONSEJO DE ESTADO

no tendrá obstáculo alguno para aplicar su propia Constitución, si el derecho fundamental a considerar aparece enunciado en esta.

Más trascendencia práctica tiene la eventual contradicción entre la norma europea y la interna de rango legal. Como, de acuerdo con la doctrina *Simmenthal*, el juez "europeo" ha de inaplicar la norma nacional sin cuestionarla previamente ante el Tribunal Constitucional, la sujeción a la ley nacional se transforma en una sujeción de otro género. Sujeción al Derecho, si se quiere, pero no sujeción a la ley formal, ya que, cuando no es juez de última instancia, el juez nacional puede decidir la inaplicación de la ley nacional en virtud de su propio juicio, sin plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La praxis constitucional española ha llevado al Tribunal Constitucional a disociar del ordenamiento constitucional las cuestiones de inaplicabilidad del Derecho español por contradicción con el Derecho comunitario, entendiendo que son ajenas al mismo (Sentencia 28/1991, de 14 de febrero), hasta el extremo de disociar validez y eficacia, y permitir a los jueces ordinarios inaplicar leyes posconstitucionales. El deber que nuestros tribunales tienen de asegurar la primacía del Derecho europeo sobre el puramente interno les obliga a inaplicar las normas españolas, cualquiera que sea su rango, cuando están en contradicción con normas europeas; poder que *prima facie* parece incompatible con su sujeción al imperio de la ley que la Constitución proclama (artículo 117.1). Esa sujeción es absoluta en lo que toca a la Constitución misma y, en lo que respecta a las normas con rango de ley, está atenuada solo por la facultad de



CONSEJO DE ESTADO

cuestionar su constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (artículo 163).

Ese juicio del juez inferior puede ser corregido por el de última instancia, sobre el que sí pesa la obligación de consultar la cuestión al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y normalmente así se conseguirá impedir que prevalezcan decisiones cuestionables, si bien, como todos los sistemas, también este puede fallar. Buena prueba de ello lo proporciona precisamente la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004, de 19 de abril, que impone a todos los jueces, aunque no sean de última instancia, la obligación de plantear la cuestión prejudicial cuando su juicio sobre la contradicción entre la norma interna y la europea no sea clara en términos objetivos, sobre la base de que, en caso contrario, puede producirse una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.

Desde el punto de vista nacional, el Tribunal Constitucional solucionó la cuestión en la Sentencia 28/1991, de 14 de febrero, declarando que la vinculación de las leyes al Derecho comunitario "*ni significa que por mor del artículo 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerzas constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe a la vez necesariamente una conculcación del citado artículo 93*" y afirmando que el problema de las relaciones entre normas comunitarias y leyes nacionales es un "*puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto*", por lo que su resolución corresponde a los órganos judiciales ordinarios (como se ha visto, esta doctrina ha sido a su vez matizada por la ya citada Sentencia 58/2004). Ahora bien, esto no deja de



CONSEJO DE ESTADO

suponer una alteración en los poderes del juez ordinario frente a los de los Parlamentos nacionales y autonómicos que el constituyente español expresamente quiso limitar, lo que hasta el presente se ha realizado invocando el principio de primacía del Derecho comunitario.

La jurisprudencia constitucional española ha llevado a un resultado plausible que, según se vio, recoge de manera expresa la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional. Pero la construcción jurisprudencial no preserva ámbito alguno, ni siquiera el de los derechos fundamentales, en el que el "legislador" comunitario no pueda entrar en el ejercicio de sus competencias propias. La conveniencia de suplir esta debilidad es tal vez una de las razones que han llevado a impulsar una reforma constitucional que permitiera prescindir de esa construcción jurisprudencial. Además, de entrar en vigor el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el principio de primacía, más allá de su aceptación en los Tratados actualmente en vigor (en la medida en que estos consagran la aplicación del acervo comunitario), pasaría a ser una norma convencional explícita y rotunda (ya que aparece declarado de modo explícito en el artículo I-6), siendo predicable tanto de los tratados como de todo el Derecho derivado al que aquellos reenvían. Todas las normas que las instituciones creadas por los tratados han dictado y en el futuro puedan crear son las que, en virtud de esta estipulación convencional, han de anteponerse a todas las normas jurídicas españolas, incluidas las constitucionales. Se hace difícil entender que, al aceptar esta estipulación, el Estado español se esté limitando a atribuir a una organización internacional el ejercicio de competencias



CONSEJO DE ESTADO

derivadas de la actual Constitución, que es lo único que permite su actual artículo 93.

Desde el punto de vista comparado, esta mutación constitucional, derivada directamente del Derecho comunitario jurisprudencial, no ha sido objeto de tratamiento expreso en el texto de las Constituciones de los Estados miembros. No obstante, algunos de los países de reciente incorporación han incluido expresamente en sus Constituciones la aceptación del acervo comunitario (así, Lituania, en el artículo 2 de la Ley de 13 de julio de 2004).

En principio es posible, al menos en hipótesis, aceptar expresamente en el texto de nuestra Constitución la mutación constitucional que supone la obligación comunitaria de los jueces y tribunales de inaplicar normas con rango de ley en contra de lo señalado por los artículos 117 y 163 de la Constitución, con las matizaciones recientes (y no sin previsibles conflictos futuros) introducidas por el Tribunal Constitucional. Ello no obsta para considerar que el principio de seguridad jurídica debiera llevar a que una ley tenga que considerarse o no vigente para todos los operadores jurídicos españoles y, en especial, para todos los jueces, lo que conduciría a la conveniencia de plantear cómo debe articularse jurisdiccional y procesalmente la eficacia *erga omnes* de la validez del Derecho comunitario frente a las normas con rango formal de ley que figuren en los Boletines Oficiales del Estado y de las Comunidades Autónomas, pese a no ser aplicables. Además, el hecho de que la primacía del Derecho comunitario se haya interpretado por el Tribunal Constitucional, en la Declaración 1/2004, como distinta de la supremacía que rige en el sistema interno, hace cuestionable



CONSEJO DE ESTADO

extender las normas procesales promulgadas para asegurar la invalidez de las normas que se oponen a otras jerárquicamente superiores a la invalidez de normas por su contradicción con el Derecho comunitario (por ejemplo, recursos directos e indirectos contra reglamentos y normas con rango de ley contrarios al Derecho comunitario), por lo que esta regulación de la eficacia *erga omnes* de la inaplicación del Derecho comunitario completaría el sistema apuntado en la Declaración.

3.2.3. Integración europea y división del poder

En España se observa el mismo fenómeno que en el resto de los países miembros y que ha sido analizado en el apartado 2; esto es, el hecho de que la integración europea ha supuesto una reducción de la libertad de acción del Estado, que ha afectado más a las Cortes Generales que al Gobierno. De ahí la introducción de otro tipo de controles sobre la potestad del Gobierno para elaborar reglamentos o proyectos de ley, como lo es, sin ir más lejos, la competencia de este Consejo de Estado reflejada en los artículos 21.2 y 22.2 de su Ley Orgánica. La praxis parlamentaria española ha intentado reaccionar utilizando los mecanismos del Derecho parlamentario de solicitud de información y de control al Gobierno, pero, como se verá en detalle en el apartado 6.1, el Derecho comparado ha generalizado el reconocimiento constitucional de nuevas funciones a los Parlamentos.

Es cierto, por un lado, que las propias reformas de los tratados europeos han intentado compensar indirectamente el desequilibrio institucional en el seno de las instituciones europeas a través de la potenciación progresiva del Parlamento Europeo y del Comité de las



CONSEJO DE ESTADO

Regiones, pero lo relevante, a efectos del Derecho interno, es que ya en la década de los ochenta, al hilo del debate sobre la necesidad de conciliar los principios de legitimidad democrática y de eficacia del sistema institucional comunitario, se empezó a subrayar la necesidad de establecer vías de cooperación entre las instituciones parlamentarias nacionales y el Parlamento europeo. En el seno de este se fraguaría un principio que después pasaría a los tratados: el de concesión de ayudas mutuas. A partir de entonces se generalizarían los contactos entre diferentes comisiones parlamentarias nacionales y del Parlamento Europeo.

El Tratado de Maastricht dio impulso a esta vía en la Declaración número 13, relativa al cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, Declaración que se complementó con la siguiente, relativa a la Conferencia de los Parlamentos (más conocida por su denominación francesa: "*Assises*").

De ambas Declaraciones se deduce: 1) que consta de forma expresa en el texto de los Tratados comunitarios la importancia de que los Parlamentos nacionales tengan una mayor participación en las actividades de la Unión Europea; 2) que se insta a una mayor relación entre los Parlamentos nacionales y el Parlamento europeo, mediante la intensificación tanto del intercambio de información cuanto de los contactos entre parlamentarios (en particular, se invita a continuar esos contactos en el marco de las Conferencias de Parlamentos); y 3) que se apunta finalmente un medio concreto que facilite la función de control parlamentario, al establecer de modo imperativo que los Gobiernos velarán para que los Parlamentos nacionales puedan disponer de las propuestas legislativas de la



CONSEJO DE ESTADO

Comisión con antelación suficiente, para información o para que puedan ser examinadas.

Había un segundo instrumento de cooperación previsto en el Tratado de Maastricht que era mucho más modesto, ya que se limitaba a recoger una práctica generalizada en las relaciones interparlamentarias, como son las reuniones periódicas de comisiones parlamentarias competentes en las mismas materias. Con ello se consagraba la Conferencia de Órganos Especializados en Asuntos Europeos (COSAC), que existía desde 1989. Su actividad se centra en los principales asuntos de discusión de las conferencias intergubernamentales que se estuvieran celebrando (así, la unión económica y monetaria, la política exterior y de seguridad comunitaria, la cooperación en asuntos de justicia e interior o el principio de subsidiariedad). Más recientemente ha ido decantando su actividad hacia el control de la cooperación intergubernamental de la Unión Europea (los dos pilares extracomunitarios), así como a la delimitación de las competencias entre la Unión y sus Estados miembros concretada en el principio de subsidiariedad. Desde su creación, la COSAC se ha reunido bianualmente y poco a poco ha ido configurando un espacio propio, hasta el punto de que el Tratado de Amsterdam, además de olvidar las "Assises", le dio nuevo impulso al establecer un ámbito de actuación específico en su Protocolo número 13. El aspecto más novedoso del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en fase de ratificación, es el del reconocimiento de una nueva función de la COSAC: el *"fomento del intercambio de información y prácticas idóneas entre los parlamentos"*



CONSEJO DE ESTADO

de los Estados miembros y el Parlamento Europeo y entre sus comisiones especializadas”.

Aparte de la cooperación interinstitucional de los Parlamentos nacionales, las reformas de estos para intervenir en asuntos europeos han sido muy numerosas. En España, el modelo seguido por las Cortes Generales en materia de información y control de la actividad comunitaria europea se ha manifestado en diferentes instancias, aun cuando no debe olvidarse que han existido también otros instrumentos para la consecución de ese mismo objetivo de control. Para ello se han utilizado medios parlamentarios ordinarios (preguntas, interpelaciones, comparecencias en las Comisiones legislativas o en el Pleno, etc.) y también mecanismos específicamente creados con este objeto (debate posterior a los Consejos Europeos en el Congreso de los Diputados o actividad de la Comisión General de Comunidades Autónomas del Senado). La participación de las Cortes Generales en el seguimiento y control de los asuntos relacionados con la Unión Europea se ha institucionalizado a través de la Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea, en cuanto órgano especializado. La peculiaridad de esta Comisión, y probablemente también su carácter mixto, han llevado a que su regulación ni siquiera figure en los respectivos Reglamentos de las Cámaras, sino que se haya efectuado a través de una ley *ad hoc*, concretamente la Ley 8/1994, de 19 de mayo, desarrollada por una Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 21 de septiembre de 1995.

Fue la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de Bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades



CONSEJO DE ESTADO

Europeas (revisada por la Ley 18/1988, de 1 de julio) la que creó la Comisión Mixta, denominada por aquel entonces "para las Comunidades Europeas". En ella se optaba por el modelo de comisión mixta -poco frecuente en el Derecho comparado-, a la que se atribuían competencias meramente informativas y muy genéricas: debía ser informada tanto de los Reales Decretos Legislativos aprobados en desarrollo de la normativa comunitaria como de *"las líneas inspiradoras de la política del Gobierno"*, de *"la actividad comunitaria relativa a la aplicación y puesta en práctica de la adhesión de España"* y de *"los proyectos normativos de las Comunidades Europeas que puedan afectar a materias sometidas a reserva de ley en España"*.

La vigente Ley 8/1994, de 19 de mayo, supuso un paso más en la evolución de nuestro sistema. En ella se recoge una regulación completa de la Comisión Mixta para la Unión Europea y se amplía el deber de información del Gobierno a *"la información que obre en su poder sobre las actividades de las instituciones de la Unión"* (no solo, como hasta entonces, de la relativa a la aplicación de la adhesión española). Recoge también el contenido de la Declaración número 13 del Tratado de la Unión -en la versión del Tratado de Maastricht de 1992- y en tal sentido establece el deber del Gobierno de remitir *"las propuestas legislativas de la Comisión con antelación suficiente para información o para que puedan ser examinadas"*. El Gobierno deberá remitir además *"a la mayor brevedad posible un sucinto informe sobre el contenido sustancial de aquellas propuestas que tengan repercusión en España"*. Finalmente, *"la Comisión podrá solicitar del Gobierno la ampliación de la información remitida"* (artículo 3.b)). Respecto de las reuniones del Consejo Europeo, el Gobierno deberá *"remitir con*



CONSEJO DE ESTADO

anterioridad un informe sobre la evolución de la Unión Europea durante la Presidencia que concluye en dicho Consejo" (artículo 3.e) y, con posterioridad, comparecerá ante el Pleno del Congreso de los Diputados "para informar sobre lo allí decidido y mantener un debate con los Grupos Parlamentarios" (artículo 4) (nada se dice del Senado, recogiendo la práctica seguida hasta entonces de que el Presidente del Gobierno sólo acudiese al Congreso). En lo demás, la Ley 8/1994 se limita a reproducir la anterior regulación.

Pese a esta regulación relativamente detallada, la actividad de la Comisión (con independencia de los medios de los que dispone) ha sido más bien poco sistemática. Su interrelación con otros órganos similares de los restantes Estados miembros en el seno de la COSAC ha sacado a la luz que es el diferente grado de impulso político lo que esencialmente distingue el sistema español del de otros Estados miembros donde la actividad parlamentaria de control tiene realmente una importancia esencial. Es, pues, la distinta cultura política parlamentaria la que está en la base de la tendencia clara del Derecho comparado a trasladar esa importancia de la intervención parlamentaria en los asuntos europeos al propio texto de muchas Constituciones, como se examinará más detalladamente en el apartado 6.1.

Respecto de la distribución territorial del poder, formalmente, como el Tribunal Constitucional ha dicho muchas veces, la integración en Europa no altera el orden interno de competencias. Sin embargo, materialmente, en la práctica, no cabe ignorar que se ha producido una alteración en esa distribución, que hasta el presente se ha



CONSEJO DE ESTADO

intentado corregir con medidas reglamentarias o legales de efectos muy limitados.

En la esfera de las relaciones entre órganos ejecutivos, la participación de las Comunidades Autónomas se ha intentado estructurar mediante la creación de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE), que se consolidó mediante Ley 2/1997, de 13 de marzo; un sistema que ya venía funcionando con anterioridad y cuyos acuerdos han ido perfilando, con carácter general o para materias concretas (ayudas públicas, asuntos contenciosos ante el Tribunal de Justicia, etc.), un entramado de participación, en el que destacan, por ejemplo, el Acuerdo de 30 de noviembre de 1994, publicado en el BOE de 22 de marzo de 1995, sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos a través de las Conferencias Sectoriales; el Acuerdo de 22 de julio de 1996, en el que se proponía crear la figura de un Consejero dentro de la Representación Permanente de España ante la Unión Europea (REPER), lo que fue llevado a cabo por el Real Decreto 2105/1996, de 20 de septiembre, por el que se crea la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la UE; el Acuerdo de 1997 para abrir 55 de los Comités y Grupos de Trabajo de la Comunidad Europea a la participación regional durante un período de cuatro años (1998-2002); o los más recientes de 9 de diciembre de 2004, sobre participación de un representante autonómico en las materias que afecten a las Comunidades Autónomas en los Consejos de Ministros de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, Agricultura y Pesca, Medio Ambiente y



CONSEJO DE ESTADO

Educación, Juventud y Cultura, y sobre la Consejería para Asuntos Autonómicos en la REPER y la participación de las Comunidades Autónomas en los grupos de trabajo del Consejo en asuntos sobre materias antes especificadas en listas.

En la aplicación del Derecho comunitario europeo, el Tribunal Constitucional ha tenido que enfrentarse a cuestiones relacionadas con la no adaptación de este al sistema de competencias territoriales a la hora de determinar los órganos de trasposición y ejecución del Derecho europeo en España y la responsabilidad derivada de la inaplicación incorrecta del mismo (sentencias 252/1988, de 20 de diciembre, 79/1992, de 28 de mayo, 80/1993, de 8 de marzo, 102/1995, de 26 de junio y 146/1996, de 19 de septiembre, y, más recientemente, la 33/2005, de 17 de febrero), llegando a afirmar que *"tampoco cabe ignorar 'la necesidad de proporcionar al Gobierno los instrumentos indispensables para desempeñar la función que le atribuye el art. 93 CE' (STC 252/1988, FJ 2) (...) esto es, para adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar el cumplimiento de las resoluciones de los organismos internacionales en cuyo favor se han cedido competencias (del Derecho derivado europeo, en lo que ahora interesa), función que sólo una interpretación inadecuada de los preceptos constitucionales y estatutarios puede obstaculizar"*. De ahí que sea imprescindible una interpretación sistemática de todos estos preceptos, máxime en materias de competencia compartida o concurrente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, *"que deben resolverse exclusivamente conforme a las normas constitucionales y estatutarias de distribución de competencias"* (Sentencia 79/1992, de 28 de mayo, FFJJ 1 y 2), sin perjuicio de que



CONSEJO DE ESTADO

corresponda *"al Estado establecer los sistemas de coordinación y cooperación que permitan evitar las irregularidades o las carencias en el cumplimiento de la normativa comunitaria"* (Sentencia 148/1998, de 2 de julio, FJ 8).

Como se ve por estos pronunciamientos, no están precisados en nuestro Derecho los cauces a través de los cuales pueden hacerse efectivos los mecanismos de exigencia de responsabilidad a las Comunidades Autónomas en casos de incumplimiento del Derecho comunitario.

4. Respuestas a las preguntas formuladas

4.1. Consideraciones generales

Ciertamente, las tres preguntas están íntimamente relacionadas entre sí, en cuanto que reflejan aspectos distintos de un mismo problema, que es el de la integración. Y esa estrecha relación hace que en todas ellas aparezcan elementos de las otras. Por ello, la respuesta que se dé a cada una de ellas debe estar en consonancia y armonía con las que se hagan para las otras dos. Es desde esta perspectiva desde la que se examina en el presente Informe el tratamiento de aquellas, debiendo tenerse en cuenta, además, que la cuestión de cuál debe ser el lugar de la Constitución en el que se incluyan, en su caso, los nuevos preceptos –cuestión que, a su vez, debe estar en armonía con el contenido de las alternativas que se acepten definitivamente-, se trata en el apartado 5.

A tal efecto, cabe formular dos criterios generales que han de tomarse en consideración al proponer las diferentes soluciones.



CONSEJO DE ESTADO

Primero, lo que se pretende conseguir es una adecuación estructural entre ambos ordenamientos, el comunitario y el español. Ello es consecuencia lógica de la decisión adoptada de participar en el proceso de integración europea. Dicha voluntad supone, de modo necesario, aceptar las consecuencias que derivan de dicha participación; esto es, adecuar la norma constitucional a las implicaciones de la apertura del ámbito interno al ordenamiento comunitario.

En segundo lugar, y en cierto modo como contrapeso del anterior criterio, es preciso salvaguardar el papel que corresponde a la Constitución Española. Es la Constitución la que determina cómo, con qué procedimiento y con qué límites se pueden celebrar los tratados, la que determina cuál es la apertura del ámbito interno al ordenamiento comunitario y la que, en última instancia, determina su incidencia en el ordenamiento interno. La conjugación de estos criterios condiciona la respuesta a la pregunta sobre el procedimiento de ratificación y lleva a incluir en la cláusula que proclama la voluntad de integración ciertos límites materiales que vendrían a representar el contenido irrenunciable de la Constitución.

4.2. El modo de plasmar la manifiesta voluntad del pueblo español de participar, junto con las democracias europeas, en el proceso de construcción de la Unión Europea

La pregunta formulada por el Gobierno plantea tres grandes cuestiones.



CONSEJO DE ESTADO

La primera es la de si la voluntad de participación en la integración europea o en la Unión Europea, que tendría que constar de modo expreso en la Constitución, ha de ser absoluta e incondicionada o, por el contrario, orientada hacia una finalidad determinada y sujeta a ciertos límites infranqueables.

La segunda es la de si se pretende o no que la citada manifestación de voluntad tenga fuerza normativa, de manera que su inclusión en la parte dispositiva de la Constitución sirva para solucionar los problemas jurídico-constitucionales que el apartado 2 anterior ha puesto de relieve.

La tercera cuestión que plantea la pregunta es hasta qué punto se quiere o no resaltar esa participación como esencia de la forma de Estado, de manera que sea a partir de la Constitución Española (junto con las de los restantes Estados miembros) desde donde se construya el constitucionalismo europeo, por mucho que este proceso sufra más o menos avatares, llevando a la conciencia de los ciudadanos la convicción de que la pertenencia a la Unión es un modo de ser del propio Estado. Por tanto, la manifestación de voluntad podría reflejarse de forma más o menos potente en la estructura constitucional, y así responder con más o menos fuerza normativa a esa pretensión de ser entendida la participación en la Unión como caracterizadora o no de la esencia política de la España actual.

Respecto a la primera cuestión, como se ha visto en el apartado 2, con la inclusión de la manifestación de voluntad en la Constitución, España se incorporaría al grupo de Estados miembros que, especialmente a partir del Tratado de Maastricht (si se exceptúa el



CONSEJO DE ESTADO

caso de Irlanda, que es anterior), incluyen la participación en la integración europea expresamente en sus Constituciones. Son ejemplos de ese tipo de manifestación de voluntad la Ley Fundamental de Bonn (artículo 23.1: *“Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea...”*, y Preámbulo: *“Consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, animado de la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente Ley Fundamental”*); la Constitución francesa (artículo 88-1: *“... la República francesa participa en la Unión Europea, constituida por Estados que han elegido libremente ejercer en común algunas de sus competencias”*); o la Ley Constitucional lituana de 13 de julio de 2004 (artículo 1: *“La República de Lituania, como Estado miembro de la Unión Europea, compartirá con o delegará a la Unión Europea competencias de sus instituciones estatales en las áreas previstas en los Tratados constitutivos de la Unión Europea”*). Cuestión distinta es si se menciona expresamente la Unión Europea o si la voluntad de participar se limita a mencionar el proceso de integración europea, lo cual conlleva efectos distintos que deben estar en consonancia con la respuesta que se quiera dar a las restantes cuestiones que se pasan a considerar a continuación.

La cuestión de los límites está íntimamente relacionada con la necesidad de garantizar la permanencia de la esencia de la estatalidad española en la propia Constitución. Es cierto que la Unión Europea se fundamenta en esa garantía. Así, el artículo I-5.1 del



CONSEJO DE ESTADO

Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en fase de ratificación, es tajante al respecto (*“La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, 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. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional”*), pero precisamente por ello conviene que dicho principio figure también en el texto constitucional. Al fin y al cabo, la propia Unión Europea debe construirse sobre esta garantía.

Los ejemplos de los límites o condicionantes existentes en el Derecho comparado son múltiples. Así, la Ley Fundamental de Bonn en su artículo 23.1 señala que, *“para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental”*; el artículo 88-1 de la Constitución francesa (pendiente de la entrada en vigor, que, a su vez, depende de la entrada en vigor del Tratado que a continuación se indica), que establece que *“en las condiciones fijadas por el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa firmado el 29 de octubre de 2004, la República francesa participa en la Unión Europea, constituida por Estados que han elegido libremente ejercer en común algunas de sus competencias”*; o el artículo 5 del Capítulo 10 del Instrumento de



CONSEJO DE ESTADO

Gobierno de Suecia, que dispone que *“tales transferencias (de competencias constitucionales) presupone que la protección de los derechos fundamentales y libertades en la esfera de cooperación a la que se refiere la transferencia se corresponde con la que proporciona este Instrumento de Gobierno y la Convención Europea de Derechos Humanos”*.

Así pues, es conveniente que la “cláusula europea” que se introduzca en la Constitución afiance la garantía de estatalidad y constitucionalidad. La inclusión expresa de los límites a la participación en un artículo de la Constitución podría cumplir, además, la función de coadyuvar a la interpretación de la primacía del Derecho comunitario, cuestión indirectamente planteada por la segunda pregunta, como se verá más adelante. La Constitución Española proporciona en su texto distintas maneras de expresar la mayor pretensión de normatividad de sus valores y principios esenciales (artículo 1.1; materia reservada a la reforma constitucional por la vía del artículo 168, etc.), aunque el Derecho comparado, como ya se ha visto, también ofrece ejemplos de descripción del sistema de valores y de la esencia de la estatalidad que constituyen el fundamento de la supranacionalidad como algo en esencia diferente de la internacionalidad y del federalismo. Caben, pues, diversas posibilidades de redacción. Con independencia de ello, la mención del principio de cooperación con la Unión Europea podría servir para contrarrestar el excesivo peso que la mención extensa de los límites pudiera producir.

Respecto de la segunda cuestión -la fuerza normativa de la “cláusula europea”-, debe tenerse en cuenta que, si bien una mera



CONSEJO DE ESTADO

manifestación de voluntad podría ser expresiva de la importancia política que España atribuye a su participación en el proceso de integración y profundización europeas, la eficacia que se debe predicar de la reforma constitucional para que contribuya a solucionar los problemas jurídico-constitucionales descritos en el apartado 2 quedaría mermada si dicha manifestación de voluntad y sus límites no figurasen de manera expresa en la parte dispositiva de la Constitución, aunque ello suponga adelantar algo de lo que acerca del lugar más apropiado para realizar la reforma se contiene en el apartado 5.

Finalmente, la tercera cuestión, que se suscita de manera inevitable según el modo y lugar del texto constitucional que se utilice para plasmar la manifestación de voluntad, consiste en dilucidar si se quiere dotar o no de un reconocimiento especial a la estabilidad política y económica que la participación en la Unión supone para España, de manera que se otorgue a esa pertenencia a la Unión un carácter esencial que matice la propia esencia del Estado y sea expresivo de la manera en que el pueblo español quiere concebir su propia soberanía. La mejor manera de pronunciarse acerca de este extremo depende, desde el punto de vista de la técnica constitucional, del lugar del texto donde se plasme la voluntad de participar en la Unión y, en particular, si ello se hace o no en el Título Preliminar, aunque el que se establezca un Título nuevo relativo a la Unión Europea, más allá de su regulación en el Título y Capítulo relativos al tratamiento por las Cortes Generales de las relaciones internacionales sería también expresivo, aunque en menor



CONSEJO DE ESTADO

medida, de esa voluntad esencial de entender el Estado como necesariamente incluido en una dinámica supranacional.

La cláusula de manifestación de la voluntad de participar en la Unión podría adoptar, en consecuencia, distintas alternativas, cuyos posibles textos se recogen en el apartado 5.

4.3. La formulación de una cláusula expresa de integración del Derecho europeo en el sistema de fuentes

La segunda pregunta debe ser precisada, pues, en puridad, no se trata de integrar el Derecho europeo en el sistema español de fuentes del Derecho. Estamos ante ordenamientos dinámicos que tienen su propia lógica jurídica y cuyas relaciones hay que articular; no se trata, pues, de insertar el uno en el otro, sino de permitir la coexistencia y mutua influencia y de asegurar en todo momento la funcionalidad (*<multilevel constitutionalism>*). A esa necesaria articulación es a lo que intenta responder el Tribunal Constitucional al afirmar la primacía de uno (del ordenamiento europeo) y la supremacía del otro (de la Constitución Española).

De nuevo, el Derecho comparado ofrece ejemplos concretos de cómo lograr esa articulación, modelos que van desde el otorgamiento de valor supraconstitucional interno a todo el Derecho europeo a una remisión al valor de las normas europeas desde la propia lógica del sistema jurídico europeo del que derivan. Así, ejemplo de lo primero puede ser el artículo 7 de la Constitución de Eslovaquia: *“Los actos de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea con fuerza jurídica vinculante prevalecerán sobre las leyes de la República de*



CONSEJO DE ESTADO

Eslovaquia"; o, de manera más indirecta, el artículo 29.4.10.º de la Constitución de Irlanda, que afirma el valor de las normas europeas incluso sin límites: *"Ningún precepto de esta Constitución invalidará las leyes promulgadas, ni actos y medidas adoptados por el Estado que sean necesarios en virtud de sus obligaciones como miembro de la Unión Europea o de las Comunidades, ni evitará que tengan fuerza legal en el Estado las leyes promulgadas o los actos y medidas adoptadas por la Unión o por las Comunidades Europeas o por sus instituciones, o por órganos establecidos al amparo de los Tratados constitutivos de las Comunidades"*. Ejemplo de lo segundo puede ser el artículo 8.4 de la Constitución de Portugal: *"Las disposiciones de los Tratados que regulan la Unión Europea y las normas emanadas de sus instituciones, en el ejercicio de las respectivas competencias son aplicables en el orden interno, en los términos definidos por el Derecho de la Unión, con respeto a los principios fundamentales del Estado de democrático de Derecho"*; así como el artículo 3.a) de la Constitución de Eslovenia: *"Los actos y decisiones jurídicos adoptados por organizaciones internacionales a las que Eslovenia haya transferido el ejercicio de parte de sus derechos soberanos se aplicarán en Eslovenia conforme al régimen jurídico de dichas organizaciones"*.

El segundo modelo es el que, a juicio del Consejo de Estado, parece más adecuado, sobre la base de que esta fórmula es la que produce una mayor adecuación entre ambos ordenamientos; solución que quedaría completada por la referencia que se hace en este Informe a los límites constitucionales de la integración, que no solo



CONSEJO DE ESTADO

afectarían a la ratificación de los tratados (Derecho originario de la Unión), sino, obviamente, también al Derecho comunitario derivado.

Las fórmulas concretas que se utilicen en el texto de la Constitución Española podrían reconocer el valor de las normas europeas a partir de su propio ordenamiento jurídico, pero, en principio, si la voluntad de participar se sujeta a límites, por mucho que se plantee por algunos como mera hipótesis, no se puede dar valor ilimitado a normas, especialmente de Derecho derivado, cuyo proceso de elaboración y de aplicación está sujeto a muchos menos controles que el de aprobación de los Tratados constitutivos. Por tanto, afirmar el valor ilimitado del Derecho comunitario chocaría incluso con la manifestación de participar en la Unión siempre que se respete la esencia de la estatalidad y los valores y principios sobre los que aquella se asienta. Ello obliga a introducir límites a las pretensiones normativas del Derecho comunitario europeo, sea cual sea la fórmula que se emplee para articular ambos ordenamientos desde la "primacía" del uno y la "supremacía" del otro.

Para ello pueden utilizarse distintas redacciones, si bien deben establecerse límites a la participación. La existencia de esos límites, que se aplicarían tanto al Derecho originario como al derivado, aconseja pensar en una redacción que tenga la virtualidad de cumplir, al tiempo, las funciones de solucionar los problemas planteados por las preguntas primera y segunda. De esta manera se evitaría la reiteración de los límites en ambos preceptos constitucionales.

Los límites constitucionales a la integración constituyen uno de los puntos centrales de la afirmación del papel que corresponde a la



CONSEJO DE ESTADO

Constitución en relación con el Derecho comunitario. Los límites lo son, en principio, para las autoridades españolas, pues las autoridades comunitarias, en tanto tales, solo están sujetas a los criterios enunciados en los Tratados, sin perjuicio, no obstante, de la relevancia que estos principios pudieran tener en cuanto manifestación de tradiciones constitucionales comunes a los Estados. Pero, por otro lado, estos límites no solo jugarán en el momento de la celebración de los Tratados –en cuanto no permitirían celebrar tratados contrarios a aquellos principios–, sino también en la comprensión de las relaciones entre ambos ordenamientos, e incluso en el tratamiento de las eventuales colisiones normativas que surgieran entre uno y otro, puesto que la primacía tendría como techo esos principios.

Sobre cuáles hayan de ser los límites que deben especificarse, se abren diferentes opciones. El Derecho constitucional comparado muestra en este punto dos tipos de límites: uno, relativo a la necesidad de que quede garantizada una protección análoga de los derechos fundamentales, y dos, referido a la necesidad de que se respeten ciertos principios fundamentales, que en el caso español podrían definirse de diferentes maneras (por ejemplo, la remisión a la cláusula del Estado social y democrático de Derecho). Además, cabría establecer como límite constitucional a la integración los principios de la organización del Estado, levantando de este modo una barrera a la posibilidad de que desde el ordenamiento comunitario se introduzcan cambios en la forma de organización del Estado español.

Las posibles alternativas de redacción del texto constitucional en este punto aparecen al final del apartado 5.



4.4. La eventual conveniencia de diseñar un procedimiento específico para la ratificación de los tratados de la Unión Europea, pronunciándose en tal caso sobre los requisitos, cauce procedimental y posibles límites de esta

Esta pregunta puede ser respondida de dos formas. Efectivamente, como ya señalábamos en el apartado inmediatamente anterior, una de las posibles maneras de articular las relaciones entre ambos ordenamientos consistiría en otorgar directamente valor supraconstitucional a los tratados e indirectamente al Derecho derivado, siempre que se respetasen los límites impuestos a la participación y al reconocimiento del valor de las normas europeas a partir de su propia lógica, lo cual llevaría a que, entonces, la ratificación de los tratados se hiciera mediante procedimientos que equivalen a, o son expresamente, los previstos para la reforma constitucional.

Existen ejemplos de ello en el Derecho comparado: Alemania (artículo 23.1), Eslovaquia (artículo 84.4), Luxemburgo (artículo 37) o, con algunas singularidades, Irlanda (la celebración de algunos de los tratados comunitarios, con exclusión de los de adhesión de nuevos países, ha sido prevista en el artículo 29.4 de su Constitución), Lituania, Estonia (en estos dos casos se han aprobado sendas leyes constitucionales que permiten la adhesión a la Unión Europea) y Suecia, país en el que para celebrar estos tratados se exige, o bien mayoría de tres cuartos en el Parlamento, o bien seguir el procedimiento de reforma constitucional (artículo 5 del capítulo 10 del Instrumento de Gobierno).



CONSEJO DE ESTADO

Así pues, si la ratificación de los Tratados constitutivos en el futuro se estructurase como una reforma constitucional (normalmente, conforme al artículo 167 de la Constitución), cabría interpretar que tanto el Derecho originario como el derivado europeos tendrían expresamente valor constitucional, modificando de manera automática el contenido correspondiente de la Constitución, salvo en las materias reguladas por el artículo 168, de manera que los límites a la participación y al valor del Derecho comunitario, en virtud de su primacía, serían los que se derivan del valor de esa misma reforma, para lo que el sistema constitucional español está especialmente preparado al distinguir la Constitución entre preceptos sometidos a distintos procedimientos de reforma constitucional, configurando así una especie de núcleo especialmente sólido (el sometido a reforma por la vía del artículo 168, que, a su vez, podría servir de límite).

Por consiguiente, la cuestión no se reduce a la de constatar cuáles deben ser las mayorías exigibles para la ratificación de nuevos tratados (incluida la posibilidad de mantener un sistema igual al actualmente existente en el artículo 93), sino que afecta también a las posibles implicaciones de cada uno de los procedimientos de ratificación.

A pesar de lo expuesto, el Consejo de Estado cree conveniente descartar el recurso al procedimiento de reforma constitucional para ratificar futuros Tratados constitutivos, por las siguientes razones: en primer lugar, porque en nuestra tradición constitucional hay muy pocos precedentes de leyes constitucionales adicionales al propio texto de la Constitución; en segundo término, porque en la Declaración 1/1992 el Tribunal Constitucional sentó la doctrina de



CONSEJO DE ESTADO

que, en principio, las reformas de la Constitución deben ser todas expresas (*"la propia Constitución no admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidos y mediante la modificación expresa de su propio texto"*) y, en fin, porque la manera como se resuelvan las cláusulas de participación y de articulación de ambos ordenamientos soluciona ya la cuestión del valor de las normas europeas desde la perspectiva del sistema interno. Además, la supremacía de la Constitución, desde la propia lógica del sistema español, quedaría mejor afirmada, formalmente al menos, si no se aplica el procedimiento de reforma como procedimiento de ratificación. Ello con independencia de que haya que tener en cuenta que, a veces, son los propios Tratados constitutivos europeos los que contienen normas sobre su propia modificación que marcan una tendencia a agilizar los procesos de ratificación, al menos en lo que respecta a parte de su contenido (procedimientos simplificados del artículo IV-444 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en fase de ratificación).

Así pues, pese a que, desde la perspectiva de la pura técnica legislativa, la articulación de los ordenamientos podría quedar más claramente recogida si se procediera a remitir al procedimiento del artículo 167 de la Constitución para la ratificación de Tratados constitutivos (ya que entonces estos, y el Derecho derivado que en ellos se base, serían siempre válidos -desde la lógica del Derecho español-, salvo en cuanto afectaran a una de las materias cuya reforma ha de seguir el procedimiento establecido en el artículo 168), sin embargo, estima el Consejo de Estado más acorde, para



CONSEJO DE ESTADO

salvaguardar la supremacía de la Constitución, no recurrir a dicho procedimiento.

Descartada esa opción, el Derecho comparado muestra otras posibilidades y distintos ejemplos de procesos de ratificación:

A) Constituciones en las que el procedimiento de celebración de los tratados es el ordinario: Austria (artículo 9.2 en relación con el artículo 50.1), Italia (artículos 80 y 87), Francia (artículo 53), Bélgica (artículo 34 en relación con los artículos 75, 77 y 167), Países Bajos (artículos 91 y 92), Finlandia (artículo 94), Portugal (artículo 161) y, naturalmente, los países con tradición del *common law*: Gran Bretaña, Malta y Chipre.

B) Constituciones con un procedimiento diferente del ordinario, pero no vinculado al de reforma constitucional: Grecia (artículo 28, que exige mayoría de tres quintos del total de los Diputados), Hungría (artículos 2a y 19.3.f, en virtud de los cuales se exige una mayoría de dos tercios en el Parlamento), Eslovenia (artículo 3a, que requiere que la ley de autorización de la ratificación sea votada por mayoría de dos tercios de la Asamblea Nacional), Letonia (artículo 68, que exige, además de una mayoría de dos tercios de los votos, un referéndum), Dinamarca (artículo 42, que presenta esta alternativa: o bien una mayoría de cinco sextas partes de la Cámara, o bien mayoría simple y referéndum favorable) o Polonia (artículo 90, que exige, o bien mayoría de dos tercios en las dos Cámaras -con presencia, en cada una de ellas, de al menos la mitad de sus miembros-, o bien un referéndum; opción a decidir por la Dieta).



CONSEJO DE ESTADO

Con independencia de que se mantenga o no la posibilidad de referéndum, es cierto que conviene sujetar la ratificación de los Tratados que son de hecho irreversibles a un quórum que eluda las mayorías ocasionales y que fuerce a que se produzcan pactos de Estado en cada nueva profundización del proceso de integración europea, cada vez más comprometido, y a asumir, en caso de cambio electoral, el *statu quo* de las negociaciones en los términos en que se encuentren, evitando proporcionar oportunidades de bloqueo por parte de minorías parlamentarias. Este razonamiento llevaría a exigir unas mayorías (tres quintos o dos tercios) superiores a las actuales. Sin embargo, no conviene dificultar excesivamente la autorización de la prestación del consentimiento para ratificar nuevos tratados, y unas mayorías tan reforzadas asimilarían el proceso, en buena medida, al descartado de la reforma constitucional. En este orden de consideraciones, es posible reforzar las mayorías del actual quórum del artículo 93 recurriendo a la necesidad de que el Senado también autorice por mayoría absoluta la prestación del consentimiento, sin perjuicio de que el Congreso mantenga su posición de mayor relevancia.

Por ello, el Consejo de Estado cree procedente lo siguiente:

Primero, la introducción de un proceso específico de autorización de la prestación del consentimiento para la ratificación de los Tratados constitutivos, lo que, en cualquier caso, no obsta al mantenimiento del actual artículo 93 en su redacción actual como aplicable a otros supuestos que no es impensable puedan producirse en el futuro -como ocurrió con el Tribunal Penal Internacional-, dados los niveles de intensificación que están alcanzando, poco a poco, la



CONSEJO DE ESTADO

cooperación internacional y los procesos de globalización. Tal proceso debe llevar a una fórmula que respete los procedimientos clásicos de prestación del consentimiento por las Cortes Generales en la ratificación de tratados y refuerce el quórum, estimándose que la mejor fórmula consistiría en otorgar un mayor peso a la participación del Senado, especialmente si asume su papel de Cámara de representación territorial, acudiéndose a mecanismos en los que el Congreso tuviera la decisión definitiva para respetar el principio de mayor relevancia de la Cámara baja. La autorización de las Cortes Generales podría consistir, pues, en la necesidad de que se produzca por mayoría absoluta de ambas Cámaras, si bien el Congreso tendría la potestad definitiva de autorizar la prestación del consentimiento para la ratificación del Tratado por mayoría de tres quintos en los supuestos, probablemente excepcionales, en que no se hubiese logrado la mayoría absoluta en el Senado.

Segundo, es conveniente mantener el procedimiento del artículo 95.2, en especial para que el Tribunal Constitucional se constituya en garante de las condiciones (límites) de la participación, para lo cual no es necesario hacer modificación alguna del texto de la Constitución.

Tercero, también parece aconsejable mantener la posibilidad de referéndum en sus términos actuales (artículo 92), sin necesidad, pues, de modificar tampoco el texto constitucional.

5. La incorporación de la reforma al texto constitucional

El lugar dentro del texto de la Constitución Española en el que debe insertarse la reforma tiene ciertamente trascendencia, habida



CONSEJO DE ESTADO

cuenta del distinto valor que aquella atribuye a las diferentes partes de su articulado.

El modo de plasmar la manifiesta voluntad del pueblo español de participar, junto con las democracias europeas, en el proceso de construcción de la Unión, que constituye la primera pregunta, tiene, en principio, dos posibles ubicaciones, ya que, por un lado, es una manifestación de voluntad, pero, por otro, debe tener, como se ha señalado en el apartado 4.2, carácter normativo.

Las manifestaciones de voluntad como tales están recogidas en la Constitución Española en su Preámbulo. El añadir la voluntad de participar en el marco geográfico-cultural-institucional europeo podría estar en consonancia con el resto de las manifestaciones de voluntad que configuran el actual Preámbulo, que procede del momento constituyente inicial.

Incluir la manifestación de voluntad en el Preámbulo tendría la ventaja de recoger fielmente la realidad de lo que se quiere hacer desde la perspectiva política, aunque ello no dejaría de suponer una cierta innovación, ya que en nuestra tradición jurídica las exposiciones de motivos suelen reflejar la voluntad del legislador en el momento concreto en el que se promulga la norma, por lo que podría argumentarse que la manifestación de voluntad debería figurar en la reforma de la Constitución, y no en la Constitución misma. Sin embargo, técnicamente hablando, las exposiciones de motivos no son equivalentes a los preámbulos, y mucho menos en el caso de las Constituciones, ya que estos forman parte integral de la norma. Solo actualizando el Preámbulo adquiere este su sentido, porque solo así



CONSEJO DE ESTADO

acompañará siempre a la parte articulada de la Constitución, no perdiéndose en adendas y otros instrumentos que quedan disociados del texto fundamental, sino expresando en todo momento la voluntad constituyente última y actualizada del pueblo español.

Podría no tener sentido, desde la perspectiva constitucional, mantener un Preámbulo de la Constitución que luego, por avatares históricos, no se correspondiera con su contenido real. El Preámbulo debe estar siempre en consonancia con lo que las decisiones constituyentes reflejan en cada momento en que se actualiza el contenido mismo de la Constitución, en la medida en que ese nuevo contenido refleje una voluntad nueva esencial desde la perspectiva de la forma de Estado o un cambio en la voluntad manifestada de determinada manera en diciembre de 1978 (naturalmente, siempre que se trate de materias que tradicionalmente forman parte de o están claramente conectadas con las que se contienen en dicho Preámbulo).

Cuestión distinta es si, dado el carácter abstracto de las manifestaciones de voluntad que dicho Preámbulo contiene, tiene sentido la referencia expresa a la Unión Europea o estaría más en consonancia con su tenor una manifestación que haga referencia a Europa con carácter general (como hace, por ejemplo, el único supuesto equivalente en Derecho comparado, el de la Ley Fundamental de Bonn). Estima el Consejo de Estado que, dado que la manifestación de voluntad con contenido plenamente normativo debe estar, en cualquier caso, en la parte articulada de la Constitución, en la cláusula de participación, y que esta tiene que ser más precisa, no es necesario que el Preámbulo alcance ese mismo grado de precisión,



CONSEJO DE ESTADO

lo que, por otro lado, contribuye a no desnaturalizar en exceso su contenido actual, que se mueve en un alto nivel de abstracción.

El texto incluido al final de este apartado contiene una posible redacción de la modificación del Preámbulo.

Con independencia de la decisión que se adopte con respecto a si se estima conveniente o no modificar el Preámbulo, lo cierto es que, como se señalaba en el apartado 4.2, como cuestión de esencia normativa, y no de mera voluntad, debe introducirse esa manifestación de voluntad en el propio texto articulado constitucional.

La cláusula de participación debería encabezar una futura "cláusula europea" que, por razones de sistemática, debería abarcar todos los temas objeto de consulta, no quedando estos dispersos a lo largo y ancho del texto, salvo que, a su vez, por razones de sistemática, bien debidas al texto actual de la Constitución, bien debidas a las reformas que se introduzcan (por ejemplo, las correspondientes a las Cámaras o, más en concreto, al Senado), haya que hacer ineludiblemente remisiones de unos artículos a otros desde lugares distintos de aquel en el que se inserte la "cláusula europea".

La primera opción para la inclusión de la "cláusula europea" podría ser la de añadir un nuevo artículo (93 bis) en el propio Capítulo III del Título III, donde actualmente está situado el artículo 93, ya que, como se ha señalado en el apartado 4.4, conviene mantener íntegramente el artículo 93 con su redacción actual para otros supuestos. También podría crearse un nuevo Capítulo, el IV (que consistiría en un solo artículo, obviamente también el 93 bis),



CONSEJO DE ESTADO

siempre que, además, el nuevo Capítulo llevase su correspondiente rúbrica: "*De la Unión Europea*".

Sin embargo, el Consejo de Estado estima más acertado introducir un nuevo Título VII bis u VIII bis, más que un nuevo artículo 93 bis o un nuevo Capítulo IV en el Título III. Ello porque no se está únicamente ante una reforma que afecte al sistema de fuentes del Derecho o al proceso de ratificación de Tratados constitutivos, ni aún mucho menos solo a las Cortes Generales, órgano que constituye el objeto de la totalidad del contenido del Título III, por mucho que aquellas dos cuestiones sean dos de los principales problemas que la cláusula resuelve (el correspondiente a la segunda pregunta), sino ante una nueva forma de entender la estructura del Estado: la participación misma como manifestación normativa de voluntad.

Ese nuevo Título, que tendría una rúbrica específicamente destinada a la Unión Europea, podría solucionar las tres cuestiones planteadas en la consulta: dotar de carácter normativo a la voluntad de participar en los procesos de integración en el seno de la Unión y cooperar en su devenir futuro, así como fijar los límites a esa integración; necesidad de autorización de las Cortes Generales a través de la exigencia de una mayoría reforzada de ambas Cámaras, con prevalencia definitiva de la voluntad del Congreso; y reconocimiento de las consecuencias de la ratificación, es decir, de la identidad propia del sistema de fuentes del Derecho comunitario y sus límites.



CONSEJO DE ESTADO

La necesaria armonía y concordancia en el tratamiento de las tres cuestiones, que, como se señaló al principio, es un requisito sustancial de la reforma, al ser tres cuestiones íntimamente entrelazadas, en las que la decisión respecto a una de ellas condiciona (o soluciona) las restantes, quedaría mucho más claramente lograda si hay un solo título y artículo que trate todos esos extremos. Así pues, en relación con las cuestiones planteadas, el nuevo Título (de un solo artículo con varios apartados) supondría la inclusión de los siguientes preceptos en el texto constitucional:

- En un primer apartado se incluiría una referencia a que España (para reflejar la idea de la Europa de los pueblos y no solo de los Estados) participa en la Unión Europea, y se recogerían los condicionantes o límites a dicha participación mediante una descripción de los mínimos de la estatalidad española y de las características de la propia Unión Europea, y del respeto de esta a los derechos fundamentales.

- En un segundo apartado se regularía el procedimiento de autorización para la prestación del consentimiento para celebrar futuros tratados: en este sentido, se establecería que los Tratados constitutivos comunitarios habrían de obtener la autorización de las Cortes Generales con mayoría absoluta de ambas Cámaras, sin perjuicio de que, si no se alcanzara la mayoría absoluta en el Senado, el Congreso, por mayoría de tres quintos, podrá autorizar la prestación del consentimiento para la ratificación de dichos tratados.

- En un tercer apartado se haría referencia a las relaciones entre ambos ordenamientos, estableciendo que tanto la validez como



CONSEJO DE ESTADO

la eficacia de las normas comunitarias en el ámbito interno se rigen por los propios criterios comunitarios. Además, se mencionarían de manera expresa (o por referencia al apartado o precepto anterior) los límites a esa validez o eficacia.

Por lo demás, también deberían formar parte adicional del precepto en el que se concreta la "cláusula europea" el resto de las cuestiones tratadas en el apartado siguiente (6), como son la participación de las Cortes Generales y de las Comunidades Autónomas en la toma de decisiones sobre iniciativas europeas y la responsabilidad de las Comunidades Autónomas por incumplimiento del Derecho comunitario europeo.

En consecuencia, un posible texto, con sus alternativas, del conjunto de la cláusula europea podría formularse en los siguientes términos:

PREÁMBULO. La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:...

Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra y...

... participar activamente en el proceso de integración europea.



CONSEJO DE ESTADO

Nuevo Título [VII bis] u [VIII bis] *“De la Unión Europea”*

Artículo X bis:

1. España participa en el proceso de integración europea y, con este fin, el Estado español, sin mengua de los principios consagrados en el Título Preliminar, coopera con los demás Estados miembros a través de instituciones comunes en la formación de una unión comprometida con el Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales.

2. La prestación del consentimiento para la ratificación de los tratados a través de los que se lleva a cabo la participación de España en la integración europea requerirá la previa autorización de las Cortes Generales por mayoría absoluta de ambas Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, el Congreso, por mayoría de tres quintos, podrá autorizar la celebración de dichos tratados.

3. Dentro del marco establecido en el apartado 1, los tratados de la Unión Europea y las normas emanadas de sus instituciones en el ejercicio de sus competencias serán aplicables en España en los términos definidos por el propio Derecho de la Unión.

6. Otras cuestiones conexas

El examen de los problemas jurídico-constitucionales que plantea el proceso de integración europea ha puesto de relieve la existencia de problemas conexos con los que resultan de modo



CONSEJO DE ESTADO

directo de las tres preguntas formuladas por el Gobierno, en especial la incidencia del protagonismo del Ejecutivo en las relaciones con las Cortes Generales; la función del juez ordinario como juez europeo, que asume funciones que son más propias de la jurisdicción constitucional; el papel de las Comunidades Autónomas en un sistema de decisiones que pivota sobre el Gobierno y, por tanto, sobre las instituciones centrales del Estado, y los mecanismos existentes para hacer efectiva, a nivel interno, una responsabilidad del Estado frente a la Unión que descansa en los poderes de trasposición y ejecución del Derecho comunitario que, según la jurisprudencia constitucional, corresponden en principio a las Comunidades Autónomas; cuestiones todas ellas que se examinan a continuación.

6.1. Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales

En los ordenamientos de otros Estados miembros de la Unión Europea, en los que se observa una tendencia hacia la aceptación progresiva de la integración europea, es cada vez más común que se incluya expresamente en el texto de las Constituciones la participación de los Parlamentos en el debate de las cuestiones que son objeto de decisión en el ámbito europeo. Podría agruparse en tres tipos o modelos la plasmación constitucional del intento de reequilibrar las funciones de los Parlamentos *versus* las de los Ejecutivos:

1) La generalidad de las Constituciones que contienen alguna previsión en relación con este punto recogen el deber del Gobierno de



CONSEJO DE ESTADO

informar al Parlamento. Este deber puede establecerse como obligación genérica de información (artículo 23.2 de la Ley Fundamental de Bonn; artículo 23.e de la Constitución austríaca; artículo 3a de la Constitución de Eslovenia; artículo 88-4 de la Constitución francesa; artículo 3 de la Ley constitucional de 13 de julio de 2004, sobre la integración de Lituania en la Unión Europea; artículo 96 de la Constitución de Finlandia de 1999). La misma obligación, prevista en relación con aspectos concretos, se consagra en otros textos constitucionales (artículo 197 de la Constitución de Portugal, artículo 10b de la Constitución checa, artículo 6 del Capítulo 10 del Instrumento de Gobierno sueco).

2) Un segundo tipo de mecanismo de mayor incidencia consiste en la posibilidad, recogida en muchos textos constitucionales, de que el Parlamento manifieste su parecer. En algunos textos constitucionales se prevé que el Parlamento dé recomendaciones (artículo 3 de la Ley Constitucional de 13 de julio de 2004, de Lituania), dicte opiniones (artículo 10b de la Constitución de la República Checa) o evalúe la actuación del Estado (artículo 163 de la Constitución portuguesa). A este respecto puede tener gran relevancia la previsión de comités *ad hoc*, ya esté recogida en el texto constitucional o en los Reglamentos de las Cámaras.

3) Finalmente, el mayor grado de intensidad de la intervención del Parlamento se corresponde con la previsión de mecanismos dirigidos a que el Gobierno tome en consideración o tenga en cuenta, con variable grado de exigencia, la opinión o el criterio establecido por el Parlamento. En este sentido, cabe citar, entre otros, los casos del artículo 23.3 de la Ley Fundamental de Bonn, que determina que



CONSEJO DE ESTADO

el Gobierno federal deberá dar al *Bundestag* la oportunidad de establecer su posición, la cual deberá tener en cuenta durante las negociaciones, remitiéndose al desarrollo que se haga de la cuestión por una ley. En el artículo 23e de la Constitución de Austria se establece que el Gobierno Federal queda vinculado durante las negociaciones y votaciones de las propuestas adoptadas en el marco de la Unión Europea por la opinión expresada por el *Standetag* sobre una propuesta nacional que exija una ley federal o que pretenda dejar sin efecto un acto jurídico directamente aplicable concerniente a materias que sean competencia del legislador federal. No debe olvidarse, a este propósito, que la praxis del Reino Unido, pese a no estar recogida en la Constitución debido a la ausencia de texto escrito, es la que ha diseñado el que quizá es el sistema más eficaz de intervención parlamentaria en los asuntos europeos; eficacia que también se da en otro país de honda tradición parlamentaria, Dinamarca, que podría haber llevado el papel que juega el *Folketing* en asuntos europeos a su Constitución, pero no lo ha hecho.

Conviene recordar, por un lado, que los Tratados constitutivos europeos atribuyen funciones a los Parlamentos nacionales que no están previstas en sus Constituciones y que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en fase de ratificación, las aumenta y, por otro lado, que el Derecho comparado también ofrece ejemplos de introducción expresa en las Constituciones de los Estados miembros de la intervención parlamentaria en otros actos con relevancia institucional para Europa, como son el nombramiento de los Comisarios Europeos u otros nacionales como integrantes de los altos órganos europeos.



CONSEJO DE ESTADO

Partiendo del precedente que supone la Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea, cuya trayectoria ha sido analizada en el apartado 3.2.3, lo cierto es que su funcionamiento sistemático parece necesitar claramente de un impulso político adicional y quizá también de medios adicionales. La Ley 8/1994 le otorga importantes funciones, pero no parece que ello haya sido suficiente para que el Parlamento español equipare su funcionamiento al de los Parlamentos de otros Estados miembros, como se pone de manifiesto en los encuentros semestrales que la Comisión Mixta celebra con representantes de esos Parlamentos en el seno de la Conferencia de Órganos Especializados en Asuntos Europeos (COSAC).

El que la Constitución recogiera de modo expreso algún mecanismo de participación del Parlamento en el proceso de elaboración de las normas comunitarias contribuiría a dotar de ese deseable impulso político a las actuaciones de la Comisión Mixta (u otro órgano que cumpla funciones equivalentes), aunque los detalles deberían remitirse a normas infraconstitucionales (leyes o reglamentos de las Cámaras). La tendencia, claramente perceptible en el Derecho comparado, a prever en la Constitución un contenido mínimo de esa participación, lleva al Consejo a recomendar que la Constitución recoja la obligación del Gobierno no solo de informar y debatir las políticas europeas, sino incluso de tomar en consideración la opinión de las Cortes, informándolas de las razones por las que dicha opinión no haya podido materializarse en la negociación de las iniciativas que se debaten en el seno de la Unión.



CONSEJO DE ESTADO

Incluir de modo expreso estos principios mínimos en la Constitución no solo contribuiría a dotar a la Comisión Mixta del impulso político para activar sus funciones, para que se lleven a cabo de manera más sistemática, sino que excluiría la interpretación opuesta; es decir, la de que, siendo muy acusada la tendencia del Derecho comparado a incluir en el texto constitucional los principios de intervención parlamentaria en la toma de decisiones europeas, el silencio podría interpretarse como una consagración de un sistema de predominio del poder del ejecutivo en asuntos europeos que no se corresponde con la afirmación de la forma de Estado como Monarquía Parlamentaria.

Respecto de las funciones que los Tratados atribuyen expresamente a los Parlamentos nacionales, ya diseñadas o que pudieran diseñarse en el futuro, que no están recogidas en la Constitución Española, una de las posibles soluciones podría consistir en ampliar el texto del artículo 66.2 para que este remitiera a los Reglamentos de las Cámaras a los efectos de determinar cómo ejercerá cada una de ellas, en su caso, las funciones que les atribuyan los Tratados de integración y profundización de la Unión Europea, habilitándose esa posibilidad de manera generalizada para evitar, como ha ocurrido en algún Estado miembro -por ejemplo, Francia-, la modificación constante de la Constitución cada vez que los Tratados constitutivos establezcan nuevas funciones de los Parlamentos nacionales o modifiquen en algún extremo las ya existentes.

Lo mismo podría hacerse, en hipótesis, pero esta vez con remisión a la ley, en lo concerniente a la regulación de aspectos más



CONSEJO DE ESTADO

concretos, como los relacionados con el acceso de ciudadanos españoles a cargos, o con su estatuto como personal de las instituciones europeas, aunque la práctica española actual, por aproblemática, no requiere ni aconseja retocar la Constitución en este punto, a diferencia de lo que ocurre en otros países donde, debido a la constitucionalización de estas materias en la esfera interna, resulta lógico que lo hayan incorporado en sus reformas constitucionales para la participación en la integración europea, como es el caso, por ejemplo, de Austria, artículos 23a a 23f.

6.2. Las funciones del juez ordinario como juez "europeo"

Por lo que se refiere al apoderamiento de la jurisdicción ordinaria de los Estados realizado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que, como ya se vio en el apartado 3.2.2, ha declarado que los Estados están obligados a velar por el respeto al Derecho comunitario, un deber que conlleva la obligación de los jueces y tribunales de inaplicar normas con rango de ley en contra de lo señalado por los artículos 117 y 163 de la Constitución, la naturaleza jurisprudencial de esta mutación constitucional hace aconsejable no incluir esta cuestión en la reforma de la Constitución, sino remitir su regulación a normas procesales, de manera que por ley orgánica se regule la atribución de efectos *erga omnes* a la declaración realizada en un procedimiento *ad hoc* de que una ley es contraria al Derecho comunitario, así como los recursos contra leyes o reglamentos contrarios al Derecho comunitario, intercalando, siempre que ello se estime exigible conforme a los



CONSEJO DE ESTADO

principios aplicables, el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Este procedimiento podría residenciarse ante el Tribunal Supremo de manera parecida a la cuestión de legalidad de los reglamentos de los artículos 123 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que podría ampliarse a los supuestos en que la inaplicación del reglamento no obedece a razones de ilegalidad interna, sino de ilegalidad por contradicción con el Derecho comunitario, o ante el Tribunal Constitucional, si se quiere mantener más fielmente la sujeción de la jurisdicción ordinaria a la ley. La regulación por ley orgánica de la atribución de efectos *erga omnes* a la declaración realizada en un procedimiento *ad hoc* de que una ley es contraria al Derecho comunitario o incluso la posibilidad de recurso directo contra aquella, podría entonces hacerse por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, o por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, según la solución por la que se opte, mientras que la revisión de los procedimientos contra reglamentos contrarios al Derecho comunitario podría remitirse por dicha ley orgánica a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Cualquier solución que se adopte habrá de ser respetuosa con la doctrina *Simmenthal* y con la facultad del juez ordinario de inaplicar las leyes y reglamentos internos contrarios al Derecho comunitario, aceptados por la Constitución en la medida en que se disponga, como se propone en este Informe, que las normas comunitarias serán aplicables en España "en los términos definidos en el propio Derecho



CONSEJO DE ESTADO

de la Unión Europea". Dado que las categorías de inaplicación e invalidez no están suficientemente precisadas en nuestro ordenamiento, sería conveniente aclarar la diferencia entre los dos mecanismos que se proponen. Si el problema se quiere resolver en términos de mera inaplicación, bastaría con la declaración *erga omnes* efectuada por el Tribunal Supremo de que una ley es contraria al Derecho comunitario; pero si se quiere resolver el problema en términos de invalidez, lo que no plantea dificultades constitucionales insalvables, la competencia para tal declaración debería atribuirse al Tribunal Constitucional, modificando los correspondientes preceptos de su Ley Orgánica.

En cualquier caso, estima el Consejo de Estado que no es necesario incluir de manera expresa en la Constitución esta cuestión, ni siquiera una remisión a las leyes orgánicas u ordinarias jurisdiccionales y procesales, ya que ello podría anquilosar en exceso la flexibilidad que requiere la reacción a la evolución jurisprudencial. Es cierto, no obstante, que considerar que la alteración del sistema de fuentes del Derecho es una cuestión de constitucionalidad, para justificar así la necesidad de intervención del Tribunal Constitucional, puede requerir una modificación expresa de la Constitución, dada la jurisprudencia del citado Tribunal hasta la fecha, que, salvo con los matices introducidos por la ya mencionada Sentencia 58/2004, ha considerado la cuestión de la inaplicación de la ley por contraposición al Derecho comunitario como una cuestión ajena a la Constitución. En este caso, el que el texto de la Constitución contuviera una remisión expresa a las recién citadas leyes orgánicas podría contribuir, por y en sí mismo, a revisar esa jurisprudencia del Tribunal Constitucional,



CONSEJO DE ESTADO

sin necesidad de otras precisiones, de manera que la redacción del texto constitucional contuviera el grado de abstracción y generalidad que requieren los preceptos constitucionales.

El Consejo de Estado, a la vista de lo aquí expuesto, estima conveniente un estudio detenido acerca de cuáles son las reformas que a nivel legal o, en su caso, constitucional son necesarias y oportunas para adecuar nuestro sistema constitucional, jurisdiccional y procesal a las exigencias del Derecho comunitario.

6.3. La relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas

Las Comunidades Autónomas, titulares en muchas ocasiones de competencias exclusivas sobre materias que caen dentro del ámbito de la Unión Europea, carecen de facultades para contribuir a fijar la posición del Estado español en las negociaciones de las que resultan decisiones que, sin embargo, han de poner en práctica, aunque, de otra parte, no sean ellas, sino el Estado en su conjunto el que responde del eventual incumplimiento de esta obligación.

Formalmente, como ya se vio en el apartado 3, el Tribunal Constitucional ha dicho en multitud de ocasiones que la integración en Europa no altera el orden interno de competencias; en la práctica, sin embargo, no cabe ignorar que se ha producido una alteración que hasta el presente se ha intentado corregir con medidas de carácter reglamentario o legal de efectos muy limitados.



6.3.1. La participación de las Comunidades Autónomas en las decisiones europeas

Según ya se ha expuesto en el apartado 3.2.3, se ha intentado estructurar dicha participación mediante la creación de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE). El hecho de que las Conferencias Sectoriales no estén en la actualidad constitucionalizadas hace que pueda resultar algo forzado el que se incluyan en la Constitución estas Conferencias solo en relación con el proceso de toma de decisiones europeas, aunque ello no sea descartable, como tampoco lo es el mencionar expresamente la obligación de crear órganos de coordinación Estado-Comunidades Autónomas.

En todo caso, resulta conveniente plasmar expresamente en la Constitución los principios que han de inspirar la intervención de las Comunidades Autónomas en estos procesos y los objetivos que han de perseguir, teniendo en cuenta que hay medidas que solo cabe adoptar en el plano constitucional.

Los ejemplos de reformas de este género en el Derecho comparado son abundantes y bien conocidos. En Alemania, la regulación del artículo 23, apartados 4 a 6, se completa, en el apartado 7, con una remisión a su regulación más detallada por ley (7: *“La regulación de los apartados 4 a 6 se hará por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat”*). En el artículo 23d de la Constitución austriaca, que regula también de modo extenso la participación tanto de los *Länder* como de la representación de las entidades locales, esa remisión se hace a un acuerdo –fuente del



CONSEJO DE ESTADO

Derecho muy usual en Austria (artículo 15 de la Constitución)- entre la Federación y los *Länder* (apartado 4: "*La regulación más detallada de lo dispuesto en los apartados 1 a 3 anteriores se establecerá en un acuerdo entre la Federación y los Länder (art. 15ª par. 1)*"). También es de sobra conocido el caso de Bélgica, donde, a partir de la reforma constitucional de 1993, se firmó el Acuerdo de 8 de marzo de 1994 entre el Estado belga y sus Comunidades y Regiones para posibilitar la adopción conjunta de tratados internacionales y cooperar en la representación de Bélgica ante el Consejo de la Unión Europea, que está en la base de la redacción del artículo del Tratado de la Unión que determina la composición del Consejo. Igualmente puede citarse la reforma de la Constitución italiana en 2001, que introdujo un nuevo apartado en el artículo 117: "*En las materias de su competencia las Regiones y las Provincias autónomas de Trento y Bolzano participarán en las decisiones destinadas a la formación de los actos normativos comunitarios y proveerán a la aplicación y cumplimiento de los acuerdos internacionales y de los actos de la Unión Europea, con observancia de las normas de procedimiento establecidas por una ley del Estado, la cual regulará las formas de ejercicio de la potestad sustitutiva en caso de incumplimiento*".

La solución a esta cuestión, si se quiere abordar en el plano constitucional, depende también en parte de la estructura que finalmente adopte el Senado; tema que se examina en la parte V de este Informe. En el Derecho comparado, el artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn (apartados 4 y 5) atribuye una función esencial al *Bundesrat* (4: "*El Bundesrat deberá participar en la formación de la voluntad de la Federación en tanto tuviera que participar en las*



CONSEJO DE ESTADO

correspondientes medidas a nivel nacional o en tanto los Länder fueran competentes a nivel nacional". 5: "En tanto los intereses de los Länder sean afectados en una materia de competencia exclusiva de la Federación o en la medida en que la Federación tenga, por lo demás, el derecho de legislar, el Gobierno Federal tendrá en cuenta la toma de posición del Bundesrat. Cuando en su esencia sean afectadas las competencias legislativas de los Länder, la organización administrativa o sus procedimientos administrativos, el punto de vista del Bundesrat en eso habrá de ser tenido en cuenta de forma determinante en la formación de la voluntad de la Federación; la responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto deberá ser mantenida. La aprobación del Gobierno Federal será necesaria para toda cuestión susceptible de implicar un aumento de los gastos o una reducción de los ingresos de la Federación"). Ello con independencia de las normas que reconocen directamente el derecho a participar en asuntos europeos a los Länder en el apartado siguiente, el 6, del artículo 23: "*cuando en su esencia sean afectadas competencias legislativas exclusivas*".

Pero la intervención del Senado en España no es la única vía posible de participación, especialmente cuando están en juego competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas. Por ello, siendo la Conferencia Sectorial especialmente importante en esta materia como garantía de que la participación en la Unión Europea no disminuye las competencias autonómicas, estima el Consejo de Estado que, sin necesidad de regular en la propia Constitución el contenido sustantivo del mínimo de la participación, se podría establecer el principio de participación en sí mismo, sin perjuicio de



CONSEJO DE ESTADO

las funciones del Senado, remitiendo su regulación detallada a una norma cuyo carácter y rango debería ser lógicamente de ley orgánica, solución que permitiría reconocer tal derecho a todas las Comunidades Autónomas frente a la posibilidad, difícilmente articulable, de que sean los Estatutos de Autonomía los que lo establezcan, ya que ello generaría una asimetría muy difícil de manejar en la práctica. Por lo demás, el nivel de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre la materia objeto de la iniciativa europea debería modular el grado de participación de estas.

En cualquier caso, en el apartado 5.1 de la parte V de este Informe se hacen propuestas específicas, a título indicativo, de cómo podría instrumentarse la participación de las Comunidades Autónomas a través del Senado.

Finalmente, pese a la existencia de ejemplos en el Derecho comparado, en particular el de la Constitución de Austria, entiende el Consejo de Estado que no debe extenderse la participación a las Corporaciones Locales, y ello por las razones que se derivan de la reforma que se propone en otra parte de este Informe con respecto a la nueva regulación de las Comunidades Autónomas en el texto constitucional.

6.3.2. La ejecución del Derecho europeo por las Comunidades Autónomas. La responsabilidad del Estado y la responsabilidad de las Comunidades Autónomas

Por lo que se refiere al segundo aspecto -fase descendente o de aplicación y ejecución del Derecho comunitario-, el Estado es siempre



CONSEJO DE ESTADO

el único responsable de dicho cumplimiento ante la Unión Europea (véanse, entre otras, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de noviembre de 1970, en el asunto 94/71, *Comisión contra Italia*; la de 12 de febrero de 1998, en el asunto C-92/96, *Comisión contra España*; o, más recientemente, la de 13 de junio de 2002, asunto C-474/99, *Comisión contra España*), aunque en la esfera interna la competencia para ejecutar y aplicar las normas comunitarias corresponda al órgano que la tenga atribuida en función del reparto establecido en el bloque de constitucionalidad, sin que, como es sabido, la pertenencia a la Unión altere dicho marco y sin dejar de reconocer la responsabilidad del Estado frente a la Unión en casos de incumplimiento. En la actualidad muchas competencias de las Comunidades Autónomas, tanto reguladoras como ejecutivas, están condicionadas por el ordenamiento jurídico comunitario, y el ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de determinadas competencias en relación con el ámbito del Derecho comunitario conlleva no solo una serie de facultades, sino también de deberes, que son propios pero de cuyo cumplimiento es responsable ante la Unión tan solo el Estado.

Esa responsabilidad externa única del Estado encuentra su reflejo en el artículo 93, inciso segundo (*"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"*), que asigna a las Cortes Generales o al Gobierno la tarea de garantizar el cumplimiento, pero sin determinar qué instrumentos



CONSEJO DE ESTADO

puedan utilizarse a tal fin más allá del supuesto límite del artículo 155.1.

Al ser el Estado, en última instancia, el responsable de que se produzca la correcta ejecución y aplicación del Derecho comunitario, debe contar con mecanismos para hacer frente a tal compromiso. Además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha ido circunscribiendo cada vez de forma más precisa los límites de la autonomía de los Estados miembros en esta materia, al considerar que debe conciliarse con las necesidades de aplicación eficaz y uniforme del Derecho comunitario. A falta de normas comunes, las autoridades nacionales tienen la obligación de proceder en la ejecución del Derecho comunitario con la misma diligencia con que obran en el ámbito puramente interno (principio de equivalencia) y de modo que en ningún caso se pueda comprometer la eficacia del Derecho comunitario (principio de eficacia) (véanse, entre otras, las sentencias de 16 de diciembre de 1976, en el asunto 33/76, *Rewe*; de 9 de noviembre de 1983, en el asunto 199/82, *San Giorgio*; de 25 de julio de 1991, en el asunto C-208/90, *Emmott*; de 14 de diciembre de 1995, en el asunto C-430-431/93, *Schijndel*; de 10 de julio de 1997, en el asunto C-261/95, *Palmisani*).

Ello ha dado lugar a que en las Constituciones de algunos Estados, como Austria (artículo 23.d.5, con poder de sustitución total en todas las competencias, especialmente las legislativas), Bélgica (artículo 169, que prevé la sustitución temporal) e Italia ("*potestad sustitutiva*" del artículo 117 más arriba transcrito), se prevean mecanismos al efecto, que permiten a las instituciones centrales del Estado adoptar medidas cuando los entes territoriales no han



CONSEJO DE ESTADO

cumplido con las obligaciones que resultan del Derecho comunitario, garantizando así que la responsabilidad del Estado ante la Unión Europea vaya acompañada de los correspondientes mecanismos para hacer efectivo su cumplimiento en la esfera interna.

La reforma constitucional en estudio es una buena ocasión para clarificar esta delicada cuestión, sin que pueda tampoco asumirse, dada la evolución que ha seguido hasta la fecha la interpretación del Tribunal Constitucional (véanse las sentencias 15/1989, de 26 de enero; 147/1991, de 4 de julio, y, sobre todo, las 118/1996, de 27 de junio, y 61/1997, de 20 de marzo), que la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal (artículo 149.3 de la Constitución) pueda considerarse suficiente para cumplir esta función, entre otras cosas porque es la aplicación efectiva lo que exige el Derecho europeo y la cláusula de Derecho supletorio está diseñada como potestad de legislación, pero no de ejecución.

Cuestión distinta es si a través de mecanismos financieros, parecidos a los utilizables por la propia Unión Europea en aplicación del actual artículo 228 del Tratado, se puede llegar a poner en marcha un sistema de desincentivos para las Comunidades Autónomas lo suficientemente eficaz como para garantizar el cumplimiento, posibilidad que podría reflejarse en la Constitución. Una de las posibles soluciones podría consistir, de manera similar a como ha hecho Austria en el artículo 23.d.5 de su Constitución, en limitar estrictamente a los supuestos realmente problemáticos, a los de incumplimiento constatado por sentencia del Tribunal del Justicia de las Comunidades Europeas, la habilitación constitucional de títulos competenciales estatales. Es difícil cuestionar la intervención estatal



CONSEJO DE ESTADO

frente a tales supuestos, ya que la legitimidad de la intervención derivaría total y exclusivamente de la fuerza de las sentencias del Tribunal de Justicia. Ello permitiría desligar esta acción de la del artículo 155, de apreciación mucho más política de los intereses generales en juego. Se trataría de una avocación constitucional de competencias siempre *a posteriori* y, además, podría someterse a control tanto político –preferiblemente del Senado, si este queda estructurado como Cámara territorial- como judicial, de manera parecida a como se controla el ejercicio de los poderes de suspensión de la Constitución en el artículo 55.2. Al estar estrictamente ligada la asunción de competencias estatales a la ejecución de la sentencia, este poder de sustitución quedaría suprimido cuando la Comunidad Autónoma procediese a esa ejecución.

Como antes se ha apuntado, cosa diferente es la posibilidad de repercutir a la Comunidad Autónoma incumplidora las consecuencias económicas de la responsabilidad del Estado. La responsabilidad de las Comunidades Autónomas por incumplimiento de la normativa comunitaria puede dar lugar a tres tipos de procedimientos: a recursos de incumplimiento contra el Reino de España, pero en cuyo origen se encuentre una acción u omisión imputable a una Comunidad Autónoma (que permite al Tribunal imponer al Estado miembro, además de una sanción a tanto alzado, una multa coercitiva hasta que se ponga fin al incumplimiento), la devolución de ayudas obtenidas con cargo a los fondos comunitarios y los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho comunitario que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, deberán



CONSEJO DE ESTADO

tramitarse ante los órganos administrativos y jurisdiccionales de los Estados miembros siguiendo los procedimientos previstos para exigir responsabilidad a las Administraciones públicas.

Se ha sostenido la posibilidad de que una ley reconozca a la Administración la facultad de recobrar la suma a tanto alzado o el importe de la multa coercitiva que haya abonado el Estado, mediante la exigencia del reintegro por la Comunidad Autónoma o Entidad Local a la que materialmente sean imputables los incumplimientos de los que deriva el pago por el Estado de la referida suma o multa coercitiva. Esa ley tendría su fundamento en la competencia estatal reconocida en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas) y en el inciso final del citado precepto (sistema de responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones públicas), así como en el artículo 149.1.4.^a (Hacienda general). Hasta ahora, lo único que la ley estatal ha regulado es la responsabilidad financiera derivada de la gestión de fondos procedentes de la Unión Europea (artículo 7 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, todavía sin desarrollo reglamentario). También hay que tener en cuenta a este respecto lo que dispone el artículo 60 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que habilita a la Administración General del Estado para adoptar las medidas derivadas de la responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas cuando ejercen competencias de gestión con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y se cofinancian por el Fondo Social Europeo, así como la Ley 18/2001, de 12 de



CONSEJO DE ESTADO

diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, que complementa a la anterior.

La solución a través de una regulación legal es la que ha seguido, por ejemplo, Finlandia, mientras que en Alemania el tema se ha planteado otorgándole una relevancia constitucional a la infracción de la *Bundestreue* (lealtad federal) y aplicando el artículo 104 a) de la Ley Fundamental, que regula las responsabilidades financieras entre la Federación y los *Länder* en relación con la correspondiente distribución de competencias y de tareas de los distintos planos estatales, lo que conlleva que la Federación y los *Länder* asuman por separado los gastos que resultan del cumplimiento de sus tareas. En la medida en que el cumplimiento y la trasposición del Derecho comunitario correspondan internamente a los *Länder*, también les corresponderá la responsabilidad de financiar el cumplimiento de esta tarea y la responsabilidad por las vulneraciones del Derecho comunitario en que incurran. Esta pretensión de compensación del Gobierno Federal frente al *Land* responsable del incumplimiento puede hacerse valer ante los Tribunales de Justicia nacionales.

Sería conveniente, pues, que en esta reforma de la Constitución para adaptarla a nuestra pertenencia a la Unión Europea, se incluyese la remisión expresa a una ley estatal que desarrolle los supuestos de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario que sean imputables a una Comunidad Autónoma y el procedimiento para repercutir dicha responsabilidad en ella. Dado que en nuestro sistema constitucional existe una reserva de ley con carácter generalizado en materia presupuestaria y financiera, la Constitución debería remitir a una ley, que debería tener el rango de



CONSEJO DE ESTADO

ley orgánica por asimilación a lo establecido en el artículo 158, la articulación del detalle de cómo hacer efectiva esa reclamación de responsabilidad, incluyéndose esta materia, además, si así se estima conveniente, entre las listadas en el artículo 74 a efectos de la intervención del Senado, especialmente si este acaba configurándose como Cámara de representación territorial (véase el apartado 5.1 de la parte V de este Informe).



CONSEJO DE ESTADO

IV. INCLUSIÓN DE LA DENOMINACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. Introducción: objeto y articulación del Informe

1.1. La consulta del Gobierno

El Gobierno formula su petición de informe sobre el tercer punto de la reforma proyectada (*"Inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas"*) en los siguientes términos:

"La transición política española fue algo más que el tránsito pacífico y ordenado de un régimen autoritario a otro democrático. También fue el período en el que se esbozó el itinerario de un Estado fuertemente centralizado a otro políticamente descentralizado.

De la relevancia política de esta cuestión da cuenta el hecho de que fuese tenida presente en el Mensaje de la Corona de 22 de noviembre de 1975, o que, en su declaración programática de ... (julio de 1976), el Gobierno del Presidente Suárez señalase, como uno de sus objetivos prioritarios, la institucionalización para las regiones de un régimen de autonomía política.

Hay que recordar, asimismo, cómo antes de aprobarse la Constitución se restableció la Generalidad de Cataluña y se aprobaron



CONSEJO DE ESTADO

sucesivamente las entonces denominadas preautonomías, cuya generalización obligó a buscar fórmulas de ordenación territorial aplicables, en su esencia, a todo el Estado. Además, la política de consenso llevada a cabo para concitar, en este punto, posturas muy diversas y, a menudo, controvertidas, condujo, con naturalidad, al acogimiento de soluciones jurídicas muy flexibles y abiertas a la negociación.

Se comprende, así, por qué las Cortes constituyentes, aun incorporando al proyecto constitucional los pactos y acuerdos hasta entonces alcanzados, prefirieron no agotar de modo conclusivo y definitivo el diseño territorial del Estado. En efecto, la falta de referencia a un concreto mapa autonómico permitía mantener la dosis necesaria de abstracción que la búsqueda del consenso exigía.

De este modo y de forma muy excepcional, en lo concerniente a la organización territorial del Estado, la Constitución de 1978, más que un punto de llegada, quiso ser un punto de partida. Una guía normativa con la que encauzar un complejo proceso de descentralización política que, con estricta observancia del principio de unidad del Estado, debía discurrir desde un escenario centralista a otro en el que tuviera cabida el reconocimiento de ámbitos territoriales de autogobierno. La deliberada apertura de esta solución constitucional ha hecho que, académicamente, se haya llegado a decir que la Constitución de 1978 ha “desconstitucionalizado” la forma de Estado, defiriendo a los poderes constituidos una tarea, la de consolidar normativamente la constitución territorial.



CONSEJO DE ESTADO

Ciertamente, la Constitución de 1978, en su decidida voluntad de ofrecer soluciones a la diversidad de situaciones políticas existentes, hizo suyo el denominado principio dispositivo de acceso a la autonomía política, en virtud del cual los sujetos territoriales constitucionalmente legitimados podían iniciar alguno de los dos procedimientos establecidos para constituirse en Comunidad Autónoma. Por esta razón, la Constitución no predeterminó ni el número de Comunidades Autónomas que se podían constituir, ni las competencias que a cada una exactamente debían corresponderle, ni dispuso, en último término, con carácter imperativo, cuál de los dos procedimientos de acceso deberían seguir para adquirir aquella condición.

La decisión sobre esas cuestiones se dejó en manos de los titulares territoriales de la iniciativa, aunque, para ser precisos, el constituyente quiso orientarla mediante ciertas condiciones normativas que obedecían, en esencia, a la idea de ofrecer una fórmula de reconocimiento más inmediata para las comunidades con mayor tradición histórica de autonomía, lo que motivó que, en su despliegue inicial, se estableciesen dos niveles o grados de autonomía política, con la posibilidad de que, transcurridos cinco años y clarificado el mapa autonómico, las Comunidades Autónomas de menor nivel pudiesen equipararse en competencias a las que contaban ab initio con otro mayor.

El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 nos permite, al día de hoy, subrayar los hitos principales que, desde entonces, jalonan ese proceso de prolongación del poder constituyente en la ordenación territorial del Estado.



CONSEJO DE ESTADO

La primera etapa o período de establecimiento del Estado de las Autonomías puede situarse entre los años 1979, fecha de celebración de las elecciones generales ganadas por la UCD de Adolfo Suárez, y el año 1983, en el que se aprobaron los últimos Estatutos de Autonomía y se dictó la Sentencia 76/1983 en la que el Tribunal Constitucional, tras clarificar que autonomía política y uniformidad eran términos incompatibles, precisó que los Estatutos de Autonomía eran normas directamente ordenadas a la Constitución, cuyos contenidos ninguna ley del Estado podía limitar.

Fue éste un período en el que se celebraron las primeras elecciones autonómicas, se constituyeron los Parlamentos y Gobiernos autonómicos y se dictaron los primeros decretos de transferencias. La normalidad institucional con que se desarrolló este proceso no debe hacernos olvidar los conflictos políticos habidos en relación con las autonomías de Galicia y Andalucía. Dificultades políticas que, unidas a otras de carácter más general, motivaron que los entonces dos partidos políticos con mayor presencia parlamentaria (UCD y PSOE) suscribiesen los Acuerdos de 31 de julio de 1981, que permitieron consensuar políticamente la aprobación de los futuros Estatutos de Autonomía, si bien la ley orgánica que pretendía armonizar jurídicamente este proceso (LOAPA) sería declarada inconstitucional.

Hasta los primeros años de la década de los noventa, el proceso de implantación del Estado de las Autonomías gravitó, prioritariamente, sobre la cuestión del reparto competencial, dada la complejidad de entendimiento del sistema de doble lista establecido en los artículos 148 y 149 de la Constitución.



CONSEJO DE ESTADO

Se promovieron una gran cantidad de conflictos de competencias ante el Tribunal Constitucional, cuya doctrina fue definitiva para dotar de consistencia jurídica al armazón diseñado por el constituyente. Conceptos como el de “legislación básica”, “intereses respectivos” o “bloque de la constitucionalidad” tuvieron su origen en Sentencias del Tribunal Constitucional quien, para muchos autores, se convirtió en un verdadero intérprete-creador del actual Estado de las Autonomías.

Transcurrido el plazo de cinco años que impedía a las Comunidades Autónomas de menor grado de autonomía acceder al máximo nivel, comenzaron a presentarse diversas propuestas e iniciativas de reforma estatutaria, lo que entonces planteó un profundo debate acerca de la asimetría del modelo y la conveniencia de proceder a esa equiparación competencial. El eje de la discusión consistía en determinar si la distinta gradación de la autonomía política sólo era una exigencia transitoria o si, por el contrario, era un elemento inherente a la constitución territorial del Estado.

Esta preocupación está en la base de los denominados Pactos Autonómicos de 1992, que tuvieron su principal plasmación normativa en la LO 9/1992, de Transferencias y en las sucesivas Leyes orgánicas de modificación de los Estatutos, que apostaron decididamente por la ampliación competencial, acercando estas Comunidades Autónomas al nivel más alto de autonomía y garantizando, al mismo tiempo, que esa ampliación se produciría de forma sustancialmente igual para todas ellas.



CONSEJO DE ESTADO

El camino de consolidación entonces iniciado tuvo su primer reflejo en las iniciativas de reforma estatutaria que fructificaron, fundamentalmente, entre los años 1996 y 1999, aunque muchas de sus ramificaciones se han prolongado hasta nuestros días.

También fue en el marco de aquellos acuerdos de 1992 donde se propició el acercamiento sobre las hasta entonces posturas irreconciliables en torno a la aprobación de los Estatutos de Ceuta y Melilla. Los proyectos de ley orgánica aprobados por las Cortes Generales en febrero de 1995, expresaron claramente el consenso alcanzado: por un lado, se utilizó el cauce del artículo 144 de la Constitución y ambas ciudades se configuraron como entes locales con un régimen jurídico especial próximo ejecutivamente al de las Comunidades Autónomas; por otro lado, si bien no se había seguido el cauce previsto en la Disposición Transitoria 5ª de la CE, se les concedía un Estatuto de Autonomía, lo que les aseguraba un adecuado nivel de competencias.

Pero lo verdaderamente significativo de este apretado relato de nuestra historia más reciente es que pone inequívocamente de manifiesto cómo los poderes constituidos –especialmente, los Parlamentos territoriales, las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional-, asumiendo la tarea que el constituyente les había encomendado y haciendo suya su misma voluntad de consenso, han ido asentando, ordenando y racionalizando un modelo propio y específico de descentralización política que acostumbra a resumirse bajo la expresión “Estado de las Autonomías”.



CONSEJO DE ESTADO

Como todo Estado complejo, el de las Autonomías es un compromiso entre unidad y pluralidad. Un compromiso fraguado entre todos, día a día, que ha favorecido el autogobierno y mejorado las condiciones de vida de los ciudadanos porque, dentro de un proyecto común, ha permitido atender razonablemente las diferencias culturales, lingüísticas, políticas, económicas y sociales de las diversas comunidades que integran España.

Ante esta realidad, es tiempo de consolidar los logros alcanzados, reconociendo de forma expresa en nuestra Constitución a los sujetos institucionales que han protagonizado todo ese proceso. Hoy no sólo sabemos cuántas Comunidades Autónomas vertebran España y cómo se denomina cada una de ellas, sino que, además, todos tenemos la sólida convicción de que las Comunidades Autónomas han llegado para quedarse y que ya son un elemento irrenunciable de la estructura territorial del Estado.

Designar por su nombre a todas y cada una de las Comunidades Autónomas que integran España no es un innecesario ejercicio de estilo. Por el contrario, significa superar la apertura inicial del modelo de descentralización política establecido por el constituyente. Las Comunidades Autónomas ya no serán una posibilidad constitucional, sino sujetos políticos pertenecientes a la Constitución misma.

En su discurso de investidura, el Presidente del Gobierno manifestó su deseo de reformar la Constitución para incluir en la misma una referencia expresa a todas y cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas. El Gobierno, en consonancia con ese



CONSEJO DE ESTADO

compromiso, solicita del Consejo de Estado que informe sobre esta cuestión, precisando, en todo caso, los siguientes extremos:

1.- Qué artículo o artículos de la Constitución son los más idóneos para llevar a cabo esa mención expresa e individualizada de las Comunidades Autónomas y las dos Ciudades Autónomas.

2.- Qué criterio o criterios se consideran más adecuados para ordenar su enumeración.

3.- Qué consecuencias jurídicas produce la constitucionalización de la existencia de las Comunidades Autónomas en la Constitución y qué preceptos del texto constitucional convendría modificar para reflejarlas”.

1.2. Delimitación de la cuestión sometida a informe

Como resulta del texto transcrito, el objetivo del Gobierno al proponer que se mencionen en la Constitución los nombres de las Comunidades Autónomas es el de *“superar la apertura inicial del modelo de descentralización política establecido por el constituyente”*. Esa apertura es consecuencia del llamado principio dispositivo, también mencionado de forma expresa en la consulta, que dejó en manos de *“los sujetos territorialmente legitimados”* la determinación del número de Comunidades Autónomas y sus competencias. Ello dio lugar a un largo proceso, que el citado texto divide en tres grandes etapas. La última de ellas se inicia con los Pactos Autonómicos de 1992, plasmados en la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre. Esta etapa se completa con las reformas estatutarias destinadas a



CONSEJO DE ESTADO

incorporar las competencias transferidas por la citada ley orgánica y, en cierto sentido, se prolonga hasta el presente. La obra conjunta de todos los poderes -se dice- *“ha ido asentando, ordenando y racionalizando, un modelo propio y específico de descentralización política que acostumbra a resumirse bajo la expresión Estado de las Autonomías”*. Es tiempo, en consecuencia, *“de consolidar los logros alcanzados, reconociendo en nuestra Constitución a los sujetos institucionales que han protagonizado todo ese proceso”*.

Esta voluntad expresa de consolidar *“un modelo propio de descentralización política”* implica, sin duda, una matización importante del objetivo de *“superar la apertura inicial”* de dicho modelo, pues la característica más destacada de este modelo ha sido la de permanecer abierto a impulsos del principio dispositivo. El mencionado principio actúa, en realidad, de dos modos distintos, con objetivos diversos y en beneficio de sujetos diferentes.

En el estadio inicial y transitorio, el principio dispositivo se manifestó en aquellos preceptos (artículos 143, 144, 148 y 151, y Disposiciones Transitorias Primera a Séptima) que concedieron a las provincias (o, excepcionalmente, a *“los territorios que hubieran plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatutos de Autonomía”*) la potestad de impulsar la creación y organización de Comunidades Autónomas. A través del procedimiento previsto en esos preceptos, cuyas exigencias formales fueron escrupulosamente respetadas, el territorio nacional se organizó hace más de veinte años en diecisiete Comunidades Autónomas. A ellas se sumaron después las dos Ciudades Autónomas.



CONSEJO DE ESTADO

Bajo esa forma inicial, el principio dispositivo desaparecerá de la Constitución con la derogación de los artículos que lo consagraron. Ahora bien, esa derogación no entraña, en puridad, consecuencia jurídica apreciable. Los preceptos que se vayan a derogar eran ya inaplicables desde que concluyó el proceso de organización política del territorio nacional en Comunidades Autónomas. Desde entonces se habían agotado las posibilidades "creadoras" del principio dispositivo. Por ello, la reforma constitucional proyectada se va a limitar en este punto a reflejar una realidad existente y, en esta forma concreta, el principio dispositivo no es ya parte de ella. El objetivo de "*superar la apertura inicial del modelo de descentralización política establecido por el constituyente*" se tendrá que reducir, en consecuencia, a dejar constancia de una "*superación*" ya producida, sin añadir nada a lo ya logrado.

Una vez terminada la división del territorio, el principio dispositivo no puede jugar ya en favor de las provincias para hacer posible la creación de nuevos entes dotados de autonomía política. Pese a ello, no desaparece por entero, pues en cierto modo es también este principio, ya transformado, el que explica que estos nuevos entes hayan recibido la facultad de redefinir de manera indefinida el ámbito de su autonomía; una facultad plasmada en aquellos preceptos (147.3 y 152.2) que regulan la reforma de los Estatutos.

Según lo dispuesto en ellos, corresponde a las Comunidades Autónomas la facultad de proponer y codecidir la modificación de sus propios ámbitos competenciales y alterar también, en cierto modo, el que queda en manos del Estado. Tan viva es la conciencia de la



CONSEJO DE ESTADO

importancia de esta realidad que, aunque la Constitución (artículo 148.2) solo otorga expresamente la facultad de proponer la reforma de los Estatutos para ampliar su ámbito competencial a las Comunidades constituidas por el procedimiento previsto en el artículo 143, y únicamente a partir del quinto año de su existencia, las referencias genéricas que los citados artículos hacen a la reforma de los Estatutos han llevado a entender que esa facultad se extiende también a las Comunidades que desde el primer momento alcanzaron el máximo nivel de autonomía. Una doctrina que ha sido corroborada, en cierto sentido, por el Tribunal Constitucional (Sentencia 36/1981, de 12 de noviembre) al considerar que también las reformas estatutarias de estas Comunidades han de ser aprobadas mediante ley orgánica, sin establecer salvedad en cuanto al contenido posible de tales reformas.

Es obvio, sin embargo, que la eliminación de la forma inicial en que la Constitución recogió el principio dispositivo obliga a reflexionar sobre los efectos que su subsistencia transformada va a tener sobre nuestro sistema de distribución territorial del poder. Las decisiones de eliminar una manifestación del principio dispositivo y mantener la otra están muy relacionadas entre sí. En todo caso, y esto es lo que aquí importa, esa estrecha relación autoriza, y aun obliga, a incluir en este Informe una reflexión sobre la apertura que se mantiene, a fin de sugerir, en su caso, las medidas necesarias para completar y perfeccionar técnicamente la reforma proyectada.

A diferencia de lo que sucede en los Estados federales o regionales, en España son los Estatutos de Autonomía, y no la Constitución u otras normas de idéntico rango, los que establecen el



CONSEJO DE ESTADO

ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, y por ello también, *a contrario*, delimitan el conjunto de competencias que, además de las que la Constitución le reserva en exclusiva, quedan en manos del Estado en relación con cada Comunidad. Es esta, quizá, la peculiaridad más acusada de nuestro sistema de división territorial del poder. Este sistema otorga a nuestras Comunidades una potestad que les permite tanto impulsar el cambio a través de la reforma de sus Estatutos, como impedirlo, vetando las que consideren inadecuadas. Esto excede no solo de la potestad de autoorganización de que disfrutaban muchos entes dotados de autonomía administrativa, sino que, en cierta forma, va incluso más allá de la que las Constituciones federales reconocen a los Estados miembros para la reforma de sus propias Constituciones. Es cierto que esos Estados pueden acordar la reforma constitucional por sí mismos y que el único medio de que disponen las autoridades federales para oponerse a su decisión es el de impugnar la validez de la reforma por infracción de los límites establecidos en la Constitución federal, en tanto que nuestras Comunidades han de contar con el concurso de las Cortes Generales para la reforma de sus Estatutos. Pero de esa diferencia no cabe deducir que la facultad de autodisposición de las Comunidades Autónomas sea menor que la de los miembros de una Federación, por la buena y simple razón de que los Estatutos de aquellas tienen un alcance mucho más amplio que el de las Constituciones de estos, e inciden sobre relaciones que en las Federaciones están disciplinadas solo por la Constitución federal.

Si se tienen por superadas las circunstancias que llevaron a instaurarlo, las ventajas de este sistema abierto no son del todo



CONSEJO DE ESTADO

evidentes. La capacidad del principio dispositivo para originar un sistema diferenciado de distribución territorial del poder, según las necesidades de cada Autonomía, tropezó desde el primer momento con un obstáculo condicionante y que, de hecho, lo ha modificado. La evidente conveniencia de que la reorganización de la Administración propia del Estado unitario y el traspaso a las Comunidades de sus responsabilidades y recursos se hiciera de modo ordenado exigió el establecimiento de un calendario preciso y un diseño competencial dotado de un cierto grado de homogeneidad, que el régimen de las "preautonomías" no aseguraba por sí mismo. En estas circunstancias, una vez que los tres territorios que habían plebiscitado en el pasado Estatutos de Autonomía hicieron uso de su derecho y que Andalucía pudo quedar constituida como Comunidad del mismo nivel, la libre iniciativa de las provincias para crear y definir nuevas Comunidades Autónomas quedó predeterminada por el acuerdo político que se plasmó en los Pactos Autonómicos de 1981. Una técnica a la que se acudió de nuevo en 1992, para resolver el problema que planteaba el deseo de estas mismas Comunidades de aumentar sus competencias, transcurrido ya el plazo de cinco años desde su creación. En ambos casos se hizo uso, además, de un instrumento que, como el previsto en el artículo 150.2 de la Constitución, parecía ajeno al principio dispositivo. En el primero, para transferir a algunas Comunidades competencias que constitucionalmente no podían aún hacer suyas a través de los Estatutos; en el segundo, para poner a su disposición las competencias ofrecidas, antes de asumir su titularidad por la vía ordinaria de la reforma estatutaria.



CONSEJO DE ESTADO

No es, sin embargo, este poderoso obstáculo, que cabría llamar "objetivo", el que disminuyó hasta casi anularla la eficacia del principio dispositivo para ajustar la distribución territorial del poder a las necesidades de cada autonomía, que se suponían diferentes en las distintas partes del territorio nacional. Esas necesidades tienen un alto componente subjetivo, y la creación de las Comunidades Autónomas avivó un cierto espíritu de emulación, que empujaba a unos a luchar por el mantenimiento de una singularidad que en la Constitución era solo temporal, y a los otros a oponerse a la concesión de mayores competencias o a reclamarlas también para sí mismos. Como en el imaginario colectivo de los españoles las ventajas temporales que la Constitución atribuyó inicialmente a Cataluña, Galicia y el País Vasco se asociaron con la distinción entre nacionalidades y regiones que la propia Constitución había establecido, aunque sin derivar de ella consecuencia explícita alguna, ese espíritu de emulación llevó a que otras Comunidades reclamasen para sí la condición de "*nacionalidades*", y algunas hayan logrado incluso llevar esa caracterización a sus propios Estatutos, al modificarlos, con la aprobación de las Cortes Generales. Con el sólido apoyo del principio de igualdad, nuestras Comunidades Autónomas tienden por lo común a considerar que no deben existir entre los ámbitos competenciales respectivos más diferencias que aquellas que, como la lengua, los derechos forales o la insularidad, tienen reconocimiento explícito en la Constitución. Cualquier otra ampliación de competencias que una Comunidad pueda conseguir para sí, mediante la reforma de su Estatuto, se convierte de inmediato en objetivo obligado para todas las que aún no han llegado a ese nivel.



CONSEJO DE ESTADO

Como consecuencia de todo ello, la eficacia del principio dispositivo para crear un sistema de distribución territorial del poder más diferenciado que el que cabría instaurar mediante la decisión directa del poder constituyente ha sido más bien escasa. Las diferencias organizativas entre las diversas Comunidades son pequeñas, y las de los respectivos ámbitos competenciales, en razón de lo dicho, casi todas transitorias. Esta inoperancia del sistema abierto en relación con la que habría de ser su principal virtud hace más visibles los inconvenientes que su práctica ha puesto de relieve.

La reforma estatutaria es una posibilidad siempre abierta, y es frecuente que los distintos partidos la incluyan en sus programas electorales. Por lo común, con el fin de robustecer el poder de la respectiva Comunidad mediante la ampliación de sus competencias, pues, como es lógico, el proyecto de reforma se plantea desde la óptica de cada Comunidad, y solo desde ella pueden valorar sus autores, sea cual sea su altura de miras, el interés general del Estado. Cuando la reforma en cuestión sirve de hecho para formalizar acuerdos generales ya logrados, como en el caso de las operadas en virtud de los Pactos Autonómicos citados, ese enfoque localista no puede dar lugar a propuestas que no vayan a ser acogidas por las Cortes Generales. Cuando, por el contrario, la propuesta de reforma surge al margen de un acuerdo previo, el contraste entre la perspectiva particular y la general, que es la propia de las Cortes Generales, ha de dilucidarse en el curso de la tramitación parlamentaria, dando lugar a una relación dialéctica entre aquellas y los Parlamentos de las Comunidades, de la que pueden surgir



CONSEJO DE ESTADO

tensiones perjudiciales para la vida del Estado y a veces, incluso, para la estabilidad de los partidos políticos.

Los riesgos de crisis que la apertura del sistema genera se hacen, además, más graves, por razones obvias, cuanto más se acerca el ámbito competencial de las Comunidades al máximo admitido por la Constitución. En esta situación, cerca de la que nos encontramos ya, cualquier propuesta de reforma que pretenda ampliar las competencias de la Comunidad respectiva puede dar lugar a acusaciones de que con ella se pretenden rozar o violentar, de manera deliberada o no, los límites constitucionales. Con ello, una cuestión estrictamente jurídica se lleva al debate político, con daño tanto para el Derecho como para la política.

Si a todo lo expuesto se añade el hecho innegable de que el uso que las Autonomías hacen de las facultades que el principio dispositivo les otorga está determinado por los partidos políticos que las gobiernan, como es lógico en una democracia moderna, parece razonable concluir que no carecen de fundamento las dudas que desde hace algún tiempo se manifiestan acerca de la conveniencia de mantener en vigor un principio organizativo que no produce efectos que no pudieran lograrse, de manera jurídicamente más simple y políticamente menos traumática, por el simple procedimiento de llevar a la Constitución todo el sistema de delimitación de competencias. Este procedimiento es el común en el Derecho comparado y, como bien muestra el ejemplo de nuestra propia Constitución, no implica la necesidad de una homogeneidad absoluta entre las distintas Comunidades, mientras que, de otra parte, tampoco cierra a estas la posibilidad de impulsar el cambio a través



CONSEJO DE ESTADO

de la reforma constitucional, que todas tienen la facultad de proponer.

El abandono del principio dispositivo, poniendo término a la apertura del sistema, es, sin embargo, una tarea compleja que no puede resolverse con fórmulas simplistas. No bastaría, como a veces se ha propuesto, reducir el contenido competencial de todos los Estatutos a una simple norma que atribuyese a la Comunidad correspondiente todas las competencias que la Constitución no reserva en exclusiva al Estado, o modificar, para lograr lo mismo, el apartado 3 del artículo 149 de la Constitución. Una obra de esta envergadura requiere una reforma de la Constitución que no podría dejar de tomar en consideración las enseñanzas adquiridas a lo largo de sus veinticinco años de vigencia.

Es claro que esa eventual reforma no es la que ahora se proyecta, circunscrita a cuestiones muy precisas, y cuyo propósito es el de "*superar*" la apertura inicial del sistema, no el de sustituir por otro el sistema abierto que hoy tenemos. Es evidente también que, al informar sobre esta, el Consejo de Estado no puede ni debe propugnar aquella. Ni siquiera insinuar su conveniencia, pues esa reforma, como cualquier otra, según se dice en la consulta del Gobierno, solo debe acometerse cuando exista un convencimiento generalizado acerca de su necesidad y quepa concitar en torno a ella un amplio consenso.

De acuerdo con cuanto antecede, entiende el Consejo de Estado que la propuesta acerca de la cual se solicita su informe encierra una doble decisión. Una expresa: la de superar la apertura inicial del



CONSEJO DE ESTADO

sistema, consagrada en el principio dispositivo, llevando a la Constitución las consecuencias a las que ha dado lugar su aplicación para organizar el territorio nacional en Comunidades Autónomas. Otra tácita: la de mantener una cierta apertura en el sistema principio, después de creadas las Comunidades Autónomas, a través de la reforma posible de los Estatutos. La primera de estas decisiones está plasmada en las preguntas explícitas que se formulan al Consejo y que habrán de ser respondidas con la debida precisión, incluso con propuestas específicas de preceptos. La segunda no se concreta, por el contrario, en pregunta alguna. Parece, sin embargo, que este Informe quedaría incompleto si no la tuviese presente para formular sobre ella algunas reflexiones –sin sugerencias sobre posibles textos-, acogiendo así a la propia invitación contenida en la consulta del Gobierno.

1.3. Articulación de la respuesta

En consonancia con lo que se acaba de indicar, la ordenación de la respuesta se ha hecho teniendo en cuenta la delimitación del tema sometido a informe en los términos que acaban de exponerse, y no solo las preguntas explícitas que en la consulta se formulan. Los tres apartados siguientes de esta parte del Informe ofrecen la respuesta directa a estas tres cuestiones, siguiendo el mismo orden en el que han sido formuladas, si bien en el último de ellos, el 4, se incluye igualmente un tratamiento conjunto de las dos primeras preguntas. El apartado 5 se ocupa de cuestiones estrechamente relacionadas con la reforma proyectada, para sugerir cambios que, si se estimasen políticamente posibles y oportunos, contribuirían a completarla y a



CONSEJO DE ESTADO

perfeccionar, en consecuencia, el sistema de distribución territorial del poder establecido por la Constitución, sin alteración alguna de este.

2. Artículo o artículos de la Constitución idóneos para la mención pormenorizada de las Comunidades y Ciudades Autónomas actualmente existentes

2.1. Ubicaciones posibles en el texto constitucional

Aunque en el texto hay otras referencias ocasionales o transitorias a las Comunidades Autónomas, el tratamiento constitucional de estas se concentra en los Títulos Preliminar y VIII:

-En el Título Preliminar, para consagrar la existencia de lenguas propias que, además del castellano, tendrán carácter oficial en las respectivas Comunidades (artículo 3) y reconocer el derecho de todas ellas a dotarse de banderas y símbolos propios, que serán utilizados, junto a la bandera de España, en los edificios y actos oficiales (artículo 4).

-En el Título VIII, en dos partes bien diferenciadas: el Capítulo Primero, en donde la existencia de las Comunidades Autónomas se enuncia como simple posibilidad, pero se establecen los principios básicos que han de orientar su actuación, y el Capítulo III, que regula el procedimiento a seguir para su creación y establece las reglas que configuran el marco general de su régimen jurídico.



CONSEJO DE ESTADO

En principio, es en el articulado de cualquiera de estos dos Títulos en donde debe buscarse el lugar apropiado para incluir en la Constitución la enumeración de las Comunidades Autónomas existentes.

La única referencia que la Constitución hace a la posibilidad de un régimen de autonomía para Ceuta y Melilla se encuentra, por el contrario, en la Disposición Transitoria Quinta. Como sería impropio llevar a un precepto transitorio la mención de una realidad que no tiene ya este carácter, no puede seguirse respecto de estas Ciudades el mismo criterio utilizado en relación con las Comunidades Autónomas y llevar la enumeración de las Ciudades Autónomas a la misma parte de la Constitución en donde hoy se alude a ellas. No parece, por tanto, que haya otra solución razonable que la de mencionarlas en el mismo precepto en el que se incluya la enumeración de las Comunidades, a continuación de estas.

2.2 Criterios de Derecho comparado e historia constitucional española

Antes de precisar el artículo o artículos apropiados para incluir la enumeración de las Comunidades Autónomas, conviene adelantar algún criterio acerca de cuál debe ser el Título de la Constitución en el que aquellos se enmarcan, pues es claro que tanto el Título Preliminar como el Título VIII pueden ser empleados a tal fin. Para establecer ese criterio hay que atender, en primer lugar, a los antecedentes que ofrece nuestra propia historia constitucional; en segundo término, a las enseñanzas del Derecho comparado, y, por último, a las ventajas e inconvenientes de cada una de estas



CONSEJO DE ESTADO

soluciones, en función de las consecuencias jurídicas y políticas que a una y otra cabe atribuir, dada la sistemática del propio texto constitucional.

En nuestra historia constitucional, la inclusión en el texto constitucional de los nombres de los componentes territoriales del Estado sólo se ha intentado con relativo éxito en dos ocasiones, si bien en la segunda de ellas (el Proyecto Federal de 1873) el texto constitucional en cuestión ni siquiera fue aprobado por las Cortes, mientras que se ha pretendido, sin conseguirlo, en otras dos. La finalidad perseguida al incluir en el texto constitucional la enumeración de los componentes territoriales del Estado no era la misma en todos los casos, pero en casi todos ellos dicha enumeración figuraba (o se pretendía que figurase) al comienzo: en el artículo 10 de la Constitución de 1812, en el artículo 1 del Proyecto de Constitución de 1873 y en una enmienda al artículo 8 del Título Primero de la Constitución de 1931, finalmente rechazada en el curso del debate constituyente. La única excepción es la que ofrece el trabajo en el seno de la Ponencia que elaboró el Anteproyecto de 1978, pues fue solo al iniciar la elaboración del que sería después Título VIII cuando el representante del Grupo socialista en esa Ponencia formuló la propuesta de incluir en la Constitución el "mapa regional", propuesta que, como es notorio, no prosperó.

Los datos anteriores marcan una cierta tendencia, pero no cabe extraer un argumento fuerte a favor de la primera de las opciones señaladas, puesto que ni en 1931 ni en 1978 fueron aceptadas las propuestas de inclusión. El hecho de que el principal motivo del rechazo fuese, con seguridad en el primer caso, y acaso también en



CONSEJO DE ESTADO

el segundo, el de que la enumeración expresa de las Regiones o Comunidades resultaba incompatible con el principio dispositivo, debilita, sin embargo, esta objeción, dado que, como se señala en la consulta, el propósito de la reforma constitucional es el de cerrar, al menos en este punto, la apertura inicial del modelo de descentralización política establecido por los constituyentes o, dicho en otros términos, poner fin al principio dispositivo como facultad de impulsar la creación de nuevas Comunidades Autónomas.

Por lo que hace al Derecho comparado, las soluciones no son idénticas. En todos los Estados europeos que se definen como federales, con la única y relativa excepción de la Federación rusa, la enumeración de los componentes (*Länder, cantons, etc.*) se hace efectivamente al comienzo del texto constitucional (el Preámbulo, en Alemania; el artículo 1 en Bélgica y Suiza; el artículo 2 en Austria). En Rusia, por el contrario, lo que se hace figurar en el inicio de la Constitución (artículo 5) es la enumeración y definición de los distintos tipos de entes territoriales que integran la Federación, en tanto que se recoge en un artículo posterior (artículo 65) la relación nominal de dichos entes. En Italia, en donde la distribución del poder entre regiones dotadas de diverso grado de autonomía abarca también la totalidad del territorio del Estado, que al menos hasta ahora no se define expresamente como federal, se sigue, sin embargo, un sistema distinto y la mención de las Regiones se hace en el Título V del texto en dos artículos diferentes: el 131, que incluye todas las existentes, y el 116, que relaciona solo las que tienen un régimen especial, establecido, como se sabe, en sendos Estatutos con rango constitucional.



CONSEJO DE ESTADO

En claro contraste con la práctica europea, los constituyentes americanos del norte y del sur no parecen haber sentido la necesidad de hacer figurar en el texto constitucional de los Estados federales las denominaciones de los Estados o Provincias que los integran. En las Constituciones de los Estados Unidos de América y de Argentina, la enumeración de los nombres de los Estados o Provincias se hace solo a efectos de determinar el número de representantes que cada uno de ellos había de elegir en la primera legislatura (artículo 1, sección tercera, y artículo 46, respectivamente). La única excepción es la de los Estados Unidos Mexicanos, cuya Constitución sí enumera (artículo 43) los Estados que forman la Federación.

2.3. Criterios sistemáticos

A la vista de lo hasta ahora expuesto, cabe afirmar que la práctica más extendida en el Derecho comparado es la de enumerar al comienzo del texto constitucional los componentes territoriales de aquellos Estados que tienen, como el nuestro, una estructura compuesta. Es evidente, sin embargo, que no faltan las excepciones y que, aunque no las hubiera, no cabe deducir de esa tendencia una respuesta concluyente a la cuestión que ahora nos ocupa.

Como ni del análisis histórico ni del comparado se desprende un argumento firme, las razones decisivas para determinar la ubicación óptima de la enumeración de las Comunidades en el texto vigente han de ser aquellas que, a partir de su propia sistemática, establecen las consecuencias jurídicas que entraña cada una de las opciones antes mencionadas y el distinto significado político que sin duda se le ha de atribuir.



CONSEJO DE ESTADO

En cuanto a las consecuencias jurídicas, es claro que, sea cual fuere la opción elegida, la inclusión en el texto constitucional de los nombres de las actuales Comunidades implica la “constitucionalización” de la estructura territorial existente en la actualidad y que, desde este punto de vista y dadas las exigencias procedimentales para su reforma, son muy distintos los efectos que genera la utilización de uno u otro Título.

Finalmente, desde el punto de vista político, se ha de apuntar simplemente que la ubicación en el Título Preliminar de la enumeración de las Comunidades Autónomas constituidas subrayaría su importancia en la estructura del Estado. Por el contrario, sacar del frontispicio de la Constitución toda referencia a las Comunidades Autónomas para llevarla al Título VIII, que se ocupa de las diversas formas de organización del territorio del Estado, parecería equipararlas con los restantes entes territoriales. Las dos soluciones que se acaban de considerar no son, sin embargo, las únicas posibles, ni necesariamente las mejores. Para aprovechar las ventajas que cada una ofrece y eludir al mismo tiempo todos o algunos de sus inconvenientes, cabe combinarlas: enunciar en el Título Preliminar, como uno de los principios estructurales básicos del Estado, que el territorio nacional se organiza en Comunidades Autónomas e incluir después en el Título VIII la enumeración de las Comunidades existentes y la regulación constitucional de su régimen. Esta misma técnica de llevar a preceptos separados la consagración del principio estructural y la enumeración de las Comunidades puede utilizarse también aunque ambos preceptos formen parte del Título



CONSEJO DE ESTADO

VIII, si bien en ese caso, como es obvio, su empleo no produce los mismos efectos y ha de apoyarse por eso en razones distintas.

2.4. La elección de los artículos

La elección del artículo o los artículos del texto constitucional adecuados para incorporar la enumeración de las Comunidades está naturalmente en función de la decisión que se adopte respecto del Título o Títulos que vayan a utilizarse para ello, condicionada, a su vez, por la que se tome acerca de la conveniencia de separar la consagración del principio de organización del territorio nacional en Comunidades Autónomas y la enumeración de estas.

Si se estima conveniente esta separación y, para realzar el carácter básico de dicho principio, se resuelve incorporarlo al Título Preliminar, el lugar idóneo es, sin duda, el artículo 2. En este supuesto, la enumeración de las Comunidades, que en todo caso debe aparecer en el Título VIII, podría hacerse tanto en el artículo 137 como en el 143, aunque, por las razones que más abajo se ofrecen, el más indicado para ello es, sin duda, este último.

Si, por el contrario, se prefiere no introducir cambio alguno en el Título Preliminar, de manera que la reforma en este punto se sitúe solo en el ámbito del Título VIII, pueden utilizarse alternativamente los artículos 137 y 143 para introducir en cualquiera de ellos la enumeración de las Comunidades Autónomas. Si se quiere mantener en dos preceptos distintos la consagración del principio de división territorial del poder y la enumeración de las Comunidades, aunque esta separación pierde en gran parte su razón de ser si los dos artículos que se utilicen forman parte del Título VIII de la



CONSEJO DE ESTADO

Constitución, el enunciado del principio podría situarse en el artículo 137 y la enumeración en el 143, si bien en ese caso se debería emplear también el primero de estos artículos para definir la autonomía de las Comunidades, de una parte, y de las provincias y los municipios, de la otra.

Si, en fin, el enunciado del principio de organización del territorio nacional en Comunidades Autónomas y su enumeración han de formar parte del mismo precepto, este podría ser cualquiera de los dos últimamente citados, es decir, el 137 ó el 143.

La redacción posible de estos preceptos según las diversas alternativas mencionadas se ofrece más adelante, en el apartado 4.

3. Criterio o criterios adecuados para ordenar la enumeración de las Comunidades y Ciudades Autónomas

3.1. Ordenación

En nuestra historia constitucional, el criterio generalmente seguido para ordenar la enumeración de los componentes territoriales del Estado ha sido el alfabético. A él se acomodan tanto la Constitución de 1812, en lo que se refiere a los territorios europeos de España, como el proyecto constitucional de 1873. De manera más rígida aún este que aquella, pues inserta en la ordenación alfabética las regiones insulares, que en la Constitución de 1812 aparecen separadas. Este es también el criterio que utilizan, casi sin excepción, las diversas divisiones regionales del territorio nacional promulgadas en el siglo XIX, entre las que sobresale la de 1833, la única que ha



CONSEJO DE ESTADO

perdurado. Como curiosidad, cabe añadir que el Real Decreto de Javier de Burgos utiliza el orden alfabético para los nombres de los Reinos, Principados y Grandes Provincias, pero no para enumerar las provincias que comprende cada una de estas viejas divisiones territoriales que, precisamente por obra de esa norma, dejan de existir.

También es frecuente que recurran al orden alfabético las Constituciones de los Estados compuestos. Así, por ejemplo, Alemania, Austria o Rusia. No es, sin embargo, el único. La enumeración de los Cantones se hace en Suiza de acuerdo con la fecha de su incorporación a la Confederación y en Italia, la de las Regiones se hace con criterio geográfico, de norte a sur.

Aunque cualquiera de estos criterios tiene un fundamento objetivo y puede ser utilizado en la reforma proyectada, el más congruente con el proceso que ha llevado a la actual organización territorial del Estado es el histórico, que refleja la secuencia temporal en la creación de las diversas Comunidades y, por eso también, el momento en el que las mismas estuvieron en condiciones de asumir el nivel máximo de competencias constitucionalmente posible. Este criterio cronológico, que tiene un sólido apoyo en la propia Constitución (artículo 148.2 y Disposición Transitoria Segunda) es, por lo demás, el generalmente utilizado. Para salvar las coincidencias en las fechas de creación puede recurrirse, como también es práctica común (vid., por ejemplo, el Reglamento general de Precedencias, aprobado por Real Decreto 2099/1983, de 4 de agosto), a los ordinales de las leyes orgánicas de aprobación de los respectivos Estatutos.



3.2. Denominación

Menos rotunda será la respuesta que cabe dar a la cuestión de la denominación con la que las distintas Comunidades Autónomas han de aparecer en esa enumeración.

Para comenzar el razonamiento, conviene dejar de lado desde el primer momento la posibilidad de utilizar como parte de tal denominación los términos de nacionalidad o región, que algunos Estatutos emplean para calificar aquella parte diferenciada de España que con la creación de la respectiva Comunidad adquiere personalidad jurídico-constitucional. Sea cual fuere el juicio que desde el punto de vista político se haga sobre el uso que el legislador ha hecho de esos términos al aprobar los Estatutos -un juicio que queda fuera de la competencia del Consejo de Estado-, es claro que su licitud jurídica está fuera de cuestión, puesto que, al introducir tales términos, la Constitución no ha querido definirlos jurídicamente, y la definición puramente léxica no tiene eficacia para limitar la libertad del legislador. Pero este los ha utilizado para caracterizar el sustrato social de la Comunidad, y no, con una sola excepción, la Comunidad misma, a cuya denominación no las ha incorporado, si bien, como sucedió en el caso de la Región de Murcia, hubiera podido hacerlo al amparo de lo dispuesto en el artículo 147.2.a).

Aunque basta lo dicho para descartar la conveniencia de utilizar la caracterización que los Estatutos hacen de la base social de la Comunidad como parte del nombre, conviene añadir que, dada la irrelevancia jurídica que en el texto del Título Preliminar de la Constitución tiene hoy la distinción entre nacionalidades y regiones,



CONSEJO DE ESTADO

el traslado de esa distinción a otras partes de la Constitución solo tendría sentido si se pretendiera con ello atribuirle consecuencias jurídicas, una pretensión que excede del ámbito de la reforma sobre la que se solicita el informe del Consejo. Aun simplificada así la cuestión, la determinación de los nombres con los que las Comunidades Autónomas hayan de ser incorporadas a la Constitución plantea, pese a su aparente simplicidad, problemas de distinta índole, jurídico-formales unos, gramaticales y lingüísticos otros.

La opción aparentemente más obvia, que es la de recoger simplemente las denominaciones oficiales de las Comunidades, tropieza con no pocos obstáculos. El primero de ellos es el de que solo ocho de los diecisiete Estatutos de Autonomía consagran expresamente la denominación oficial de la correspondiente Comunidad; otros dos (Cataluña y Castilla-La Mancha) no establecen una denominación oficial de la Comunidad, pero sí asignan un nombre específico a su sistema institucional u organización política. En todos los demás, la denominación se utiliza, pero no se consagra.

En segundo lugar, los criterios utilizados para determinar el nombre de la Comunidad, en aquellos casos en los que los Estatutos los establecen de forma expresa, son sumamente diversos. En algunos casos (Cantabria), se utiliza el nombre tradicional de esa región eliminando la expresión "*Comunidad Autónoma*"; en otros (Asturias y Murcia), ese nombre aparece como núcleo de un complemento determinativo (Principado de Asturias, Región de Murcia); en otros (Madrid y Castilla y León), se elimina del nombre de la Comunidad el adjetivo "*autónoma*", que, en el caso de Navarra, es sustituido por "*foral*". En el caso de Valencia, por último, lo que se



CONSEJO DE ESTADO

utiliza para identificar la Comunidad (que tampoco se califica de Autónoma) no es el topónimo, sino el adjetivo derivado (Comunidad Valenciana).

Las dificultades que crea el muy diverso uso que las Comunidades han hecho de la facultad para establecer sus denominaciones oficiales serían, pese a todo, superables, aunque solo a costa de recurrir a enunciados reiterativos, pues, entre otras cosas, ello obligaría a introducir la expresión "*Comunidad Autónoma*" en todos los casos en los que se conserva, para marcar la diferencia con aquellos otros en los que el adjetivo es omitido o sustituido por otro.

Más difícil de superar es el obstáculo que resulta de la colisión entre la constitucionalización de las denominaciones oficiales de las Comunidades Autónomas y el derecho que el propio texto constitucional (artículo 147) atribuye a estas para establecerla. Para salvarlo solo caben dos vías: privar a las Comunidades de la facultad para establecer su propia denominación o, en sentido opuesto, aceptar que esa facultad permite alterar el texto constitucional sin acudir al procedimiento de reforma.

Para escapar de ese dilema, cuyos dos términos son igualmente inconvenientes, parece aconsejable eludir la dificultad incorporando a la Constitución, no las "denominaciones oficiales" de las Comunidades Autónomas, sino sus "denominaciones ordinarias", los "nombres" que se utilizan en el uso común y que, salvo en cuatro casos, son también los que figuran en la rúbrica de las leyes orgánicas que aprueban los respectivos Estatutos. En tres de estos casos (Principado de Asturias, Región de Murcia y Comunidad de Madrid), sin embargo, no parece



CONSEJO DE ESTADO

que prescindir de la denominación acuñada por las respectivas leyes orgánicas sea cosa que pueda acarrear inconvenientes, dado que la denominación oficial que dichas leyes han recogido no entraña consecuencias jurídicas o políticas que no puedan ser preservadas con su consagración en los correspondientes Estatutos. Más dudoso es el caso de la Comunidad Valenciana, que cabría nombrar en esos términos como los más usuales, pues, como se explica en el preámbulo de su Estatuto, esta denominación fue fruto de una difícil transacción entre dos posturas contrapuestas.

Singular es, sin duda, la solución que debe acogerse en el caso de Navarra. La “Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra” remite inequívocamente a la Disposición Adicional Primera de la Constitución, y esta remisión dota a la denominación oficial de la Comunidad Foral de Navarra de una trascendencia jurídica de la que no cabe prescindir.

Una vez establecida esta opción, pueden abordarse ya las cuestiones lingüísticas que plantea la existencia de Comunidades bilingües, en dos de cuyos Estatutos se utiliza la lengua propia para establecer la denominación oficial, sea como alternativa a la expresión castellana (*Euskadi* o País Vasco), sea con carácter exclusivo (*Illes Balears*).

Ante esta situación, caben tres opciones. Dado que el texto oficial de la Constitución se publica en todas las lenguas oficiales de España, la primera de ellas sería la de incluir en la versión castellana la denominación de todas las Comunidades Autónomas solo en esta lengua común. Aunque legítima, tiene, sin embargo, dos



CONSEJO DE ESTADO

inconvenientes: prescinde de lo dispuesto en las respectivas normas estatutarias en los dos casos que se acaban de mencionar y, al menos en principio, no aseguraría que la denominación en la lengua propia de cada Comunidad figurase en las versiones de otras lenguas españolas distintas de esta. El primero de estos inconvenientes podría salvarse haciendo figurar en el texto castellano la denominación en la lengua propia, en la forma en que tal denominación aparece consagrada de modo expreso en el Estatuto; es decir, como única en el caso de las Islas Baleares y como alternativa de la castellana en el del País Vasco. Como esta opción no salva el segundo de los inconvenientes mencionados, parece preferible acudir a una tercera, que es también la más respetuosa con lo dispuesto en el artículo 3 de la Constitución, y hacer figurar en la versión castellana, junto al nombre en esta lengua, la denominación en la lengua propia de todas aquellas Comunidades que tienen además otra.

Para concluir este apartado, hay que señalar que, tras la enumeración de las Comunidades Autónomas, ha de agregarse la de las Ciudades Autónomas, y que, para subrayar la diferencia entre el nombre constitucional de las Comunidades y su denominación oficial, conviene incluir en el mismo artículo en el que se las enumera la precisión de que tal denominación es la establecida en el correspondiente Estatuto de Autonomía.



CONSEJO DE ESTADO

4. Artículos de la Constitución que podrían ser modificados para incluir los nombres de las Comunidades o como consecuencia de tal inclusión

4.1. Consideraciones generales y de método

Además del obligado cambio en la redacción del precepto o preceptos que se utilicen para enumerar a las Comunidades Autónomas, la proyectada reforma incide, sin duda, en otras muchas normas de la Constitución, concentradas sobre todo en el Título VIII y en las Disposiciones Transitorias. Si se decidiese llevar al Título Preliminar la consagración de la organización del territorio nacional en Comunidades Autónomas, el único artículo afectado sería el 2. Pero tanto si es esta la solución escogida como si se estima preferible llevar toda la reforma al Título VIII, son pocos los artículos de este no afectados por ella.

Esta incidencia se produce, sin embargo, de distintas maneras y con diferente intensidad. Por esta razón, y con conciencia de que la distinción entre incidencia directa e indirecta es siempre convencional y, por tanto, discutible, el Consejo de Estado ha considerado necesario recurrir a estas diferencias, tanto en aras de la claridad como para facilitar la tarea de quienes hayan de llevar a cabo la reforma y asumir la responsabilidad de determinar su alcance.

A fin de circunscribir el ámbito necesario de la reforma a lo estrictamente indispensable para alcanzar los objetivos que esta se propone, se ha entendido que, además de los que han de ser modificados para incorporarla, los preceptos constitucionales directamente afectados por la reforma son únicamente aquellos cuyo



CONSEJO DE ESTADO

supuesto de hecho ha devenido imposible una vez constitucionalizado el mapa político de España, o cuyo contenido no es concorde con esa constitucionalización.

Como se hace evidente en el apartado 5 siguiente, la reforma incide de forma indirecta sobre otros muchos preceptos del Título VIII. El mantenimiento de estos artículos con la redacción que hoy tienen no es, sin embargo, incompatible con la reforma y, por ello, el Consejo de Estado ha considerado que, si bien estaba obligado a dejar constancia en su Informe de esta incidencia indirecta, debería hacerlo también de manera que los cambios que se sugieren no se presenten con la misma necesidad que aquellos otros que la reforma implica directamente.

4.2. Precisiones terminológicas

Como ha señalado de modo reiterado el Tribunal Constitucional, nuestra Constitución utiliza el término Estado con dos sentidos distintos, en dos acepciones diferentes. En una de ellas, el Estado es, en el sentido más amplio, la organización jurídico-política de España, el Reino de España, según la denominación utilizada en la esfera internacional. En la otra, la misma palabra se usa, en una acepción más restringida, para designar solo el aparato institucional cuyo poder se extiende a la totalidad del territorio nacional y monopoliza las relaciones exteriores. El término Estado adquiere, en estos casos, un significado análogo –salvando todas las diferencias- al que es propio de la palabra “Federación” en los Estados federales, aunque la necesidad de diferenciar ambos sentidos se da en todos los Estados de estructura compuesta, como prueba la distinción entre “República”



CONSEJO DE ESTADO

y "Estado" que, tras la reciente reforma, se establece en el artículo 114 de la Constitución italiana.

Esta ambivalencia, trasunto de una inseguridad conceptual harto explicable, está seguramente en la raíz de muchos malentendidos de nuestra vida política. Pero el intento de eliminarla iría mucho más allá de los límites de la proyectada reforma. Al llevarla a cabo, es indispensable, sin embargo, tener en cuenta esa equívocidad para no agravarla y, en lo posible, reducirla. Así, al proponer la redacción de los artículos que por una u otra razón es necesario modificar, se ha intentado eludir la utilización del término Estado siempre que pueda ser sustituido por el empleo de expresiones unívocas equivalentes a cada una de las dos acepciones que la Constitución le asigna.

Dado el contenido de la reforma, son muchas las ocasiones en las que el texto constitucional afectado por ella obliga a recurrir a este expediente. Una de las partes de nuestra Constitución en la que la ambivalencia del término Estado se manifiesta de modo más patente es, sin duda, el Título VIII, en cuya rúbrica el término Estado designa al conjunto todo de España, como certeramente advirtieron en el debate constituyente las enmiendas que propusieron, sin éxito, que, en lugar de organización territorial "*del Estado*", se dijese organización territorial "*de España*". En el articulado, por el contrario, el mismo término se utiliza de modo consistente en la segunda de las acepciones, que no incluye a las Comunidades Autónomas y se contrapone a ellas. En la inmensa mayoría de los artículos que componen aquel Título y, en particular, en todos los que integran su Capítulo III, "*Estado*" es solo el "*Estado*" en sentido restringido, o



CONSEJO DE ESTADO

sea, el conjunto de instituciones que ejercen el poder en todo el territorio nacional, con exclusión de las que se extienden sólo a una parte de este.

4.3. Soluciones alternativas para la redacción de los artículos que enumeran las Comunidades Autónomas

Según queda expuesto en el apartado 2, los preceptos que se han de considerar con este fin son los artículos 2, 137 y 143. Los dos últimos pueden ser utilizados de modo aislado o conjunto, según las opciones que a continuación se exponen. El primero de los mencionados, caso de ser utilizado, sólo debería ser empleado combinando su uso con el de uno de los otros dos, o incluso con el de ambos, para consagrar en el Título Preliminar el principio de que el territorio nacional se estructura en Comunidades Autónomas sin congelar en aquel la estructura existente.

La opción entre los términos de estas alternativas, cuyas ventajas e inconvenientes ya se han señalado en el apartado 2, condiciona la redacción de la fórmula introductoria a través de la cual se incluyen en la Constitución los nombres de las Comunidades Autónomas. Esta fórmula, de la que en buena parte depende el alcance de la reforma e incluso su sentido, puede concentrarse en el enunciado liminar del precepto, que recoja la enumeración de las Comunidades, o dividirse entre este y otro en el que se consagre el principio de organización territorial del Estado. En cualquiera de estas dos formas, la redacción de la fórmula es, tal vez, la cuestión que plantea los problemas más delicados de la reforma en este punto.



CONSEJO DE ESTADO

Se examinan a continuación las diversas opciones que aparecen como plausibles, en orden de menor a mayor complejidad.

4.3.1. Modificación reducida de los artículos 143 y 137 (solución A)

El artículo 137, con el que se inicia el Capítulo Primero del Título VIII, se refiere a la existencia de las Comunidades Autónomas como simple posibilidad de futuro. A primera vista, cabría pensar por ello que, una vez que esta posibilidad se ha realizado, este es el lugar adecuado para consagrar el principio de organización territorial de España en Comunidades Autónomas y para enumerar las existentes o, al menos, para recoger esta enumeración si la consagración del principio se llevase al Título Preliminar. Sin embargo, frente a esta conclusión se alzan razones que, a juicio del Consejo de Estado, no hacen de esta opción la más aconsejable.

Por lo pronto, es evidente que para utilizar este precepto con tal finalidad no bastaría con sustituir la imprecisa referencia "*a las Comunidades Autónomas que se constituyan*" por la enumeración de las existentes. Esa simple sustitución situaría a las Comunidades Autónomas, como ahora sucede, en el mismo plano que municipios y provincias, e incluso pospuestas a aquellos y estas. El precepto seguiría, en tal caso, sin ofrecer suficiente precisión en cuanto a la diferencia esencial que media entre la autonomía de las Comunidades, de una parte, y la de provincias y municipios, de la otra. Tampoco proyectaría claridad sobre la relación existente entre las Comunidades Autónomas y los entes locales situados en su territorio.



CONSEJO DE ESTADO

Esas insuficiencias podrían ser corregidas, sin duda, recurriendo a fórmulas menos simplistas, pero para lograrlo sería necesario dividir el precepto en apartados distintos y de contenido heterogéneo, uno de los cuales al menos, precisamente el que incluyese la enumeración de las Comunidades Autónomas, no expresaría principio general alguno, quebrando así la coherencia interna del Capítulo en el que el precepto se inserta. Es preferible, por todo ello, incluir la enumeración de las Comunidades Autónomas en el artículo 143, con el que se inicia el Capítulo III, que es el que contiene su regulación.

En su forma más simple, la redacción de este artículo, que convendría dividir en dos apartados para establecer una distinción entre Comunidades y Ciudades Autónomas, podría ser la siguiente:

Artículo 143:

- 1. Son Comunidades Autónomas: País Vasco/Euskadi, Cataluña/Catalunya, etc.***
- 2. Las denominaciones oficiales de estas Comunidades son las establecidas en sus respectivos Estatutos.***
- 3. Son Ciudades Autónomas Ceuta y Melilla.***

Para salvar la contradicción con este precepto así modificado, resulta indispensable introducir también un ligero cambio en el artículo 137, sustituyendo en él la expresión de "*las Comunidades Autónomas que se constituyan*" por la simple mención de estas y agregando una referencia a las Ciudades Autónomas. Su texto,



CONSEJO DE ESTADO

atendidas las precisiones terminológicas hechas antes, sería el siguiente:

Artículo 137:

España se organiza territorialmente en municipios, provincias, Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

Queda así dibujada una primera modificación posible de los artículos 143 y 137 –la más sencilla y limitada en cuanto a su extensión-, que en lo sucesivo se denominará abreviadamente solución A.

4.3.2. Modificación completa de los artículos 137 y 143 (solución B)

La denominada solución A, pese a su simplicidad, o precisamente por ella, adolece de defectos patentes. En primer lugar, la leve modificación introducida en el artículo 137 sitúa en el mismo plano a todas las entidades territoriales, sin destacar la profunda diferencia existente entre las Comunidades y las Ciudades Autónomas, de una parte, y los entes locales, de la otra. En segundo término, y esta es la deficiencia de más peso, la existencia de las Comunidades Autónomas aparece totalmente dissociada de las nacionalidades y regiones, cuya autonomía se realiza, sin embargo, a través de aquella, y constituye en buena parte su razón de ser.



CONSEJO DE ESTADO

Para salvar el primero de estos defectos hay que dar al artículo 137 una redacción algo más compleja que la que se acaba de proponer, dividiéndolo para mayor claridad en dos apartados distintos. Uno, en el que se mencionarían simplemente las distintas formas de entes a los que da lugar la organización del territorio nacional, alterando el orden en el que hoy se enuncian, y otro, el segundo, que definiría la distinta naturaleza de dichos entes por referencia a la autonomía de la que gozan.

La definición de la autonomía de las Comunidades Autónomas puede hacerse mediante una simple remisión a la Constitución y los Estatutos, puesto que, como ha afirmado el Tribunal Constitucional de modo reiterado, son estas normas las que definen los “*intereses respectivos*” de nacionalidades y regiones que adquieren personalidad jurídica en ellas. Aunque la situación no es exactamente la misma, esta fórmula es igualmente utilizable para las Ciudades Autónomas. La autonomía de los entes locales solo puede definirse, por el contrario, mediante la referencia específica a esos intereses respectivos, pues la definición de su contenido concreto queda en manos de la ley, y esa referencia es inexcusable para mantener la garantía institucional como límite a la libertad del legislador. De acuerdo con ello, un texto posible sería el siguiente:

Artículo 137:

1. España se organiza territorialmente en Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas, así como en municipios y provincias.



CONSEJO DE ESTADO

2. Las Comunidades y Ciudades Autónomas gozan de autonomía en los términos previstos por la Constitución y los respectivos Estatutos. La ley asegurará la autonomía de municipios y provincias para la gestión de sus respectivos intereses.

Esta redacción parte del supuesto de que la provincia sigue siendo considerada como entidad local dotada de autonomía propia y como división del territorio nacional para la organización administrativa, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas. Si, de acuerdo con lo que se apunta en el apartado 5.4, se llegase a otra conclusión, la redacción debería modificarse en consecuencia.

Para superar la segunda de las deficiencias antes señaladas, esto es, la que resulta del hecho de que con la redacción ofrecida como solución A el texto constitucional no contendría referencia alguna a la relación existente entre nacionalidades y regiones, de un lado, y Comunidades Autónomas, del otro, es necesario introducir una fórmula que exprese tal relación.

La fórmula más simple, la que parece más obvia, es la que se limita a introducir la enumeración de las Comunidades Autónomas existentes como una consecuencia del uso que nacionalidades y regiones han hecho de su derecho a la autonomía o como un medio de realizarlo. De acuerdo con ello, una redacción posible del artículo 143, que incorpora esa enumeración, sería la siguiente:



CONSEJO DE ESTADO

Artículo 143:

1. De acuerdo con el ejercicio que nacionalidades y regiones han hecho de su derecho a la autonomía, son Comunidades Autónomas las siguientes: País Vasco, etc.

2. Las denominaciones oficiales de estas Comunidades son las establecidas en sus respectivos Estatutos.

3. Ceuta y Melilla son Ciudades Autónomas.

Estas dos modificaciones propuestas de los artículos 137 y 143 se denominarán en lo sucesivo, de modo sintético, solución B. Con esta nueva redacción de los artículos 137 y 143 se resuelven los defectos señalados en la solución A, pero se hacen patentes otras deficiencias, que también estaban latentes en esta y cuya superación exigiría dar otra redacción al artículo 143. Como se trata de un cambio que afecta solo a uno de los dos artículos utilizados en la solución B, cabe considerarla como una simple variante de esta.

La principal de estas deficiencias, a las que se acaba de aludir, deriva de que la única razón que la fórmula propuesta da para justificar la organización en Comunidades Autónomas es la necesidad de satisfacer el derecho de nacionalidades y regiones a la autonomía. Esta reducción tiene una indudable trascendencia jurídica y política.

Aunque es innegable que en el origen de la descentralización política del Estado instaurada en 1978 está el propósito de dar respuesta al anhelo de autonomía política, que de modo muy vivo se experimentaba, sobre todo, en determinadas partes del territorio



CONSEJO DE ESTADO

nacional, también es notorio que, a diferencia de la solución adoptada en 1931, la Constitución de 1978, tal como ha sido aplicada en la práctica, no ha querido satisfacer esa aspiración concediendo un régimen de autonomía únicamente a esas partes del territorio nacional. Ha adoptado, por el contrario, el principio de la descentralización política como principio básico de la organización territorial del Estado. Es cierto que en la letra de la Constitución la creación de las Comunidades Autónomas se dejó a la iniciativa de las provincias, a las que formalmente no se les impuso la obligación de hacer uso de ella. En la práctica, sin embargo, se procuró conseguir que se generalizase la organización territorial en Comunidades Autónomas, como de hecho finalmente ocurrió.

La forma de Estado que la Constitución implanta no es, por ello, la propia de un Estado mixto, como el que los constituyentes de 1931 intentaron y para el que propusieron la denominación de "*Estado integral*", en el que coexisten dos sistemas de organización territorial muy distintos. En ese modelo, unas partes del territorio, dotadas de un poder legislativo y ejecutivo propios, gozan de autonomía y se relacionan con las instituciones centrales del Estado de un modo igual o muy semejante al que en los Estados federales se establece entre los Estados miembros (o *Länder* o *cantons*) y los órganos de la Federación, en tanto que todo el resto queda políticamente vinculado de modo directo a las instituciones estatales de ámbito general, sin más divisiones territoriales que las que resultan de la existencia de municipios y provincias, entes locales dotados de autonomía simplemente administrativa.



CONSEJO DE ESTADO

Si bien la Constitución vigente no lo caracteriza con una denominación expresiva de su estructura, el Estado que de ella nace es un Estado compuesto, en el que el poder político se divide entre unas instancias centrales, que actúan en interés y en nombre del todo, y otros entes dotados de autonomía política, de ámbito territorial limitado: las diecisiete Comunidades Autónomas, que poseen órganos legislativos y ejecutivos propios, y las Ciudades, también autónomas, de Ceuta y Melilla.

Pero la Constitución no ha construido este Estado compuesto como un Estado nuevo, a partir de entidades estatales preexistentes que, según la concepción clásica del federalismo, ceden a la Federación una parte del poder que hasta ese momento tenían. Lo que ha hecho ha sido más bien lo contrario: suscitar la creación de entes territoriales capaces de autonomía política, a fin de distribuir entre ellos una parte de las potestades que en el Estado unitario ejercían en exclusividad los poderes centrales. Para llevar a cabo esta obra era indispensable, sin duda, tomar en consideración el interés propio de estos entes de nueva creación, pero la definición de ese interés propio no podía dejar de tener en cuenta el interés general del todo, del Estado en su conjunto.

Por ello, explicar la creación del "Estado de las Autonomías" solo por el deseo de satisfacer unas pretensiones de autonomía, que en muchos casos han nacido con él, resulta históricamente inexacto y teóricamente incorrecto. Pero ni la inexactitud ni la incorrección bastarían por sí solas para objetar el empleo de la fórmula simple que se ofrece en la solución B, si esos defectos no generasen también consecuencias perturbadoras en el plano de la práctica.



CONSEJO DE ESTADO

De una parte, inducen a pensar que la relación entre el Estado y las Comunidades que lo integran se plantea en los mismos términos que la que se da entre el Estado y los ciudadanos. Un paralelismo del que surge fácilmente la falsa idea, no del todo ausente de nuestra vida pública, de que si lo propio del Estado de Derecho es respetar y realizar en el mayor grado posible unos derechos que no son creación estatal porque dimanar de la dignidad humana, también nuestro Estado cumplirá tanto mejor su cometido cuanto mayor sea la autonomía que reconozca y ofrezca a las nacionalidades y regiones.

De otro lado, ese reduccionismo lleva a interpretar las normas constitucionales y estatutarias que instituyen la división territorial del poder desde el punto de vista de una finalidad única, pues la Constitución no ofrece ninguna otra que pueda servir de base a la interpretación teleológica, y obliga a recurrir a categorías axiológicas para hacer frente a las necesidades que la práctica plantea. Buen ejemplo de ello lo ofrece el esfuerzo del Tribunal Constitucional para hacer derivar de la solidaridad (cuyo tratamiento constitucional, por lo demás, como se indica en el apartado 5.3.1, no es del todo adecuado) el deber de cooperación y colaboración de las Comunidades entre sí y con el Estado, así como el del Estado con ellas.

Como puede constatarse en los Diarios de Sesiones del Congreso y del Senado, los constituyentes tuvieron conciencia de la existencia de esas otras finalidades generales, a las que frecuentemente aluden con expresiones que vienen tanto del ámbito de la política (por ejemplo: acercar el poder a los ciudadanos, profundizar la democracia), como de la doctrina académica del



CONSEJO DE ESTADO

Derecho Público, especialmente de la del Derecho Administrativo (por ejemplo, incrementar la eficacia de la actuación de los poderes públicos, etc.).

Por tanto, para corregir la insuficiencia y reflejar más adecuadamente la naturaleza del Estado que la Constitución configura, sería razonable complementar la referencia al derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones con la alusión a estas otras finalidades. La fórmula que a continuación se propone es la más simple de las posibles, pero, naturalmente, las finalidades mencionadas pueden ser otras, pues, como se ha dicho, el objetivo que con esta variante se persigue es simplemente el de remediar un reduccionismo que distorsiona la realidad.

De acuerdo con lo dicho, en esta variante de la solución B se mantienen sin cambio alguno las redacciones propuestas para el artículo 137 y los apartados 2 y 3 del 143, cuyo apartado 1 quedaría redactado, por el contrario, en los términos siguientes:

Artículo 143:

1. Para realizar el derecho de nacionalidades y regiones a gozar de autonomía en la gestión de sus respectivos intereses, asegurar la solidaridad entre ellas y hacer más eficaz la acción de los poderes públicos, España se organiza territorialmente en las siguientes Comunidades Autónomas: País Vasco/Euskadi, Cataluña/Catalunya, etc.



CONSEJO DE ESTADO

4.3.3. Consagración del principio básico de la organización territorial en el Título Preliminar, con modificación de los artículos 2, 137 y 143 (solución C)

Las dos soluciones hasta ahora examinadas concentran la reforma en dos artículos del Título VIII, sin afectar en nada al Título Preliminar. Por las razones ya expuestas en el planteamiento inicial de esta parte del Informe, estas soluciones, aunque suficientes en sí mismas para alcanzar la finalidad que la reforma se propone, no son teóricamente las mejores, en cuanto que relegan la referencia de las Comunidades Autónomas a uno de los últimos Títulos de la Constitución y no consagran como principio estructural básico el de la existencia de estas. Para superar esa deficiencia teórica hay que complementar los cambios que se sugieren para los artículos 137 y 143 con una modificación en el Título Preliminar y, más precisamente, en el artículo 2.

Este es, sin duda, un extremo delicado, dada la relevancia del precepto contenido en ese artículo 2. En él se quintaesencia la originalidad de la fórmula política de la Constitución de 1978. Su texto fue objeto de muy profunda discusión, se fraguó gracias a un amplio consenso y quedó acuñado en unos términos que han adquirido carta de naturaleza.

El Consejo de Estado tiene clara conciencia de las dificultades que, por todo ello, entraña cualquier modificación de ese artículo. Cree su deber, sin embargo, ofrecer también las razones que podrían



CONSEJO DE ESTADO

aconsejar acometerla para perfeccionar una reforma que, como se ha dicho, puede llevarse a cabo sin aquella.

La primera y principal es que al incluir en el Título Preliminar una referencia no meramente ocasional a las Comunidades Autónomas se subraya su importancia en la estructura del Estado, conectando de inmediato su existencia con la de nacionalidades y regiones. De esta manera, en cierto modo, se vendría a completar la definición que del Estado hace el artículo 1, incorporando a ella el rasgo que aparece reflejado en la expresión "Estado de las Autonomías", que es la utilizada con más frecuencia para caracterizarlo. Esa mayor relevancia constitucional lleva consigo, de forma congruente, una mayor rigidez en el procedimiento de reforma, que entraría de lleno en el ámbito del artículo 168.

Como segunda razón está la de que, con esta modificación, la reforma proyectada extraería las consecuencias del ejercicio que las nacionalidades y regiones han efectuado ya de su derecho a la autonomía. La referencia al derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones sirvió a los constituyentes de vía para introducir en la Constitución la idea de lo que se ha llamado la España plural, una Nación única e indivisible, pero integrada por partes diferenciadas. A juicio del Consejo de Estado, es imprescindible mantener incólume esta idea de que, sin mengua de su indisoluble unidad, la Nación española está integrada por partes territorial y culturalmente diferenciadas, que han de disfrutar de autonomía. Una vez completada la creación de las Comunidades Autónomas, parece razonable, sin embargo, sustituir la referencia a un derecho "a" la autonomía, ya realizado, por una garantía constitucional de la



CONSEJO DE ESTADO

autonomía de la que gozan nacionalidades y regiones mediante su transformación en Comunidades Autónomas. El hecho de que las nacionalidades y regiones, en virtud del ejercicio que hicieron de su derecho constitucional "a" la autonomía, se hayan constituido en Comunidades Autónomas, sirve para consolidar el carácter y el fundamento constitucional del derecho "de" autonomía, que es el que les corresponde en esta fase, como reconocido y garantizado por la Constitución.

La consagración en este artículo de la existencia de estos entes dotados de autonomía otorga pleno sentido, de una parte, al deber de solidaridad, que se predicará ya, sin duda alguna, respecto de las Comunidades Autónomas entre sí, sin dar lugar a los esfuerzos interpretativos que ahora son precisos para tal objeto, salvando así algunas carencias que serán expuestas más adelante al tratar del principio de solidaridad (apartado 5.3.1).

Como es obvio, si se considera posible atender las razones que se acaban de exponer, las modificaciones que han de introducirse en el artículo 2 no afectan en modo alguno a la primera parte del precepto; es decir, a la afirmación de que "*la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación Española, patria común e indivisible de todos los españoles*". Una fórmula que, a juicio del Consejo de Estado, debe mantenerse en su integridad. Es la segunda parte -la referente al "*derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones*"- la que habría de ser objeto de algunas modificaciones.

Una fórmula posible sería la siguiente:



CONSEJO DE ESTADO

Artículo 2:

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

Se debe señalar, por último, que, como se ha indicado antes, la modificación del artículo 2 debe complementarse necesariamente con las propuestas para los artículos 137 y 143, de manera que esta solución C debe incorporar, en todo caso, alguna de las dos precedentes.

4.4. Análisis de las consecuencias que la inclusión del nombre de las Comunidades y Ciudades Autónomas tiene sobre otros preceptos constitucionales

4.4.1. Incidencia directa de la reforma en el Título VIII

4.4.1.1. La rúbrica y sistemática del Título VIII

Es tan profunda la incidencia de esta reforma sobre el Título VIII que, antes de entrar en el análisis de cada uno de los artículos



CONSEJO DE ESTADO

directamente afectados por ella, conviene reflexionar sobre su actual estructura y su rúbrica. El problema que plantea la redacción actual de esta (*"De la organización territorial del Estado"*) viene de atrás y no ha sido creado por la reforma, pero es innegable que guarda una estrecha relación con la distribución territorial del poder y, por lo tanto, con la constitucionalización de la forma que hoy tiene. En este caso concreto, para lograr eliminar la ambivalencia del término *"Estado"*, no hay que sustituirlo por ninguna otra expresión. Basta simplemente con suprimirlo, pues esta supresión no introduce ambigüedad alguna y, de otra parte, dada la inexistencia de valor normativo de los enunciados de este género, tampoco entraña consecuencias no deseadas. La rúbrica del Título debería ser, por tanto, la siguiente:

"De la organización territorial"

La sistemática del Título VIII, dividido en tres capítulos que tratan, respectivamente, de los *"Principios Generales"*, la *"Administración Local"* y las *"Comunidades Autónomas"*, no es la más adecuada a la estructura territorial que ahora se consolida. Es perfectamente explicable que en el momento constituyente la regulación de las Comunidades Autónomas quedara relegada al Capítulo III, pospuesta a la de los entes locales, y que, a diferencia de lo que sucede respecto de la relación entre municipios y provincias, no se hiciera referencia alguna a la que media entre esos entes locales y las Comunidades Autónomas. En la actualidad, concluido ya el proceso de estructuración territorial abierto por la



CONSEJO DE ESTADO

Constitución, la sistemática que condujo a que en el artículo 137 se situase en el mismo plano a las Comunidades Autónomas y a los entes locales, como entidades que gozan de autonomía, no refleja correctamente nuestra realidad constitucional.

La modificación de la sistemática del Título no puede hacerse, sin embargo, de manera simple, y han de evitarse, además, las posibles consecuencias disfuncionales. La conveniencia de mantener en lo posible la numeración actual de los artículos y, sobre todo, su secuencia aconseja mantener la sistemática actual, corrigiendo sus defectos más graves mediante la modificación de los artículos en los que se manifiestan con más claridad, que son los afectados directamente por la reforma.

4.4.1.2. Artículos directamente afectados

Además de los artículos 137 y 143, ya analizados en el apartado anterior, otros cinco preceptos de este Título se ven directamente afectados por la reforma. Se trata, en concreto, de los artículos 144, 146, 148, 151 y 152. Los cuatro primeros, porque, con la única excepción del párrafo b) del artículo 144, contemplan supuestos que ya no pueden darse, aunque en rigor, como ya se ha dicho, esta situación se daba incluso antes de la reforma; el 152, porque la reforma es contradictoria con algunas de sus previsiones.

Artículo 144. Los apartados a) y c) de este artículo se refieren, respectivamente, a la constitución de una Comunidad Autónoma cuando su ámbito territorial no supere el de una provincia y a la



CONSEJO DE ESTADO

sustitución de la iniciativa de las Corporaciones locales en el proceso autonómico. Ambos quedan privados de sentido por las mismas razones que llevan al vaciamiento del artículo precedente. Esos apartados deben, por tanto, derogarse.

El apartado b) -sobre autorización de un Estatuto de Autonomía para territorios no integrados en la organización provincial- tiene, sin embargo, un contenido específico que tal vez convenga conservar. Concebido para dar acomodo a casos singulares, se ha utilizado ya en alguna ocasión y puede ser aún de utilidad en el futuro. Por ello, sería imprudente una supresión pura y simple, que no viene impuesta por la modificación consultada. Cabría dejarlo en sus propios términos tras la derogación de los apartados a) y c). Pero como resultaría poco adecuada en la actualidad la referencia a una organización "provincial", su redacción debería adecuarse a la realidad presente, sustituyendo la alusión a la división provincial por la referencia a las Comunidades y Ciudades Autónomas.

Una redacción posible sería la siguiente:

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



CONSEJO DE ESTADO

Artículo 146. Aunque, como se ha expuesto al analizar el artículo 144, no cabe excluir la posibilidad de que en el futuro se haya de acometer la elaboración del Estatuto de una nueva Comunidad, la situación en la que tal necesidad se daría hace inaplicables las reglas contenidas en este precepto, que, en consecuencia, debe declararse derogado.

Artículo 148. Los dos apartados de este artículo contemplan supuestos que ya han desplegado sus efectos y el artículo entero resulta por eso derogado por la reforma. El elenco de competencias a disposición de las Comunidades Autónomas es ya, desde hace más de una década, el definido *a contrario* en el apartado 3 del artículo 149.

Artículo 151. Ha de entenderse derogado por las mismas razones que el artículo 143, cuyas reglas aplica a un supuesto ya irrepetible.

Artículo 152. En su redacción actual, referida a una situación ya agotada, el apartado 1 de este artículo carece hoy de sentido. El hecho de que la estructura institucional que en él se preveía para algunas Comunidades se haya generalizado obliga, sin embargo, a mantener su contenido en todo lo esencial. Para ello basta con suprimir el inciso que hoy restringe el ámbito de la norma a las Comunidades que alcanzaron por la vía rápida el máximo nivel de autonomía. Aunque en el Derecho comparado de los Estados compuestos la obligación que la Constitución federal impone a la



CONSEJO DE ESTADO

organización de los entes territoriales se plasma con fórmulas más sintéticas, como son las contenidas en el Artículo IV, Sección IV, de la Constitución de los Estados Unidos, el artículo 28 de la Constitución alemana, etc., las fórmulas de ese género no resultan procedentes cuando, como en nuestro caso, los principios estructurales que la Constitución consagra no obligan solo a los componentes territoriales del Estado, sino también a todo el Estado en todas sus instancias y órganos.

Desde el punto de vista sistemático, tampoco el mantenimiento de la norma dentro de este artículo parece que deba suscitar objeciones. Aunque es cierto que con ella se condiciona la obligación que impone un artículo anterior (el 147.2.c.) de incluir en los Estatutos *“la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias”*, parece razonable mantener la separación de ambos preceptos. Eventualmente, podría incluirse en el primero de ellos –esto es, en el artículo 147- una remisión al segundo –artículo 152.1.

En el apartado 2, por el contrario, no es la frase inicial, sino la final, la que se ha de suprimir. El mantenimiento del mandato que obliga a someter a referéndum la reforma de los Estatutos es inútil en el caso de las cuatro Comunidades que ya incluyeron en los suyos este requisito e impondría a todas las demás la obligación de reformar los propios. Todo ello al margen de las consideraciones que al comentar el artículo 147 se harán sobre la conveniencia de considerar la modificación de las muy insuficientes reglas que la Constitución dedica en la actualidad a esta cuestión.



CONSEJO DE ESTADO

El apartado 3 de este artículo no se ve afectado por la reforma y no requiere, en consecuencia, cambio alguno, salvo el que pudiera resultar, en su caso, de las modificaciones sugeridas en el apartado 5.5.1.

4.4.2. Disposiciones Transitorias directamente afectadas por la reforma

La reforma incide directamente sobre las siete primeras Disposiciones Transitorias del texto constitucional, todas ellas referidas, de uno u otro modo, al principio dispositivo como facultad para impulsar la creación de Comunidades Autónomas que la reforma viene a suprimir. Cuatro de ellas (las tres primeras y la sexta), se utilizaron para acomodar el procedimiento previsto en el artículo 143 a las circunstancias existentes en el momento de entrada en vigor de la Constitución, introducir una variante de innegable trascendencia en el procedimiento especial establecido en el apartado 1 del artículo 151 y determinar el orden de tramitación de los proyectos de Estatuto en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. Todas están expresamente referidas al momento en el que se hizo uso de ellas y su agotamiento no puede suscitar duda alguna. Dado el agotamiento de sus efectos, es indiferente mantenerlas en sus propios términos o derogarlas expresamente. La primera solución, que ha sido la aplicada a las Disposiciones Octava y Novena, las conserva como vestigios históricos; la segunda, sacrifica el testimonio histórico a las exigencias de la lógica.

Las únicas Disposiciones Transitorias que literalmente no se circunscriben a un tiempo determinado son, en consecuencia, la



CONSEJO DE ESTADO

cuarta y la quinta, que requieren por eso un análisis separado y un tratamiento distinto.

La Disposición Transitoria Cuarta prevé la posibilidad de que Navarra se incorpore *“al Consejo General Vasco o al régimen autonómico que lo sustituya”* mediante acuerdo de su *“órgano foral”*, adoptado por mayoría simple y ratificado en referéndum. Esta transitoria, además, está construida en su apartado 2 sobre los supuestos del artículo 143, que ha quedado sin vigencia. Aun sin entrar en consideraciones acerca de la posibilidad de aplicar este procedimiento cuando ya Navarra ha dejado de ser provincia foral para transformarse en Comunidad, parece evidente que, una vez consagrada en la Constitución la existencia de todas las Comunidades Autónomas que integran el territorio nacional, el mantenimiento de esta norma implicaría el establecimiento de un procedimiento singular de reforma de la Constitución que no solo se aparta del procedimiento general, sino que ni siquiera da a las Cortes Generales ocasión de pronunciarse. El cambio del contexto en el que la norma se inserta hace que, si se conservara sin modificación alguna su redacción actual, se produciría una mutación tan profunda en su naturaleza y su alcance que el mantenimiento equivaldría poco menos que a la incorporación de una norma nueva a la Constitución. Si no se quiere producir este efecto, solo cabe la derogación expresa o la reformulación en los términos que se juzguen adecuados.

La Disposición Transitoria Quinta otorga a los Ayuntamientos de Ceuta y de Melilla la facultad de adoptar la iniciativa para la conversión de estas ciudades en Comunidades Autónomas, si las Cortes Generales lo autorizan usando del poder que el artículo 144



CONSEJO DE ESTADO

les confiere. Esta norma, que solo era necesaria precisamente para prescindir, en estos casos, de las condiciones limitativas que el artículo 143 imponía a la creación de Comunidades Autónomas, ha perdido en buena parte su razón de ser, una vez desaparecidas esas limitaciones junto con el precepto que las establecía. Pero como las Leyes Orgánicas 1 y 2 de 1995, ambas de 13 de marzo, dictadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 144 b), no hicieron uso expreso de esta disposición transitoria, no cabe afirmar tampoco que sus efectos se hayan agotado. Si se desea mantener abierta la posibilidad que en ella se contempla, ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que la reforma que se proyecta consagra explícitamente la existencia de Ceuta y de Melilla como Ciudades Autónomas y que, en consecuencia, la creación de Comunidades Autónomas sobre el territorio de estas Ciudades, como sobre cualquier otra parte del territorio nacional, requiere, además de las condiciones que se quieran establecer, la puesta en práctica del procedimiento previsto para la reforma de la Constitución.

5. Análisis de otras cuestiones estrechamente relacionadas con la reforma que podrían ser atendidas para completarla y perfeccionarla

5.1. Consideraciones generales

Aunque en los cuatro apartados precedentes se da cumplida respuesta a las preguntas formuladas por el Gobierno, el Consejo de Estado entiende que la confianza depositada en él le obliga a hacer uso de la competencia que al final de la consulta se le reconoce para



CONSEJO DE ESTADO

abordar el estudio de otros aspectos de las modificaciones propuestas, o estrechamente relacionados con ellas, *“que considere conveniente tener en cuenta para completarlas o mejorar su calidad técnica”*. La Constitución es un sistema con unidad de sentido que, como tal, resulta alterado por el cambio de cualquiera de sus partes. Por ello, las modificaciones propuestas hasta el momento podrían abrir un abanico muy amplio de cambios complementarios. El Consejo de Estado considera, sin embargo, que la prudencia llevaría a acotarlo de dos formas distintas. De una parte, reducirlo exclusivamente a cuestiones cuya relación inmediata y estrecha con las modificaciones que el Gobierno quiera introducir en la Constitución sea evidente e incuestionable. Y en segundo término, llevarlo a cabo de manera que, a diferencia de lo que se ha hecho en los apartados anteriores, el análisis que se ofrece en éste no concluya con la propuesta de textos normativos posibles, ni siquiera con carácter de ejemplo.

Sea cual fuere el valor que se atribuya a la opinión expresada por el Consejo de Estado, es obvio que ésta se mantiene en el plano de la consideración teórica de los problemas, y que la conveniencia de abordarlos y, en su caso, el momento de hacerlo, depende fundamentalmente de razones de oportunidad política que escapan de su competencia específica.

La experiencia ya adquirida en el funcionamiento de nuestro sistema de distribución territorial del poder permitiría establecer un amplio elenco de los problemas que su funcionamiento plantea y que, aunque peculiares en su forma, no son en el fondo muy distintos a los que se dan en la vida de otros Estados compuestos. El Consejo de



CONSEJO DE ESTADO

Estado ha considerado, sin embargo, que debe reducir su estudio a los relacionados con el funcionamiento general del sistema de distribución territorial del poder, sin entrar en los que plantean los distintos criterios que la Constitución emplea para la delimitación de competencias. Todos los problemas estudiados están directamente conectados con normas contenidas en el Título VIII, pero, de acuerdo con lo que se acaba de decir, el Consejo de Estado reitera que su reflexión en este punto del Informe no debe ser entendida como propuesta de llevar a cabo una revisión general de dicho Título, ni de reforma de ninguno de los artículos que lo integran.

5.2. Plan de exposición

Las tres cuestiones seleccionadas de acuerdo con el criterio expuesto son la de los principios constitucionales que rigen la relación de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado, la de la relación entre Comunidades Autónomas y provincias y, por último, la del mecanismo que asegura la apertura del sistema. Todas ellas se ubican en el Título VIII.

Los principios rectores aludidos están consagrados en los artículos 138, 139 y 145. Los dos primeros, que forman parte de su Capítulo Primero, y están dirigidos, en consecuencia, a todas las entidades que integran la organización territorial de España, cobran, cuando menos, una especial relevancia en relación con las Comunidades Autónomas, a las que, por el contrario, se refiere exclusivamente el artículo 145.

El problema de la relación entre las Comunidades Autónomas y las provincias surge, una vez organizado ya el territorio nacional en



CONSEJO DE ESTADO

aquellas, de la insuficiente regulación contenida en el artículo 141, perteneciente al Capítulo II, dedicado a la Administración local.

El mecanismo a través del cual se mantiene la apertura del sistema de distribución territorial del poder que la reforma pretende consolidar se instrumenta, sobre todo, en los artículos 147 y 150, ambos del Capítulo III.

5.3. Principios generales de la relación de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado

5.3.1. Solidaridad

Es este un principio esencial en la Constitución, que jurídicamente lo construye, sin embargo, en términos que merecen alguna reflexión.

Con independencia del contenido específico que en las distintas ramas del ordenamiento se le atribuye, este término no se utiliza en el lenguaje jurídico para designar sentimientos subjetivos, individuales o colectivos, sino un principio objetivo del que dimanen deberes concretos, cuya observancia puede ser exigida y asegurada con los medios que el Derecho ofrece. La relevancia jurídica de tal principio impone, en consecuencia, la necesidad de que, cuando menos, se determine con alguna precisión quiénes son los obligados por él, qué poder o autoridad está facultado para definir los deberes que de él dimanen y, eventualmente, cuáles son las consecuencias que origina su infracción.

Pese al lugar central que el principio de solidaridad tiene en nuestro sistema de distribución territorial del poder, como factor de



CONSEJO DE ESTADO

equilibrio entre los de unidad y autonomía (Sentencia del Tribunal Constitucional 125/1992, de 5 de octubre), las referencias que a él se hacen en la Constitución están lejos de satisfacer esa necesidad de determinar su ámbito y su contenido. No solo porque en algunas de ellas no hay alusión alguna ni a lo uno ni a lo otro, ni siquiera mediante el empleo de los conceptos generales y abiertos que son propios de los enunciados constitucionales, sino también porque los obligados por la solidaridad que ocasionalmente se mencionan no son siempre los mismos, ni es el mismo el deber que la solidaridad les impone.

En el artículo 2, la solidaridad recíproca de nacionalidades y regiones aparece más bien como un principio organizativo abstracto, funcionalmente análogo a los valores consagrados en el artículo 1. Naturaleza de principio es también la que le atribuye el artículo 138, que se remite directamente al 2. Pese a esta remisión directa, ni el ámbito en el que el principio opera ni su contenido son ya los mismos en el artículo 138 que en el 2. Mientras en este último es la Constitución la que garantiza la solidaridad entre nacionalidades y regiones, el artículo 138 atribuye esta función al Estado en su acepción restringida.

Cabría, quizá, superar esta discordancia entendiendo que lo que el Estado, en sentido estricto, ha de garantizar no es la solidaridad en cuanto "principio", sino su "realización efectiva", y que la tarea que la Constitución encomienda a las instituciones centrales del Estado es la de fomentar los comportamientos solidarios de las Comunidades Autónomas y combatir los que no lo sean. Pero esta interpretación no es fácil de extraer partiendo del tenor de los preceptos hoy vigentes,



CONSEJO DE ESTADO

que no establecen con claridad el deber de solidaridad de las Comunidades Autónomas en cuanto tales.

De una parte, la ubicación sistemática del precepto en el Capítulo Primero del Título VIII, en donde se enumeran los principios generales de la organización territorial, válidos, por tanto, también para municipios y provincias, ha hecho posible que el Tribunal Constitucional declarase en más de una ocasión, con acierto (entre otras, las sentencias 152/1988, de 20 de junio, y 183/1988, de 4 de octubre), que el principio de solidaridad no opera solo en las relaciones interautonómicas, sino también en las intraautonómicas, y ha considerado que la obligación de hacer efectiva su realización faculta a las Comunidades Autónomas para establecer un "Fondo de Solidaridad Municipal" (Sentencia 150/1990, de 13 de octubre).

De otra parte, la tarea que en concreto se encomienda al Estado es la de velar por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las *"diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular"*. Una formulación que parece echar sobre el Estado, entendido en su sentido restringido o estricto, la obligación de igualar en lo posible las condiciones económicas de territorios a los que solo el espacio separa, haciendo abstracción de los entes -Municipios, Provincias o Comunidades- que en ellos se asientan. Una tarea que el Estado, así entendido, ha de cumplir además dentro del respeto estricto de las competencias que la Constitución le otorga, pues el precepto que se la impone, que no tiene carácter meramente programático ni eficacia simplemente interpretativa, tampoco es, según el Tribunal



CONSEJO DE ESTADO

Constitucional, una norma atributiva de competencia (Sentencia 146/1992, de 16 de octubre).

Referencias a la solidaridad, dirigidas de modo específico a las Comunidades Autónomas, se hacen en otros dos preceptos del Título VIII, pertenecientes ambos al Capítulo III de este. El artículo 156 se refiere a la solidaridad como uno de los principios (junto con el de coordinación con la Hacienda estatal) a los que las Comunidades Autónomas han de ajustar el ejercicio de su autonomía financiera. La solidaridad que en él se menciona no es, sin embargo, la que resultaría de la trasposición a las Comunidades de la que el artículo 2 refiere a las nacionalidades y regiones, sino la que existe (o debería existir) "*entre todos los españoles*", y esa caracterización hace oscuro el significado del precepto. Parece razonable entender que los españoles concernidos por la solidaridad no pueden ser, para cada Comunidad Autónoma, únicamente el conjunto de sus propios miembros, pero no es fácil discernir qué efectos puede tener la solidaridad general de todos los españoles entre sí sobre el ejercicio de las competencias financieras de las distintas Comunidades Autónomas, puesto que la regulación de ese ejercicio ha de ser efectuada (artículo 157.3) por una ley orgánica.

Por último, la solidaridad se menciona también en el artículo 158, como fundamento de la creación de un Fondo de Compensación destinado a gastos de inversión. Aparte de que nuevamente aquí la obligación derivada de la solidaridad pesa sobre el Estado, tampoco son las Comunidades Autónomas las únicas eventuales beneficiarias de ese instrumento de la solidaridad, ya que, según el precepto, los recursos de dicho fondo han de ser distribuidos por las Cortes



CONSEJO DE ESTADO

Generales “entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso”. Es más que probable que esta referencia a las provincias sea consecuencia de las dudas que todavía en el momento constituyente se tenían acerca de la conveniencia de incluir a todas las provincias dentro de una u otra Comunidad Autónoma. Como dichas dudas han perdido ya su razón de ser, esa mención de las provincias en relación con el Fondo de Compensación, o es letra muerta y, en consecuencia, debe desaparecer del texto o, si se la entiende viva, lleva a un concepto del principio de solidaridad que no coincide con el que parece deducirse del artículo 138, a través de la referencia que en él se hace al artículo 2.

Es cierto que las carencias en el tratamiento que la Constitución hace del principio de solidaridad han sido, en cierta medida, compensadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha derivado de él deberes de cooperación (Sentencia 152/1988, de 20 de julio), auxilio recíproco (Sentencia 236/1991, de 12 de diciembre, y 51/1993, de 11 de febrero) y lealtad (Sentencia 64 /1990, de 5 de abril, y muchas otras). Incluso lo ha utilizado en esta última para declarar la licitud de las medidas adoptadas por una Comunidad Autónoma para facilitar el traslado a su propio territorio de industrias instaladas en los de otras o justificar el establecimiento de una cuantía máxima a las pensiones de la Seguridad Social (Sentencia 100/1990, de 30 de mayo).

Tanto para dotar a esta jurisprudencia de una base más firme que permita su desarrollo, como para asentar más claramente las funciones que al Estado, personificado en la Administración General, le corresponden en relación, no con las “diversas partes del territorio



CONSEJO DE ESTADO

español", sino con las Comunidades Autónomas, así como las limitaciones que a éstas impone el deber de solidaridad recíproca, parece conveniente revisar el tratamiento que la Constitución hace de este principio básico, modificando en cuanto sea preciso los correspondientes preceptos.

5.3.2. Igualdad

Un sistema de organización territorial que, como el nuestro, lleva a cabo una distribución del poder político entre entes dotados de potestad legislativa propia, implica necesariamente un ordenamiento jurídico complejo. Junto a normas vigentes para toda España, hay otras cuya vigencia está limitada al territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma. De esta complejidad resulta una diferenciación en el régimen jurídico de situaciones o relaciones del mismo género y, por tanto, una cierta diversidad de derechos y obligaciones de los españoles en las distintas partes del territorio nacional. Esta diversidad intrínseca del sistema solo es tolerable dentro de ciertos límites, más allá de los cuales se rompería la unidad del sistema mismo. Por ello, el principio general de igualdad de los españoles consagrado en el artículo 14 ha de ser complementado con normas que sirvan tanto para garantizar la diversidad potencial como para prevenir sus eventuales excesos.

Dejando de lado las normas contenidas en los artículos 152 y 149.1.1.^a, que respectivamente imponen a todas las Comunidades Autónomas un mismo modelo de organización política y atribuyen al Estado, en el sentido restringido del término, la competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas de todos los



CONSEJO DE ESTADO

españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, estas normas se reducen a las enunciadas en el apartado 2 del artículo 138 y el apartado 1 del artículo 139.

La prohibición contenida en el apartado 2 del artículo 138, según el cual las diferencias en los Estatutos *“no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos y sociales”*, va dirigida, como es obvio, a las Cortes Generales que han de aprobarlos. El precepto es invocado con frecuencia y tiene por eso un arraigo en la opinión pública que no cabe pasar por alto. Tampoco cabe olvidar que quizá tanto lo uno como lo otro son producto, en buena medida, de la falta de claridad del enunciado, cuya oscuridad hace imposible extraer de él consecuencias jurídicas.

El privilegio implica la excepción de la regla común y, en virtud del principio dispositivo, las únicas reglas comunes a las que han de sujetarse todas las Comunidades son las establecidas en la propia Constitución, que no pueden ser exceptuadas sin incurrir en inconstitucionalidad. El principio de igualdad no puede ser considerado, por ello, como un límite adicional de la diversidad, pues, como dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), *“carece de base constitucional la pretendida igualdad de derechos de las Comunidades Autónomas. Precisamente el régimen autonómico se caracteriza por un equilibrio entre la homogeneidad y diversidad del «status» jurídico público de las Entidades territoriales que lo integran. Sin la primera, no habría unidad ni integración en el conjunto estatal; sin la segunda, no existiría verdadera pluralidad ni capacidad de autogobierno, notas que caracterizan al Estado de las Autonomías. Si*



CONSEJO DE ESTADO

éste fuera el significado que se le ha de atribuir, el precepto sería superfluo. Pero como el precepto habla de privilegios "económicos y sociales" y no parece que quepa hablar de privilegios de esta naturaleza en relación con las Comunidades, ha de atribuírsele un significado distinto, que no afecta a la relación de las Comunidades entre sí, sino a la de cada una de éstas con las personas físicas y jurídicas titulares de derechos y obligaciones "económicos y sociales" (Sentencia 76/1983, de 5 de agosto).

Si, interpretándolo así, se llegase a la conclusión de que la finalidad que el enunciado pretende es la de prohibir que los Estatutos otorguen a los habitantes de la respectiva Comunidad derechos de los que no gozan quienes habitan en otras, el precepto carece de justificación, pues impediría a todas las Comunidades ir, en relación con estos derechos, más allá de lo que haya ido la Comunidad que menos los garantiza. Sería privilegio todo lo que sobrepasase el nivel mínimo. Si, por el contrario y de acuerdo con la opinión más extendida, se entiende que la finalidad perseguida es la de prohibir que el Estatuto de la Comunidad reconozca a una parte de los "*ciudadanos*" de esta, y solo a ellos, derechos que niega al resto, el precepto resultaría superfluo porque esa prohibición está incluida en la interdicción de la discriminación contenida en el artículo 14 y, de modo específico, en la norma que contiene el apartado 1 del artículo siguiente, el 139.

En relación con el artículo 139.1, el Tribunal Constitucional ha declarado que este precepto "*no exige un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente*



CONSEJO DE ESTADO

incompatible con la autonomía, sino a lo sumo (...) se refiere a una igualdad de posiciones jurídicas fundamentales” (Sentencia 37/1987, de 16 de marzo, FJ 9.º y, en sentido parecido, Sentencia 150/1990, de 4 de octubre, FJ 4.º). Esta noción de “*posiciones jurídicas fundamentales*” a la que el Tribunal Constitucional recurre para dotar de sentido a la cláusula resulta equívoca y, por ello, poco adecuada para ese fin. Si se entiende como igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales, es superflua, dado que todos los entes dotados de autonomía, como todos los órganos del Estado, están vinculados por estos derechos, y su regulación y desarrollo, que ha de asegurar la igualdad en su disfrute, están reservados a las Cortes Generales. Como delimitación de lo que es “*fundamental*” en el contenido de derechos no fundamentales, es una noción elusiva y difícilmente aprehensible, más propia de textos doctrinales que de los normativos. Como instrumento para garantizar la igualdad en la diversidad, este precepto es de muy escasa utilidad, si tiene alguna.

En nuestro ordenamiento hay derechos políticos, e incluso civiles, vinculados a la vecindad, y como las normas que los establecen no son las mismas en todo el territorio nacional, no cabe afirmar en abstracto que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones sea cual sea el municipio en el que viven o la Comunidad de la que son miembros. Lo único que cabe decir es que las normas cuyo ámbito de aplicación esté determinado en razón del territorio habrán de respetar el principio de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 14. Como la vigencia de este se extiende a todo el territorio nacional, el enunciado resulta, en rigor,



CONSEJO DE ESTADO

redundante, pero la referencia al ámbito territorial de las normas que han de sujetarse a él le da una sustantividad propia.

Cuestión diferente y de la mayor trascendencia en relación con el principio de igualdad es la de determinar si la diversidad que la distribución territorial del poder implica ha de extenderse a todo género de derechos, incluidos los derechos económicos y sociales. Como antes se ha dicho, una norma que impidiera a las Comunidades Autónomas otorgar a estos derechos un contenido más rico o una garantía más fuerte que los ofrecidos por aquella que más estrechamente los concibe y más débilmente los asegura, sería infundada. Cosa bien distinta es, no obstante, que se entienda que los derechos de esta naturaleza han de ser los mismos en todo el territorio nacional e idénticos los servicios públicos que satisfagan las correspondientes prestaciones. Si es esta la concepción que se quiere hacer valer, sería conveniente incorporar al texto constitucional una norma que la hiciera explícita, pues, como es obvio, este modo de entender la igualdad limita la autonomía de las Comunidades y condiciona decisivamente la ordenación financiera del Estado.

Si, por el contrario, de acuerdo con una concepción que muchos preconizan y que en cierto modo está incorporada al artículo 158 de la Constitución y recogida en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), se entiende que la función del Estado ha de ser la de asegurar un contenido necesario de estos derechos y un nivel mínimo de los correspondientes servicios en todo el territorio nacional, sin impedir que las Comunidades Autónomas que lo quieran vayan más allá,



CONSEJO DE ESTADO

también parece conveniente que la Constitución lo declare así de modo inequívoco.

5.3.3. Cooperación y colaboración

El único precepto de la Constitución que se ocupa de la relación entre Comunidades Autónomas es el artículo 145. Su apartado 1, que prohíbe la federación de Comunidades Autónomas, es inobjetable y debe mantenerse. Con este o parecido tenor, esta prohibición se encuentra en muchas de las Constituciones de Estados con estructura compuesta y, cuando la propia Constitución no la explicita, ha sido deducida por la jurisprudencia constitucional de los principios básicos del sistema. En nuestra propia historia constitucional aparece en el artículo 13 de la Constitución de 1931.

El tratamiento que en el precepto se hace de las relaciones de colaboración y cooperación entre las Comunidades es, por el contrario, manifiestamente insuficiente, más orientado a encorsetar la iniciativa de las Comunidades para cooperar o colaborar entre sí y con el Estado que a imponerles la necesidad de actuar conforme a esos principios, indispensables, como enseña la experiencia ya adquirida, para asegurar la eficacia de los poderes públicos. Las consideraciones siguientes pretenden contribuir a potenciar los principios de colaboración y coordinación, en línea con las que, en relación con el Senado, se efectúan en el apartado 2.

El Tribunal Constitucional ha afirmado desde sus primeras sentencias (por ejemplo, la 18/1982, de 4 de mayo) que se encuentra implícito en la propia esencia de la organización territorial del Estado implantada por la Constitución el "*deber de colaboración*",



CONSEJO DE ESTADO

dimanante del deber general de auxilio recíproco entre autoridades estatales y autonómicas. Opinión reiterada en ulteriores sentencias, como la 80/1985, de 4 de julio, 11 y 96/1986, de 28 de enero y 10 de julio, respectivamente, 133/1990, de 19 de julio, etc. De otra parte, la experiencia ya adquirida ha evidenciado la necesidad práctica de la colaboración, tanto vertical como horizontal. Buena prueba de ello ofrece la importancia que en nuestra vida pública han adquirido las conferencias sectoriales, cuya existencia ha sido consagrada por la Ley 30/1992 (artículo 5), que prevé igualmente la celebración de convenios de colaboración entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas (artículo 6).

En su redacción actual, la Constitución no ofrece base alguna para estas relaciones de colaboración vertical y se ocupa solo de las de colaboración o cooperación horizontal, que pretende encuadrar en dos categorías poco nítidas: los "*convenios*" previstos en los Estatutos para la gestión y prestación de servicios propios de las Comunidades Autónomas y los "*acuerdos*" entre estas, cuyo objeto no precisa, aunque es difícil concebir supuestos en los que ese objeto no sea del mismo género que el que se indica como propio de los convenios. La celebración de los primeros habrá de ser simplemente comunicada a las Cortes Generales, en tanto que se requiere la previa autorización de estas para concluir los acuerdos.

La oscuridad y la rigidez de esta regulación constitucional han hecho que el número de convenios y acuerdos suscritos formalmente entre Comunidades Autónomas desde 1978 haya sido muy reducido, y han obligado a estas a recurrir a otras vías para cumplir con el "*deber de colaboración*". Por la prevista en la Constitución se han



CONSEJO DE ESTADO

formalizado muy contados acuerdos sobre materias muy delimitadas: sanitarias, de gestión de residuos industriales, extinción de incendios forestales, infraestructuras varias, transportes, televisión, de carácter cultural y algunos otros de mayor amplitud, como los relativos al llamado "Arco mediterráneo". En general, se ha acudido a cauces mucho más informales y, por la propia dinámica de las necesidades reales, se han abierto otras fórmulas apenas vislumbradas en la hora constituyente.

Ante una situación como la que se acaba de describir, parece conveniente reflexionar sobre la conveniencia de consagrar explícitamente en la Constitución el deber de cooperación y colaboración que pesa sobre todos los entes dotados de autonomía territorial, especialmente sobre las Comunidades, y de facilitar al mismo tiempo el cumplimiento de ese deber mediante una regulación más flexible de esas actuaciones concertadas.

En la medida en la que tales actuaciones se corresponden con competencias propias de las Comunidades Autónomas, no deberían requerir, por ejemplo, autorización alguna de las Cortes Generales. Una autorización que naturalmente no faculta para llevar a cabo tales acciones cuando excedan del ámbito competencial propio de los entes que pretenden realizarlas. La exigencia de que las Comunidades Autónomas pongan en conocimiento de las Cortes Generales, e incluso del Gobierno, los acuerdos o convenios que entre sí celebren tiene un sólido fundamento en el deber de lealtad recíproca y en la necesidad de que tanto aquellas como este dispongan de toda la información requerida para llevar a cabo sus funciones en el mantenimiento del orden constitucional. Ni lo uno ni lo otro justifican,



CONSEJO DE ESTADO

en cambio, el requerimiento de autorización para la celebración de convenios o acuerdos que las Comunidades Autónomas pueden concertar en uso de sus propias facultades, como ha dicho el Tribunal Constitucional (Sentencia 92/1986, de 4 de julio), al negar que el artículo 145.2 deba ser considerado como una cláusula de habilitación. En nuestro Estado de Derecho no son los órganos políticos, sino los jurisdiccionales, los encargados de impedir lo jurídicamente ilícito. Aquellos deben disponer de la información necesaria para acudir a estos, pero no pueden sustituirlos en esa función.

5.4. Comunidades Autónomas y provincias

Como la doctrina ha subrayado en más de una ocasión, la caracterización que de la provincia hace nuestra Constitución parece no haber tomado en cuenta el proceso de integración del territorio nacional en Comunidades Autónomas que la misma Constitución instauraba. La proyectada reforma, que consagra el final de ese proceso, viene por eso a poner muy de relieve los problemas que engendra la superposición de dos divisiones supramunicipales. No solo porque, en razón de la misma, la organización territorial da lugar a cuatro niveles distintos de gobierno, sino también porque la Constitución no ofrece guía alguna para establecer cuál debe ser la relación entre ellos y, como después se indicará, contiene, por el contrario, al menos un precepto cuya aplicación literal es imposible en ciertos supuestos, en razón precisamente de la relación que existe entre provincias y Comunidades Autónomas.



CONSEJO DE ESTADO

Aunque las provincias son mencionadas en otros preceptos constitucionales, en relación con el sistema electoral o con el proceso de creación de las Comunidades Autónomas, su regulación específica se concentra solo en dos. El artículo 137, en el que, como ya se ha visto, las provincias aparecen, junto con los municipios y las Comunidades Autónomas, como una forma de la organización territorial, dotada de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, y, sobre todo, el artículo 141, referido por entero a aquellas.

La falta de adecuación de este último precepto a nuestra realidad actual es ya palpable en la caracterización, más que definición, que en él se hace de la provincia como *"entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado"*.

La necesidad de que, *"para el cumplimiento de las actividades del Estado"*, el territorio nacional esté dividido en provincias, *"entidades locales con personalidad jurídica propia"* y *"dotadas de autonomía para la gestión de los respectivos intereses"*, no ha impedido que siete de estas hayan desaparecido, subsumidas en otras tantas Comunidades Autónomas. Si el Estado a cuyas actividades ha de servir de marco la provincia se identifica con la Administración General, o se está incumpliendo el mandato constitucional, o se mantiene vigente solo a costa de crear, en contra de lo que la Constitución dispone, otro género de provincias, sin personalidad y sin autonomía.



CONSEJO DE ESTADO

Algunas de estas cuestiones quedarían resueltas, aunque naturalmente solo en uno de los sentidos posibles, si la referencia a la provincia como "*división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado*" se sustituyese por una más estrecha (y probablemente también más adecuada a la realidad, de ahora y de antes), como por ejemplo la de "*división territorial para la organización y funcionamiento de la Administración General del Estado*". Sin embargo, una formulación de ese género no bastaría para resolver el problema que plantea la conexión "provincia-división territorial" y "provincia-entidad local".

Para resolver el problema que se acaba de mencionar, sería necesario, además de cambiar la redacción del precepto en el sentido ya indicado, introducir una modificación más profunda que, manteniendo la universalidad de la provincia como forma de división territorial para el funcionamiento de la Administración General del Estado, no le atribuyese necesariamente la naturaleza de entidad local con personalidad y autonomía.

Pero además de las insuficiencias que dan origen a estos problemas, la regulación constitucional de la provincia incluye algún precepto cuya aplicación literal, como antes se dijo, es hoy imposible. Se trata en concreto de la frase final del apartado 1 del artículo 141, según la cual "*cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica*".

Aunque literalmente la frase no afirma que baste la ley orgánica para producir esa alteración, ese es el significado que generalmente se le atribuye. Así interpretada, sin embargo, la frase solo es válida



CONSEJO DE ESTADO

para unos pocos casos e inválida en muchos otros, por estar en contradicción con las normas que regulan el procedimiento de reforma de los Estatutos de Autonomía.

Salvo en el caso aislado del País Vasco, cuyo Estatuto (artículo 2.2) consagra los límites que en ese momento tenían las tres provincias (territorios históricos) que lo integran, la ley orgánica es, sin duda, suficiente para la alteración de los límites provinciales cuando con ella no se alteran los de la respectiva Comunidad, y así lo ha dicho expresamente el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1986, de 11 de julio. Cuando la iniciativa del cambio no haya partido de la propia Comunidad Autónoma, las Cortes Generales habrán de contar con la voluntad de esta antes de acordarla, dada la incidencia que la organización provincial tiene sobre la autonómica. Pero ni esta necesidad, ni la de consultar a las poblaciones interesadas que impone el artículo 5.º de la Carta Europea de Autonomía Local, ratificada por España el 20 de enero de 1988, encuentran obstáculo alguno en la redacción actual de la frase que ahora se comenta, que para estos casos puede mantenerse en sus propios términos.

Muy otra es la situación cuando la alteración de los límites provinciales implica también una modificación de los comunitarios. Al dar cumplimiento al mandato actualmente contenido en el apartado 2, párrafo b) del artículo 147, los Estatutos de Autonomía de todas las Comunidades definen el territorio por referencia al de las provincias que en ellas se integran; en algunos casos, mediante la simple enumeración de estas y, las más de las veces, precisando que el territorio de la Comunidad es el de los municipios que tales



CONSEJO DE ESTADO

provincias abarcan. Aunque son pocos los Estatutos (Andalucía, Cataluña, Extremadura y Galicia) en los que se dice expresamente que ese territorio es el que las provincias tenían en el momento de la creación de la Comunidad, la buena fe obliga a entender que esa referencia a la realidad existente está implícita en todos ellos.

La insuficiencia de la ley orgánica para modificar los Estatutos de Autonomía, expresamente reconocida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, obliga a concluir, por tanto, que, en principio, solo mediante la modificación de los Estatutos de Autonomía cabe alterar los límites provinciales, siempre que tal alteración entrañe también la de los límites de las Comunidades afectadas, que, como es obvio, han de ser al menos dos. Los únicos casos en los que la alteración de los límites provinciales afecta a los de la Comunidad y, sin embargo, no es necesaria la modificación de los Estatutos, son aquellos que vienen así contemplados en las propias normas estatutarias, como sucede en Aragón (artículo 10), el País Vasco (artículo 8) y, en un sentido opuesto, Castilla y León (Disposición Transitoria Séptima).

5.5. La apertura del sistema

La apertura de nuestro sistema de distribución territorial del poder es, como antes se ha dicho, su rasgo más característico, su más acusada peculiaridad. Esta apertura se concreta en la posibilidad que el sistema ofrece a las Comunidades Autónomas de acometer la reforma de sus Estatutos.

En la regulación constitucional de esta institución cabe distinguir dos aspectos decisivos, el procedimental y el material o sustancial: el



procedimiento de reforma de los Estatutos y los límites que la Constitución impone a la ampliación de competencias.

5.5.1. El procedimiento de reforma estatutaria

Como antes se ha dicho, los preceptos constitucionales que establecen el procedimiento a través del cual el sistema se mantiene abierto son los artículos 147.3 y 152.2. Aunque con diferente énfasis en la expresión, ambos sientan el principio de que la reforma de los Estatutos solo puede llevarse a cabo de acuerdo con el procedimiento en ellos establecido. A este contenido común añaden cada uno de estos preceptos otra norma distinta. El artículo 147.3, la de que las reformas requerirán en todo caso la aprobación de las Cortes Generales mediante ley orgánica. El artículo 152.2, la de que el procedimiento de reforma incluirá en todo caso el referéndum entre los electores inscritos en el correspondiente censo. A diferencia de la norma que impone la necesidad de ley orgánica, que es de alcance general, la que exige la celebración de referéndum se refiere solo a los Estatutos aprobados por el procedimiento previsto en el artículo 151, que han sido los únicos en seguir este mandato.

Según se indicó antes, al analizar el artículo 152, el mantenimiento en sus propios términos de este mandato de referéndum no es indispensable para preservar la validez de las normas estatutarias que lo han seguido, ni para hacer posible que, en el futuro, otros Estatutos puedan introducir el referéndum en sus procedimientos de reforma. Como, por el contrario, el mantenimiento del mandato, una vez eliminada la referencia al actual artículo 151, que desaparecería con la reforma, daría a aquel un alcance general y



CONSEJO DE ESTADO

obligaría a reformar los doce Estatutos restantes, salvo que se quisiera conseguir este resultado, es forzoso considerar derogado el inciso final del artículo 152.2.

Las normas constitucionales sobre la reforma de los Estatutos se reducen, pues, a la que impone la necesidad de aprobación mediante ley orgánica y la que remite al procedimiento previsto en cada uno de ellos. En virtud de esta remisión, la delicada disciplina de la institución más característica de nuestro sistema de distribución territorial del poder, determinante de su apertura, se encuentra dispersa en los diecisiete Estatutos de Autonomía. Para complementar la regulación contenida en estos y colmar la evidente laguna de los Reglamentos parlamentarios en la materia, los Presidentes del Congreso y del Senado dictaron sendas Resoluciones (16 de marzo y 30 de septiembre de 1993, respectivamente), que, pese a su exiguo rango normativo, son claves en el funcionamiento del sistema.

El sistema resultante de este heterogéneo conjunto de normas, cuyo rango formal no es, en ciertos casos, adecuado a su contenido y cuya compatibilidad con algunos preceptos constitucionales no es siempre evidente, es el que, en líneas muy generales, se expone a continuación.

Junto al procedimiento de reforma ordinario, algunos Estatutos prevén procedimientos especiales y, dentro del ordinario, hay también variantes significativas, pero la pauta común es la de que la reforma ha de ser aprobada, en primer lugar, por el Parlamento o Asamblea parlamentaria de la correspondiente Comunidad y después por las Cortes Generales mediante ley orgánica. En lo que toca a esta



CONSEJO DE ESTADO

última exigencia, los Estatutos se limitan a reproducir el precepto constitucional que la impone y, salvo el Estatuto Vasco, que requiere que la ley orgánica que decida la supresión de su artículo 17.6.b) sea aprobada por los tres quintos de los votos en cada una de las Cámaras de las Cortes Generales, ninguno de ellos introduce modificación alguna en lo dispuesto por el artículo 81 de la Constitución.

Para la aprobación en el seno de la Comunidad, siempre competencia del respectivo Parlamento, solo en cuatro casos (País Vasco, Castilla-La Mancha, Canarias e Illes Balears) basta con la mayoría absoluta. Los restantes Estatutos imponen un quórum especial de dos tercios o de tres quintos, aunque algunos de ellos, seguramente en razón de lo previsto en el apartado segundo del artículo 148, exigen mayorías menos cualificadas (absoluta en los casos de Asturias, Cantabria, Castilla y León, Extremadura y Murcia, y simple en el de Valencia) cuando la reforma persigue únicamente la ampliación de competencias. Como antes se ha indicado, los Estatutos de las cuatro Comunidades creadas al amparo del artículo 151 o la Disposición Adicional Primera exigen que, tras su aprobación por ley orgánica, la reforma sea sometida a referéndum.

La necesidad de que la reforma sea aprobada por dos órganos legislativos distintos, la Asamblea parlamentaria de la Comunidad Autónoma y las Cortes Generales, que han de hacerlo mediante ley orgánica, obliga a dar respuesta al problema que plantea el eventual desacuerdo entre esos dos órganos, que han de concurrir en la aprobación de un mismo texto. Las soluciones que para tal problema ofrece el conjunto normativo que ahora se analiza son muy variadas



CONSEJO DE ESTADO

y su fundamentación constitucional es, en algunos casos, de dudosa consistencia.

La solución más simple es la ofrecida por el singular procedimiento previsto en el artículo 71 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. La reforma de esta ha de ser acordada, según dicho precepto, mediante la negociación directa entre el Gobierno de la Nación y la Diputación Foral, que separadamente someten después el texto único al voto de ratificación de las Cortes Generales y del Parlamento Foral. *“Si la propuesta de reforma fuese rechazada -dice el apartado tercero de este artículo-, continuará en vigor el régimen jurídico vigente con anterioridad a su formulación”*. Como ninguno de los dos Parlamentos participa en la elaboración del texto, ni puede modificarlo, ambos se encuentran exactamente en el mismo plano y disponen de idéntico poder para vetar el texto que se les propone.

Como es evidente, no cabe recurrir a esta solución simple cuando la elaboración del texto corresponde al mismo Parlamento que en primer lugar ha de aprobarlo, que es siempre el de la Comunidad Autónoma, sea cual fuere el origen de la iniciativa. Aunque todos los Estatutos de Autonomía (salvo el de Madrid) incluyen a las Cortes Generales entre los titulares de la facultad de iniciativa, también estas han de ejercerla ante aquel Parlamento, y así lo establecen explícitamente las dos Resoluciones presidenciales antes citadas. Solo después de haber sido aprobado por el Parlamento de la Comunidad, el proyecto de reforma pasa a las Cortes Generales, que han de pronunciarse sobre él a través de una ley orgánica. Dejando de lado la eventual intervención de las Cortes



CONSEJO DE ESTADO

Generales por vía de iniciativa, que no ha sido nunca utilizada y cuya justificación no es clara, la solución al problema que genera esta secuencia necesaria del Parlamento de la Comunidad y de las Cortes Generales en la aprobación de las reformas estatutarias está en función de cuáles sean las facultades que se reservan, en primer lugar, a estas y, en segundo término y sobre todo, al mismo Parlamento que ha elaborado el texto, una vez que este queda en manos de las Cortes Generales.

Si las Cortes han de limitarse a aceptar o rechazar el texto que se les presenta, su único autor será realmente el Parlamento de la Comunidad. La vigencia del texto aprobado por él queda pendiente de la decisión de aquellas, pero como en esta hipótesis las Cortes han de pronunciarse mediante un voto de ratificación, esa decisión no tiene otro significado, según cuál sea su sentido, que el de conceder o negar la condición suspensiva de la que depende la validez del texto, sin introducir cambios en su contenido. Esta es la solución que adopta el procedimiento especial y abreviado previsto en los Estatutos del País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía para las reformas que afecten solo a la organización institucional de la Comunidad respectiva. El texto aprobado por el Parlamento es remitido, simplemente para "consulta", a las Cortes Generales y si éstas, en el plazo de treinta días, no se declaran "afectadas" por él, es sometido directamente a referéndum, tras el cual vuelve de nuevo a las Cortes Generales, que se pronunciarán definitivamente mediante ley orgánica. Con la última intervención de las Cortes en este procedimiento se cumple formalmente la exigencia de ley orgánica que el artículo 147 impone para la reforma de los Estatutos, pero



CONSEJO DE ESTADO

esta ley no sirve ahora para dar fuerza de obligar a un texto elaborado total o parcialmente por las propias Cortes Generales y aprobado después en referéndum, como en los procedimientos previstos en el apartado 3 del artículo 151, ni para fijar el texto sobre el que después habrán de pronunciarse los ciudadanos, como en el procedimiento ordinario de reforma que estos mismos Estatutos han establecido en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 152. El texto de la reforma sobre el que las Cortes Generales han de pronunciarse mediante un voto de ratificación es el establecido por la Asamblea parlamentaria de la Comunidad, y como dicho texto ha sido sometido ya a la decisión de los ciudadanos y aprobado por estos, difícilmente podrán las Cortes Generales negarle su aprobación.

La ley orgánica se convierte así realmente en simple fórmula de promulgación de unas normas en cuya elaboración no han tenido las Cortes participación alguna. Las debilidades de este procedimiento especial tienen probablemente su origen en la necesidad de que las reformas estatutarias puramente internas sean aprobadas por ley orgánica e invitan, por ello, a reflexionar sobre la conveniencia de mantener ese requerimiento también para estos casos. Pero antes de llegar a esta reflexión, y no solo para prepararla, es necesario revisar las diversas soluciones que, para este problema de la eventual divergencia entre los dos Parlamentos que han de aprobar la reforma, ofrecen las distintas variantes del procedimiento ordinario, de acuerdo con el cual el texto de la reforma aprobado por el Parlamento de la Comunidad puede ser modificado por las Cortes Generales, que, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento especial que se acaba de comentar, comparten por ello su autoría.



CONSEJO DE ESTADO

Como en este supuesto la intervención de las Cortes Generales es final e inapelable, para que la exigencia de que la reforma del Estatuto sea aprobada por el respectivo Parlamento no quede reducida a la capacidad de éste para proponer una reforma cuyo contenido último escapa por entero de sus manos, es indispensable introducir normas que, de un modo u otro, no dejen por completo inerte al Parlamento de la Comunidad frente a la decisión de aquellas. Las soluciones que para ello ofrece hoy nuestro ordenamiento son, como antes se ha dicho, muy variadas.

La más enérgica, y la única de rango constitucional, es la contenida en el artículo 152.2, que exige que la reforma de los Estatutos aprobados por el procedimiento previsto en el artículo 151, una vez aprobada por las Cortes, sea sometida a referéndum "*entre los electores inscritos en el censo correspondiente*", en cuyas manos se deja, en consecuencia, la tarea de arbitrar las diferencias de criterio entre los dos órganos que los representan.

Los Parlamentos de las cuatro Comunidades que se ven protegidos por esta norma se benefician, además, de un procedimiento especial que, aunque no previsto en la Constitución, pretende encontrar en esta su fundamento. Las Resoluciones citadas de los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado han trasladado a la reforma de estos Estatutos el procedimiento previsto en el artículo 151 de la Constitución para su elaboración; un procedimiento que obligaba a las Cortes Generales a establecer una negociación con el órgano autor de la propuesta, integrado por los Diputados y Senadores elegidos en las provincias que pretendían la creación de la Comunidad que nacería con la aprobación del Estatuto.



CONSEJO DE ESTADO

Es obvio que la aplicación de este procedimiento a la reforma de los Estatutos creados a través de él no podía hacerse sin adecuarlo a una realidad distinta, pues el órgano del que procede el texto de la reforma no es un órgano *ad hoc*, sino el órgano legislativo de una Comunidad Autónoma, y la entidad de esta como cuerpo político parece privar de sentido al cómputo provincial de los resultados del referéndum. Movidas por la exigencia del principio que en ellas se llama "paralelismo de formas", las mencionadas Resoluciones, cuya naturaleza materialmente constitucional se hace así aún más patente, no han dudado en introducir algunos de esos cambios indispensables, merced a los cuales es posible recurrir a dicho procedimiento cuando el texto presentado por la Comunidad ante las Cortes es objeto de enmiendas.

Con el fin de conseguir que la tramitación de sus reformas se haga de forma más o menos semejante a la que resulta de este procedimiento especial, los Estatutos de las Comunidades Valenciana y de Canarias, que no pueden invocar el "paralelismo de formas", han buscado otra solución, introduciendo normas que hagan posible una negociación entre las Cortes Generales y los respectivos Parlamentos. De acuerdo con ellas, si las Cortes Generales no aprobasen la reforma propuesta (Estatuto valenciano) o la modificaran sustancialmente (Estatuto canario), esta ha de ser devuelta acompañada de un mensaje motivado sobre los puntos determinantes de la devolución al Parlamento autonómico, al que se habilita para formular, en su caso, contrapropuestas. La difícil compatibilidad de esas normas estatutarias con la potestad que el artículo 72 de la Constitución concede a las Cámaras para establecer sus propios Reglamentos no



CONSEJO DE ESTADO

ha sido obstáculo para que las citadas Resoluciones presidenciales del Congreso y del Senado las incorporaran.

Por último, esas mismas Resoluciones han otorgado a los Parlamentos de todas las Comunidades Autónomas la facultad de retirar la propuesta de reforma en cualquier momento de su tramitación ante las Cortes Generales anterior al de su aprobación definitiva. Como la retirada del proyecto se equipara a su rechazo, merced a esta facultad, que solo el Estatuto de las Illes Balears contemplaba, todas las Comunidades han adquirido el poder de vetar las propuestas de reforma que juzguen inaceptables. Tampoco en este caso ha suscitado protesta alguna el hecho de que esa facultad de retirar el proyecto no forme parte del procedimiento establecido en los Estatutos para su reforma.

La reforma de los Estatutos, el instrumento a través del que se mantiene en vigor la apertura del sistema, se encuentra en consecuencia sujeta a cinco regímenes distintos: el peculiar de la Comunidad Foral de Navarra; los dos que pueden utilizar las cuatro Comunidades iniciales; un cuarto, propio de las Comunidades Valenciana y Canaria, que incluye, como el anterior, aunque en forma distinta, una negociación entre el Parlamento de la Comunidad y las Cortes Generales; y, por último, otro, utilizable por el resto de las Comunidades, que disponen solo de la posibilidad de vetar las reformas en las que se hayan introducido enmiendas que, al menos formalmente, no han tenido ocasión de negociar.

Esta diversidad de procedimientos no es en sí misma cuestionable, pero la vía que ha llevado hasta ella sí suscita cierta



CONSEJO DE ESTADO

perplejidad. Una cosa es que los Estatutos establezcan el procedimiento que dentro de la Comunidad ha de seguirse para su reforma y otra muy distinta que se lleve también a ellos la regulación del procedimiento al que las Cortes Generales han de ajustarse en el ejercicio de sus propias potestades. Tanto desde el punto de vista teórico como desde el de la práctica, parece necesario que ese procedimiento sea establecido mediante normas generales de rango adecuado. Un rango superior, en todo caso, al de las tantas veces mencionadas Resoluciones de los Presidentes del Congreso y del Senado, que, pese a la plausibilidad de su contenido, no son instrumento adecuado para llevar a cabo esta tarea.

Por ello, dejando a los Reglamentos de ambas Cámaras la regulación de detalle, podrían completarse las sucintas previsiones que el texto de la Constitución contiene hoy, llevando a ella tanto el principio general de que las propuestas de reforma estatutaria han de ser aprobadas por los respectivos Parlamentos, como las normas básicas que aseguren que la potestad de las Comunidades se articula adecuadamente con la que corresponde a las Cortes Generales. Si se decidiera acometer una reforma de este género, convendría llevar a cabo una reflexión más amplia sobre la forma que ha de revestir la intervención de las Cortes Generales en los distintos supuestos.

En lo que toca a las reformas estatutarias que no afectan a la delimitación de competencias ni al ejercicio de los derechos, y no comportan, por tanto, cambio alguno en el sistema de relaciones entre las Comunidades y el Estado, tal vez podría atribuirse a las Cortes Generales la facultad de autorizar el referéndum. Esta autorización, que haría innecesaria una intervención posterior a este



CONSEJO DE ESTADO

que, como la prevista en los Estatutos de las cuatro primeras Comunidades, reduce la ley orgánica a simple fórmula de promulgación, se otorgaría solo si las Cortes estimasen que la propuesta de reforma afecta únicamente a la organización interna de la Comunidad proponente. Para extremar las garantías, podría contemplarse incluso la conveniencia de establecer un procedimiento de consulta previa al Tribunal Constitucional.

En relación con las propuestas de reforma estatutaria que, por afectar a la delimitación de competencias o al ejercicio de los derechos, exigen un procedimiento que ofrezca a las Cortes Generales la posibilidad de modificar su contenido, tal vez convenga reflexionar también sobre la conveniencia de que la aprobación final de estas revista la forma de ley orgánica. Esta forma que el texto actual impone ha dado lugar a una confusión perturbadora, de la que a veces se ha intentado sacar provecho. Pese a estar aprobados por ley orgánica, los Estatutos no son leyes orgánicas, sino una fuente normativa distinta. Ni las leyes orgánicas posteriores pueden modificar los Estatutos, o desconocerlos, ni los Estatutos pueden ignorar o modificar las leyes orgánicas existentes.

Para poner término a la indicada confusión sin reducir las garantías que la ley orgánica ofrece, cabría prever que la aprobación de las Cortes Generales se tramite en la forma prevista en el artículo 74. Esta solución asimila este supuesto a otros que guardan alguna analogía con el de la reforma estatutaria. Como este procedimiento exige para la aprobación la mayoría de ambas Cámaras y, para el caso de divergencia entre estas, la mayoría absoluta del Congreso, su



CONSEJO DE ESTADO

eficacia para asegurar el consenso es, en definitiva, equiparable a la de la ley orgánica.

Si, pese a ello, se la considerase insuficiente, cabría introducir la exigencia de que la aprobación hubiera de hacerse por mayoría absoluta en ambas Cámaras. En este caso, como es obvio, para superar la eventual divergencia entre ellas, habría que exigir para la decisión final del Congreso una mayoría superior, para la que los autores de la reforma podrían inspirarse en las previsiones de los propios Estatutos de Autonomía.

Una reforma de este género, que rompería la conexión actualmente existente entre Estatutos y ley orgánica, sin reducir las garantías que esta ofrece, sino más bien aumentándolas, puede aconsejar una leve modificación en el artículo 81 y en la caracterización que la Constitución hace hoy de los Estatutos en el párrafo inicial del artículo 147. La primera no es estrictamente indispensable, pero sí conveniente para evitar dudas y ambigüedades. La segunda, además de cumplir los mismos objetivos, permitiría depurar el texto actual, eliminando fórmulas equívocas.

Para concluir este análisis de los aspectos procedimentales de la apertura del sistema de distribución territorial del poder, parece razonable hacer una reflexión sobre el papel que en ese procedimiento debería jugar el Tribunal Constitucional. Como antes se indicó, es obvio que el ámbito competencial de muchas de nuestras Comunidades está cerca de agotar el campo que el artículo 149 les reserva, cuando no lo ha agotado ya, y que esta situación incrementa el riesgo de que una nueva ampliación traspase los



CONSEJO DE ESTADO

límites que ese artículo establece. Aunque las eventuales transgresiones podrán siempre ser corregidas por el Tribunal Constitucional a través del recurso de inconstitucionalidad e incluso, aunque con más dificultad, a través de la cuestión de constitucionalidad o del recurso de amparo, este control *a posteriori* tal vez no resulte el más adecuado para fuentes normativas que, como los Estatutos, subordinados a la Constitución, ocupan bajo ella el más elevado lugar en la jerarquía ordinamental. Para librarlos de la sospecha de inconstitucionalidad y, *a fortiori*, de la acusación explícita de incurrir en ella, podría considerarse la conveniencia de reintroducir el recurso previo de inconstitucionalidad. Un recurso que, como es obvio, a diferencia de la consulta antes sugerida en relación con las reformas estatutarias sin contenido competencial, solo cabría presentar frente al texto aprobado por las Cortes Generales.

5.5.2. Los límites de la apertura

Los límites de la apertura posible son, en principio, los establecidos por las competencias exclusivas del Estado que enumera el artículo 149. No obstante, el artículo 150 crea una posibilidad de ir más allá de esos límites, aunque, como más adelante se indica, esa eventual ampliación no puede ser impulsada a través del procedimiento de reforma estatutaria o, dicho de otro modo, no debe ser entendida como consecuencia del principio dispositivo.

Los debates en torno al apartado 2 de ese precepto durante el proceso de elaboración de nuestro texto constitucional revelan que la voluntad del constituyente fue la de introducir un factor de flexibilidad o apertura en el sistema de distribución de competencias que



CONSEJO DE ESTADO

facilitase su adaptación a las nuevas circunstancias. Ese reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas no puede considerarse cerrado definitivamente, de una vez para siempre, aun cuando los Estatutos alcancen el techo establecido en la Constitución (todas las competencias no reservadas al Estado en exclusiva por el artículo 149.1), dado que puede resultar alterado por una atribución extraestatutaria de competencias a las Comunidades Autónomas.

Esta posibilidad que la propia Constitución crea de excepcionar mediante ley orgánica la aplicación de la norma constitucional que establece el reparto de las competencias exclusivas del Estado, forma parte, guste o no, de la "*apertura*" que caracteriza a nuestro sistema de distribución territorial del poder. Su eliminación implicaría, por tanto, un cambio que va más allá de la proyectada reforma. Por el contrario, es perfectamente compatible con ella, y la haría técnicamente más perfecta, una modificación del precepto para hacerlo más claro y evitar las graves disfunciones derivadas de una utilización abusiva o masiva de este instrumento excepcional.

Mayor claridad se conseguiría, sin duda, por el procedimiento de simplificar el texto actual, que, al referirse en dos ocasiones a la transferencia y la delegación como opciones alternativas, ha creado una cierta confusión perturbadora. Siendo mayoritaria entre los especialistas la opinión de que no existen diferencias cualitativas que justifiquen tal disyuntiva, puesto que en todos los casos es el ejercicio y no la titularidad de las facultades lo que se cede a las Comunidades Autónomas, no tiene mucho sentido mantener esta dualidad. Para disipar cualquier duda al respecto, también convendría



CONSEJO DE ESTADO

precisar que lo que se cede por este procedimiento, a una o a varias Comunidades Autónomas, es únicamente el ejercicio (*"El Estado podrá transferir a una o varias Comunidades Autónomas el ejercicio de facultades sobre materias de titularidad estatal"*).

En segundo término, convendría delimitar el ámbito de las facultades de titularidad estatal que pueden ser delegadas mediante algún criterio más preciso que la *"naturaleza"* de estas, que es el que el texto actual utiliza. Para ello se ofrecen dos vías concurrentes. De una parte, la de caracterizar las facultades que en ningún caso pueden ser delegadas (o transferidas); de la otra, especificando los fines que justifican la delegación (o transferencia). La caracterización de las facultades indelegables, que forzosamente ha de hacerse en términos muy genéricos, debería incluir, además de las que se consideren inherentes al ejercicio de la soberanía e indispensables para asegurar el correcto funcionamiento de la organización general del Estado, las que pongan en peligro la capacidad del Gobierno de la Nación para diseñar y aplicar su propia política en aquellos ámbitos que la Constitución le ha reservado en exclusiva (facultades de dirección política, según el artículo 97). Forma parte también de este núcleo duro intangible la competencia atribuida al Estado en numerosos apartados del artículo 149.1 para dictar las bases o la legislación básica; una competencia para definir el denominador común normativo que, en buena lógica, no puede ser cedida a una Comunidad Autónoma.

Para precisar igualmente cuáles son las facultades delegables o transferibles desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la delegación o transferencia, cabe exigir, como requisito adicional, que



CONSEJO DE ESTADO

se trate de facultades necesarias para que la Comunidad ejerza más eficazmente las competencias ya asumidas en sede estatutaria, con exclusión, por tanto, de todas las que se proyecten sobre materias en las que la Comunidad Autónoma no puede invocar ningún título que la habilite de una u otra forma para intervenir. La exigencia de una vinculación directa entre una o varias competencias de las que figuran en el Estatuto como propias de la Comunidad y las que eventualmente pudieran traspasarse por el procedimiento previsto en el artículo 150.2 serviría para poner coto a la fuerza expansiva de esta técnica, sometiendo su uso a una condición que se formula en términos positivos.

Finalmente, sería conveniente aprovechar la reforma para zanjar definitivamente la polémica en torno a la utilización de los Estatutos de Autonomía como instrumentos para formalizar la cesión de competencias al amparo de la habilitación contenida en el artículo 150.2, aunque esta utilización se haga ya difícil si, como antes se propugna, se rompe la conexión entre Estatutos de Autonomía y leyes orgánicas. Apelando a la rotunda jurisprudencia constitucional y a la interpretación dominante en la doctrina científica, podría incluirse una expresa interdicción de la incorporación al texto estatutario de estas facultades estatales transferidas.



V. REFORMA DEL SENADO

1. Introducción

1.1. La consulta del Gobierno

El escrito del Gobierno advierte de que las cuatro modificaciones a las que se extiende la reforma en estudio obedecen a una misma razón de ser: no se trata de *“rectificar o invertir el núcleo de las decisiones adoptadas en su día por el constituyente”*, *“antes bien, tienen en común su voluntad de completar y culminar, en cada caso, adaptándolo al presente, el diseño normativo de 1978”*. Por tanto, la reforma se dirige al perfeccionamiento y mejora del texto constitucional de 1978 a la vista de la experiencia de los últimos veintisiete años.

Ello es particularmente evidente en relación con el Senado. Así, la primera referencia al alcance de la reforma dice que su objeto es hacer de esta Cámara lo que la propia Constitución define y proyecta para ella, el espacio institucional para la defensa de la identidad, autogobierno y participación de las Comunidades Autónomas, reforzando la cohesión y la colaboración en una tarea común.



CONSEJO DE ESTADO

La Constitución configura al Senado como una "*de las Cámaras*" de las Cortes Generales que representan al pueblo español (artículo 66.1 y rúbrica del Capítulo Primero del Título III, relativo a las Cortes Generales), ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución (artículo 66.2). Según el artículo 69.1, "*el Senado es la Cámara de representación territorial*". Precisamente, el objetivo de la reforma del Senado es fijar los rasgos de esa llamada "*representación territorial*" y hacerla efectiva.

El Gobierno consulta acerca del "*modelo que mejor se ajuste a las peculiaridades del sistema español de distribución territorial del poder político*" y plantea diversas cuestiones cuya expresión también contribuye a delimitar el alcance de la reforma. La consulta se formula en los siguientes términos:

"La Constitución de 1978 ha mantenido la estructura bicameral de las Cortes Generales que, desde 1834, con la excepción del período de la II República, ha marcado la ordenación del poder legislativo en España. En la economía organizativa del diseño institucional de nuestra Constitución, todo órgano constitucional aporta un específico valor en la realización y actualización cotidiana del Estado social y democrático de Derecho.

*El Congreso de los Diputados y el Senado representan al pueblo español, tal y como proclama el artículo 66.1 de la Constitución. Más allá de ese común carácter representativo, el constituyente quiso atribuir a la Cámara alta un *quid alius*, un valor añadido frente al*



CONSEJO DE ESTADO

Congreso, al definirla en el artículo 69 como la "Cámara de representación territorial". La especificación de este principio en el texto fue objeto, como es sabido, de intenso debate. A lo largo del proceso constituyente se pasó de un modelo de Senado de impronta federal, integrado mayoritariamente por representantes elegidos por las Asambleas de los "Territorios Autónomos" de entre sus miembros (art. 60 del Anteproyecto de Constitución), a una Cámara mayoritariamente de elección directa en circunscripciones provinciales.

El tránsito del modelo inicialmente proyectado al vigente se explica, en buena parte, por la incertidumbre sobre el desarrollo del proceso autonómico y la inconveniencia de remitir a un momento futuro la configuración final de la segunda Cámara de las Cortes Generales.

Desde un punto de vista orgánico, el Senado tiene una composición dual. Por mandato constitucional, la mayoría de los senadores son elegidos por sufragio universal y directo (art. 69.2, 3 y 4 CE), en tanto que aproximadamente una quinta parte del total sus miembros son designados por los parlamentos autonómicos (art. 69.5 CE).

Entre las funciones asignadas al Senado, priman las propias de una segunda Cámara legislativa. Es cierto que la Constitución confiere cierto grado de relevancia a la participación del Senado en asuntos de carácter territorial como es el caso de la apreciación de la necesidad de armonizar disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas (art. 150.3 CE), la distribución de los recursos del Fondo



CONSEJO DE ESTADO

de Compensación Interterritorial (art. 74.2.c en relación con el art. 158.2 CE), la autorización de convenios entre Comunidades Autónomas (art. 74.2.b en relación con el art. 145.2 CE) o la autorización de las medidas previstas en el artículo 155 CE.

Pero, en esencia, el Senado es más bien una cámara de segunda lectura con una intervención restringida en el ejercicio de la potestad legislativa. Tal y como se articula constitucionalmente el procedimiento legislativo, las posibilidades de participación del Senado se limitan a la incorporación de enmiendas o la adopción de un veto, a reserva de que el Congreso las acepte o lo levante. Y ello, además, en un plazo temporal limitado, pues uno de los fines a los que responde el artículo 90 CE es el logro de una cierta celeridad en la tramitación senatorial.

El constituyente ha conformado, de este modo, un bicameralismo imperfecto, descompensado en favor del Congreso, que ha sido descrito por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos: "Frente al sistema tradicional de nuestro bicameralismo -Comisión Mixta de Diputados y Senadores- el artículo 90.2 atribuye un destacado protagonismo al Congreso, que tiene la decisión final sobre las discrepancias del Senado respecto de los textos remitidos por aquél" (STC 97/2002, FJ 4).

La primacía del Congreso se manifiesta, también, en el ejercicio de las funciones referidas en el artículo 74.2 CE, así como en la función de control del Gobierno, en la que tanto el establecimiento de la relación de confianza como la exigencia de responsabilidad política le corresponde a la Cámara baja en exclusiva. La posición del Senado



CONSEJO DE ESTADO

sólo se equipara con la del Congreso en el procedimiento agravado de reforma constitucional (art. 168 CE) y en la apreciación de la necesidad previa a la elaboración y aprobación de una Ley de armonización (art. 150.3 CE). Y el único supuesto de participación exclusiva y excluyente del Senado es el previsto en el artículo 155 CE.

Esta configuración constitucional del Senado ha merecido desde el primer momento una valoración crítica por parte de la doctrina que ha puesto de manifiesto sus incoherencias y la escasa funcionalidad de la Cámara. Son numerosísimos los estudios publicados a lo largo de estos años que coinciden en la necesidad de proceder a la reforma del Senado. Pero también en foros políticos y en sedes institucionales se ha venido abogando insistentemente por la reforma.

En efecto, el dato más relevante acerca de la insatisfacción producida por la regulación constitucional es el hecho de que la necesidad de reforma ha sido sentida y promovida por la propia Cámara. En un primer momento, la vía que se consideró más conveniente fue la modificación del Reglamento con el fin de potenciar la dimensión territorial de la institución en el ejercicio de sus funciones. Así, en la sesión plenaria del 2 de diciembre de 1987 se aprobó una moción por la cual "el Pleno del Senado, en su voluntad de afirmar su naturaleza constitucional, como Cámara de representación territorial, acuerda iniciar el trámite pertinente para la modificación del vigente Reglamento de la Cámara".

Esa voluntad de reforma se reiteró en el Pleno del Senado del 20 de diciembre de 1989 en el que se aprobó una nueva moción por



CONSEJO DE ESTADO

la que se instaba "la formulación de una propuesta consensuada de reforma del Reglamento de la Cámara, en orden a potenciar de manera más satisfactoria sus funciones de representación territorial". Los trabajos de la Cámara dieron como fruto la Reforma del Reglamento del Senado, aprobada por el Pleno el 11 de enero de 1994, por la que se creó la Comisión General de las Comunidades Autónomas.

Si bien la reforma reglamentaria dio algunos resultados positivos, la limitación que la configuración constitucional de la institución supone ha impedido profundizar en la potenciación del carácter territorial de la representación y las funciones de la Cámara. El propio Senado fue consciente de ello por cuanto el mismo año de la entrada en vigor de la reforma del Reglamento, tras el debate general sobre el Estado de las Autonomías celebrado el 28 de septiembre de 1994, aprobó una moción mediante la que acordó "constituir, antes de terminar el actual período de sesiones, una ponencia que estudie las modificaciones necesarias para integrar más adecuadamente la Cámara territorial en el desarrollo del Estado de las Autonomías, definido por la Constitución Española, reformándola para ello en lo referido a la composición y atribuciones del Senado, recabando la colaboración del Gobierno y las Comunidades Autónomas, así como el asesoramiento de expertos en la materia".

La reforma constitucional ha sido desde entonces objeto de iniciativas de impulso por parte de la propia Cámara en la VI Legislatura (Acuerdo unánime del Pleno del Senado de 6 de noviembre de 1996 de creación de una Comisión Especial para el Estudio de la Reforma Constitucional del Senado) y en la VII (Moción



CONSEJO DE ESTADO

aprobada el 16 de mayo de 2000 por la que se propone la creación de una Ponencia en el seno de la Comisión General de las Comunidades Autónomas “para reformar aquellos aspectos de la Cámara para que mejoren su eficacia en el ejercicio de las funciones que, como foro de representación territorial, le otorga la Constitución y como Cámara que ha de expresar la realidad plural de España”).

Tras 26 años de experiencia constitucional, y aún siendo muy notable la contribución realizada por el Senado al desarrollo y la consolidación de nuestro Estado -gracias al esfuerzo y al buen hacer de quienes en él han ejercido a lo largo de estos años su mandato representativo dentro de los estrechos márgenes de la regulación constitucional-, el desfase entre la actual configuración del Senado y la realidad jurídico-política del Estado de las Autonomías hace inaplazable emprender su reforma.

Ya se ha expuesto en otro apartado de este escrito cómo las inseguridades e incertidumbres del momento constituyente a la hora de establecer el diseño de la Cámara han ido despejándose durante el período de elaboración y aprobación de los Estatutos de Autonomía y la progresiva creación y puesta en funcionamiento del Estado autonómico.

En todo Estado políticamente descentralizado es necesario un órgano de vertebración de los niveles de gobierno en los que se articula el poder público, un órgano a través del cual se posibilite la participación de los entes territoriales en la política general del Estado, que facilite la integración y cooperación territorial y promueva la solidaridad.



CONSEJO DE ESTADO

Hoy, además, existe un alto grado de consenso entre las fuerzas políticas sobre la necesidad de potenciar la función territorial del Senado. De hecho, aunque con distinto alcance y con diversos énfasis, todos los grupos políticos con representación parlamentaria realizaban propuestas de reforma del Senado en los programas con los que concurrieron a las pasadas elecciones de marzo del 2004.

El Presidente del Gobierno, por su parte, se comprometió en el debate de investidura a impulsar un proceso consensuado de reforma parcial de la Constitución para lograr que el Senado sea el espacio en el que reforzar la cohesión y la vertebración de España y defender la identidad, el autogobierno y la participación en un foro común de debate y acuerdo.

A la hora de diseñar la propuesta de reforma que pueda generar un consenso a la altura de la importancia de la materia, se considera conveniente contar con el criterio del Consejo de Estado acerca del modelo de configuración del Senado que mejor se ajuste a las peculiaridades del sistema español de distribución territorial del poder político.

Por todo ello, el Gobierno solicita del Consejo de Estado, en el marco del informe sobre la reforma constitucional, su pronunciamiento sobre las siguientes cuestiones:

1.- Las funciones que debe ejercer el Senado como Cámara de representación territorial y, en particular, el ámbito material y el grado de participación en el ejercicio de la potestad legislativa, las tareas que le correspondería desempeñar como espacio de concertación y cooperación de las Comunidades Autónomas entre sí y



CONSEJO DE ESTADO

con el Estado, y las atribuciones relacionadas con otros órganos constitucionales.

2.- La composición más adecuada para ejercer esas funciones y expresar la representación de los intereses territoriales, así como su articulación efectiva.

3.- La posición institucional del Senado en el seno de las Cortes Generales en el ejercicio de sus funciones como Cámara de representación territorial.

4.- Las consecuencias sistemáticas que comportaría en el conjunto de la estructura constitucional la adopción del correspondiente modelo de configuración del Senado".

No es necesario reiterar aquí el relato de los antecedentes de la reforma del Reglamento del Senado de 11 de enero de 1994, por la que se creó la Comisión General de las Comunidades Autónomas, ni el de las iniciativas de reforma constitucional que después se incoaron. Sí importa subrayar que el proceso permitió constatar la existencia de "*problemas o insuficiencias ampliamente reconocidos*" en relación con el Senado y dio lugar a un "*diálogo sostenido*" sobre la materia, generándose, como dice el Gobierno, "*un alto grado de consenso entre las fuerzas políticas sobre la necesidad de potenciar la función territorial del Senado*". Todo ello suministra una base para indagar sobre las soluciones técnicas concretas que permitan abordar y, en su caso, culminar el proceso de reforma.



1.2. La idea de “representación territorial”

La expresión “*representación territorial*”, que el artículo 69.1 de nuestra Constitución utiliza para caracterizar al Senado, carece de precedentes en la historia constitucional española y es poco frecuente en el Derecho comparado. Esta ausencia de elementos interpretativos predeterminantes que fijen y cierren de forma nítida el concepto de “*Cámara de representación territorial*” obliga a construir dicho concepto desde las elaboraciones teóricas de la doctrina, con los préstamos adecuados de modelos comparados y, sobre todo, por referencia al marco que ofrece la propia Constitución.

Los modelos comparados más útiles son, sin duda, los que proporciona el estudio de los Estados federales, cuyas Constituciones, sin embargo, no utilizan la expresión “*representación territorial*”. La consulta elevada por el Gobierno la emplea sin precisarla directamente, aunque sí alude con reiteración a las finalidades que permitiría alcanzar la conversión del Senado en auténtica Cámara de representación territorial. La utilidad de estas alusiones para determinar la noción con la que se ha de operar es, no obstante, más bien escasa. En dos ocasiones la consulta se refiere al futuro Senado simplemente como “espacio” (“*espacio de concertación y cooperación de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado*”, “*espacio en el que reforzar la cohesión y la vertebración de España y defender la identidad, el autogobierno y la participación en un foro común de debate y acuerdo*”) y, en el único párrafo en el que lo denomina “órgano”, se limita a decir que este ha de hacer posible “*la participación de los entes territoriales en la política general del Estado*”, a fin de promover la integración y cooperación territorial y



CONSEJO DE ESTADO

promover la solidaridad. Antes de acometer la respuesta a las cuestiones concretas sobre las que el Gobierno solicita el informe del Consejo de Estado, parece inexcusable, en consecuencia, determinar los contornos de esta noción que nuestra Constitución ha incorporado al Derecho positivo.

Mediante la representación política, según hoy se entiende, una sociedad se constituye como unidad de decisión y acción. La voluntad del representante, individual o colegiado, se imputa al representado, pero no es este quien la crea. Es una voluntad libre, aunque en las democracias contemporáneas el representante adquiera esta condición a través de la elección y haya de responder periódicamente ante los electores, quienes eventualmente pueden no renovar el poder que le concedieron.

Como quiera que, salvo en aquellos casos, no muy numerosos, en los que minorías dispersas a lo largo del territorio de un Estado tienen la posibilidad de elegir sus propios representantes, cualquier sociedad política ocupa un espacio bien delimitado, toda representación es, en cierto modo, representación territorial y los elegidos representan al cuerpo político entero, son representantes de la Nación. Esta vinculación de cada representante con el todo no permite desconocer, sin embargo, que entre el representante y los electores de la circunscripción en la que fue elegido existe una relación concreta, cuya intensidad viene determinada por el sistema electoral y, en algunos casos, entre ellos el español, por el sistema de partidos. Es más intensa cuando la elección se produce por sufragio mayoritario en distritos uninominales, como es práctica común en los países anglosajones, en muchos de los cuales los miembros del



CONSEJO DE ESTADO

Parlamento, que son designados en él por el nombre de sus respectivos distritos, mantienen oficinas permanentes de relación con los electores. Esta vinculación del representante con el territorio particular en el que se produjo su elección se atenúa cuando esta se efectúa a través de listas, especialmente si están cerradas y bloqueadas y la atribución de escaños se hace con una u otra variante del sistema proporcional, si bien, aun en estos supuestos, la vinculación territorial de los elegidos puede fortalecerse cuando las candidaturas proceden de partidos que circunscriben su acción a partes determinadas del territorio nacional, de las que se pretenden portavoces cualificados. En la medida en la que esa pretensión concuerde con la realidad, esos territorios adquieren así una presencia específica en la Cámara que ostenta la representación de la Nación entera, si bien ello no basta para entenderla como Cámara de representación territorial, pues también esos representantes lo son, sea cual fuere su intencionalidad subjetiva, de la totalidad de la Nación.

De representación territorial en un sentido más estricto cabe hablar solo cuando la representación se articula de manera tal que a través de ella adquieren voz propia las diversas partes territorialmente diferenciadas de la comunidad política única, de la Nación. Los "territorios" no son ya simples circunscripciones electorales, sino la delimitación espacial de conjuntos políticos concretos que se incorporan en cuanto tales al proceso de formación de la voluntad del Estado.

Esta presencia de los diversos territorios del Estado en un órgano que contribuye a formar la voluntad de este puede lograrse de



CONSEJO DE ESTADO

muy diversos modos. Uno de ellos, en apariencia el más simple, es el de estructurar la representación de los diversos "territorios" a partir de su organización gubernamental. Un ejemplo de esta solución es el que ofrece la Constitución de la República Federal de Alemania con la configuración del Consejo federal (*Bundesrat*). Cada uno de los *Länder* está presente en él a través de miembros de sus respectivos Gobiernos y el voto de cada *Land* es siempre único, con independencia del valor que se le haya de atribuir para determinar el sentido de la decisión de aquel Consejo a través del que los *Länder* "participarán, por medio del *Bundesrat*, en la legislación y en la administración de la Federación" (artículo 50). La simplicidad de la solución se logra así transformando la representación política, en la que el representante crea libremente la voluntad imputada a los ciudadanos, en una representación de un género muy distinto. La voluntad que el representante ha de hacer valer es la voluntad preexistente de una persona jurídica, y la relación entre el miembro del *Bundesrat* y el respectivo *Land* se asemeja a la que, dentro de la Unión Europea, se da entre los ministros que en cada caso integran el Consejo y el Estado que cada uno de ellos representa. Los territorios que integran la República Federal, los *Länder*, están representados –o más bien "presentes"- en el *Bundesrat*, pero este no es una "Cámara de representación territorial", sino un órgano constitucional *sui generis*, dotado, eso sí, de funciones que en gran parte coinciden con las que son características de las segundas Cámaras.

El objetivo declarado de la reforma proyectada, que es la transformación del Senado en auténtica Cámara de representación territorial, modificando su estructura y sus funciones de acuerdo con



CONSEJO DE ESTADO

su definición constitucional, no permite por ello sustituirlo por un "Consejo" como el que se acaba de describir. Si el Senado ha de seguir siendo una de las dos Cámaras de las Cortes Generales, la representación que sus miembros ostentan ha de ser política, pues de otro modo no podría formar parte del órgano que, según el artículo 66.1 de la Constitución, asume la representación del pueblo español. A esta razón de principio cabe añadir, para desechar aquel modelo, otras consideraciones de carácter político y práctico. En primer lugar la de que, como la experiencia enseña y es inevitable en las democracias modernas, las voluntades que en el seno del *Bundesrat* se expresan están determinadas en parte muy importante, si no sustancial, por la lógica propia del Estado de partidos, de manera que el partido o coalición de partidos que ocupa el Gobierno de cada uno de los *Länder* utiliza el Consejo, tanto o más que para defender los intereses particulares del territorio respectivo, como instancia adecuada para apoyar o combatir al partido o partidos en cuyas manos está el Gobierno del Estado. En segundo término, la de que las indispensables relaciones de colaboración y cooperación entre el Gobierno del Estado y los de los distintos territorios pueden encauzarse por vías más simples y directas, a través de conferencias sectoriales o generales, especialmente si, como se sugiere en otro lugar de este Informe (apartado 2.2 de esta parte V; ver también el apartado 5.3.3 de la parte IV), se da a estas base adecuada mediante la oportuna reforma del artículo 145 de la Constitución.

Una "Cámara de representación territorial" solo existe, en puridad, cuando sus miembros ostentan una representación "política", entendida como representación del cuerpo de ciudadanos



CONSEJO DE ESTADO

delimitado por el territorio, y no del aparato gubernamental de este. Y como en nuestro tiempo el único fundamento de legitimidad posible de esa representación o, si se quiere, del poder de los representantes está en la elección, directa o indirecta, de los ciudadanos, la Cámara de representación territorial ha de ser también Cámara electiva.

Esta es la solución habitual en los Estados federales o, de modo más amplio, en los Estados compuestos, en los que, como producto (o supuesto) de la división territorial del poder, los ciudadanos tienen una doble condición que se refleja en la estructura bicameral del Parlamento: a) la simple condición de ciudadanos, miembros de una comunidad política única, personificada por el Estado compuesto y representada en una Cámara elegida por el voto igual de todos los ciudadanos, sin atención alguna al lugar en el que viven o depositan sus votos; b) la condición, derivada y dependiente de la anterior, de miembros de una de las comunidades políticas territorialmente delimitadas a las que la Constitución dota de poderes propios, indisponibles por el legislador ordinario. A través de la estructura bicameral, el cuerpo político es representado así en su unidad y en su diversidad, de manera que solo la conjunción de ambos momentos hace visible una representación plena. Trasladando estas nociones a nuestro sistema constitucional, cabe decir que la representación territorial del artículo 69.1 de la Constitución no traduce un concepto que se oponga a la representación del pueblo español del artículo 66.1, sino una modulación de esta en función del territorio y de su organización, que aporta elementos de compensación y equilibrio para hacer políticamente cabal la representación en el ámbito



CONSEJO DE ESTADO

institucional de un Estado del que son soporte, al menos, la población y el territorio.

Es cierto que la actuación del cuerpo electoral único en dos planos o momentos distintos, el de la unidad y el de la diversidad, plantea un difícil problema. De una parte, el principio democrático lleva a atribuir valor igual al voto de todos los ciudadanos (un hombre, un voto), pero, de la otra, la aplicación de este principio a la elección de la segunda Cámara la privaría de la condición que se le quiere atribuir, la de ser Cámara de representación territorial. Con independencia de las diferencias mayores o menores que resulten del sistema seguido para la elección de cada una de las Cámaras, es evidente que si la composición de la Cámara que debería asegurar la representación territorial se establece, como la de la Cámara de representación unitaria, dando el mismo valor a todos los votos depositados en todo el territorio del Estado, el peso de cada territorio parcial en las decisiones de la "Cámara territorial" será el que corresponda a su población y, aunque las circunscripciones electorales coincidan con los territorios, estos no estarán representados en cuanto tales.

La solución más radical y tajante a este problema -también la más tradicional- es la de atribuir el mismo número de representantes a todos los "territorios", sea cual fuere su población, de manera que el principio del valor igual de todos los votos solo opera dentro de cada uno de ellos, pero no si la comparación se establece entre territorios diversos. Esta es la fórmula aplicada para configurar el Senado de los Estados Unidos y el *Ständerat* suizo, aunque en este último caso la regla de la igualdad de los territorios resultó atenuada



CONSEJO DE ESTADO

por la creación de los medio-cantones, que en la Constitución vigente ha llevado a atribuir un solo representante, en lugar de dos, a seis de los veintiséis cantones que integran la Confederación.

Esta solución, que deriva seguramente de la idea, más o menos acorde con la realidad histórica, de que el Estado federal es fruto del acuerdo entre Estados preexistentes, encaja por eso difícilmente con un sistema de distribución territorial del poder en el que los "territorios" entre los que el poder se divide han sido delimitados, sea cual fuere la historia remota de cada uno de ellos, por el poder único de un Estado hasta ese momento unitario. En esta situación, que era la de España en 1978, como en 1919 fue la de Austria, la cultura política propia y la imagen que los ciudadanos se hacen del Estado y de la democracia obligan a establecer alguna relación entre la representación de los territorios y su dimensión demográfica. Una relación que, por las razones que se acaban de exponer, no puede ser estrictamente proporcional y, por tanto, ha de atender a ciertos y prudentes límites. Así se ha hecho, por ejemplo, en Austria, en donde ningún *Land* puede tener más de doce miembros en el *Bundesrat*, esto es, cuatro veces más que el *Land* menos poblado, al que la Constitución le asegura en todo caso tres escaños. Y así se ha hecho también, aunque de manera más compleja y con límites más amplios, en la última reforma completa de la Constitución belga.

En todo caso, tanto si los territorios están representados por igual como si hay una ponderación de acuerdo con el número de electores, las Cámaras territoriales tienen un número de escaños significativamente menor que el de aquellas que aseguran la representación unitaria del pueblo. Esta diferencia numérica puede



CONSEJO DE ESTADO

adquirir una trascendencia política muy considerable en los supuestos en los que la divergencia entre las Cámaras se resuelve, como sucede por ejemplo en Australia, mediante su reunión conjunta.

Con esta última observación se entra ya en el problema de la relación entre ambas Cámaras, común, como es obvio, a todos los sistemas bicamerales, pero que aquí se examinará solo desde el punto de vista de los Estados compuestos. Aunque el repertorio de soluciones que el Derecho comparado ofrece es muy amplio, la mayor parte de los Estados de esta naturaleza existentes en nuestro continente, con las únicas excepciones de Italia (donde la reforma en curso conduce a eliminar la excepción) y Suiza, han optado por una estructura bicameral asimétrica, que atribuye una cierta preeminencia a la Cámara "unitaria" frente a la territorial en las tareas legislativas, manteniendo la equiparación en la reforma constitucional. El grado de desequilibrio resultante es, no obstante, muy diverso de uno a otro país. En algunos, y al menos para materias determinadas, la Cámara territorial está equiparada con la unitaria, pero en otros muchos la decisión final corresponde casi siempre a esta, que en Austria y Bélgica es, además, la única competente para la aprobación de los Presupuestos generales del Estado y de otras leyes que las respectivas Constituciones especifican.

Esta breve revisión de los problemas que la creación de una Cámara de representación territorial plantea, y de las soluciones que el Derecho comparado ha arbitrado, permite ordenar las cuestiones a las que la reforma proyectada ha de dar respuesta, atendidas nuestras circunstancias concretas y, en particular, el dato de que la



CONSEJO DE ESTADO

Constitución ha pretendido, como se desprende al menos de la lapidaria formulación del artículo 69.1, que la representación del pueblo español tenga lugar a través de una estructura compleja: territorialmente indiferenciada en el Congreso y “territorialmente diferenciada” en el Senado, por decirlo de modo simplificado.

1.3. El Senado como Cámara de representación territorial. Cuestiones abiertas y principales opciones

En su forma actual, y atendida su relación con el Congreso, nuestro Senado es una Cámara excepcionalmente numerosa y singularmente desprovista de poder. En tanto que en la mayor parte de los países con los que se puede establecer una comparación significativa el número de escaños de las segundas Cámaras oscila entre un cuarto y la mitad de los que integran la Cámara baja, los del Senado español se elevan hasta los tres cuartos y, a diferencia también de todos ellos, no dispone respecto de materia legislativa alguna de los mismos poderes que el Congreso de los Diputados.

Aunque la dimensión total que el Senado haya de tener después de la reforma no es la más importante de las cuestiones que se han de resolver, a ella hay que atender para abordar otra que sí es de la mayor importancia: la del peso que dentro de él haya de tener cada territorio, es decir, básicamente, cada una de nuestras Comunidades Autónomas. Como más adelante se verá, los dos criterios fundamentales para calibrar dicho peso son el de atribuir un mismo número de Senadores a todas las Comunidades Autónomas y el de



CONSEJO DE ESTADO

modular después la representación numérica de cada Comunidad Autónoma en atención a su población y a su territorio.

A partir del supuesto de que son estos entes territoriales dotados de autonomía política los que en el Senado han de estar representados, la composición actual de este debe experimentar una transformación profunda. La representación igual de las provincias, apenas corregida por el corto número de Senadores que cada Comunidad Autónoma designa en correspondencia con su población, da como resultado una Cámara en la que la representación igual de las Comunidades se ve alterada en proporción más bien inversa –no directa- a la relación existente entre sus respectivas dimensiones demográficas. Sin propósito de asegurarles una representación igual, que parece, como se dijo, una solución inadecuada a nuestra realidad, es procedente, para dotar a las diferencias que hayan de existir de un fundamento racional y políticamente prudente, ponderar la representación de cada Comunidad de acuerdo con criterios comúnmente aceptados y establecer límites, explícitos o implícitos, a las diferencias que de su aplicación resulten. De otro modo, como también se ha dicho antes, el Senado no sería una Cámara de representación territorial, sino una duplicación, de eficacia dudosa, del Congreso de los Diputados.

El más evidente y universal de estos criterios es, claro está, el de población, que requiere a su vez de correcciones, pues sin ellas la relación entre la representación de nuestras Comunidades en el Senado llegaría a una magnitud de 1 a 15 o incluso superior. Cabe aplicar directamente esta corrección, pero también se puede llegar a ella por vía indirecta, combinando el criterio de población con otro



CONSEJO DE ESTADO

que es en sí mismo de carácter territorial, en cuanto que se basa en la existencia de entes territoriales cuya autonomía garantiza la Constitución, aunque, a diferencia de lo que sucede en el caso de las Comunidades Autónomas, deja la definición de aquella en manos del legislador. Seguramente sería posible establecer como criterio digno de tenerse en cuenta, para determinar el número de escaños que en el Senado corresponda a cada Comunidad Autónoma, el número de municipios existentes en ella. Más simple es, sin embargo, utilizar con este fin el número de provincias en que se agrupan, un procedimiento que, sobre el dato de cierta homogeneidad en su extensión, tiene además la ventaja añadida de dar alguna relevancia a estas circunscripciones territoriales, cuya larga existencia ha creado y sostiene sentimientos de identidad. Todo ello en el bien entendido de que ni municipios ni provincias son entes territoriales dotados de presencia propia en el Senado, sino simplemente realidades que se han de considerar para determinar la dimensión de la representación que corresponde a los "territorios" representados, que son naturalmente las Comunidades y Ciudades Autónomas.

En lo que toca a las funciones que el Senado haya de desempeñar, este Informe parte de dos ideas cardinales:

a) En primer lugar, la de que el Senado es un órgano del Estado a través del cual las Comunidades Autónomas, esto es, el pueblo español contemplado desde la perspectiva de la diversidad, participan en la reforma constitucional, en la potestad legislativa y en el control del Gobierno, y no una "Cámara de compensación" de las divergencias eventualmente existentes entre las Comunidades Autónomas o entre estas y el Estado. Es evidente que su existencia



CONSEJO DE ESTADO

puede ser útil para lo uno y para lo otro, pero esta utilidad eventual y muy dependiente de circunstancias puramente políticas no puede ser tomada en consideración a la hora de configurarlo. Por esta razón, el buen funcionamiento del modelo requiere inexcusablemente tanto una ordenación del sistema que tenga en cuenta el hecho territorial como la actuación leal de las partes respecto del proyecto global, al que aportarán la perspectiva territorial en cuanto a su definición, pero sin que ello pueda significar el predominio de los intereses territoriales.

b) En segundo lugar, la idea de que, sin mengua de la preeminencia que debe ostentar el Congreso de los Diputados como representación unitaria del pueblo español, el Senado ha de tener una posición propia y significativa como órgano constitucional que, en el desempeño de la función legislativa, no se identifique –en ejemplo expresivo- por su mera capacidad de oponer a las decisiones del Congreso un veto suspensivo.

Estas son las ideas básicas que inspiran el desarrollo que se ofrece en los siguientes apartados con el objetivo –según los términos de la reforma planteada- de extraer las posibilidades implícitas en la fórmula “Cámara de representación territorial” y, al mismo tiempo, llevar al núcleo del Estado su condición autonómica como resultado del procedimiento de integración elegido y en el marco constitucional de un Parlamento (las Cortes Generales) que representa al pueblo español (artículo 66.1), sin que lo territorial pueda suplantar al sujeto representado, sino solo modular su representación, acaso condicionándola, pero en ningún caso alterándola.



2. Funciones que debe ejercer el Senado como Cámara de representación territorial

A tenor del escrito de consulta, el avance armónico del Estado de las Autonomías exige que el Senado se corresponda eficazmente con la composición y funciones propias de una "Cámara territorial", cuya actividad parlamentaria no constituya una reiteración, con variantes menores, de la del Congreso de los Diputados. Se trata, pues, de articular la participación de las Comunidades Autónomas -como partes- en el proceso de formación de la voluntad del Estado -como todo-, ajustando el diseño decidido por el constituyente, pero sin que ello suponga mudar la esencia de las opciones tomadas en 1978 ni distorsionar o desviar las líneas maestras de la Constitución vigente.

Una de las críticas más usuales a la regulación actual del Senado es la falta de una especialización que entronque su función con su naturaleza de Cámara de representación territorial. El Senado -como se dice en la consulta- debe ser un órgano "*a través del cual se posibilite la participación de los entes territoriales en la política general del Estado, que facilite la integración y cooperación territorial y promueva la solidaridad*".

El análisis de las funciones del Senado como Cámara de representación territorial se realizará siguiendo la enunciación de la consulta en el extremo relativo a esta cuestión: ámbito material y grado de participación en el ejercicio de la potestad legislativa, actuaciones que le corresponderían en cuanto espacio de concertación y cooperación de las Comunidades Autónomas entre sí y



CONSEJO DE ESTADO

con el Estado, y atribuciones relacionadas con otros órganos constitucionales.

2.1. En el ámbito de la potestad legislativa

La primera opción se presenta entre respetar la competencia universal del Senado (con aquellas especialidades que ya tiene conforme a los artículos 145.2 y 158.2, en relación con el 74.2, todos ellos de la Constitución) y establecer una especialización competencial de modo que su intervención en el ámbito legislativo no se produciría en la tramitación parlamentaria de todas las leyes, sino solo en la de algunas de ellas identificadas por su contenido material en conexión con los intereses y las competencias de las Comunidades Autónomas (o, en términos más genéricos, de las entidades territoriales infraestatales).

La coherencia con la caracterización de las Cortes Generales según el artículo 66 de la Constitución y, a la par, con el alcance y objetivo de la reforma constitucional aconseja que un fortalecimiento de la posición del Senado en la elaboración y aprobación de las llamadas “leyes de incidencia autonómica” no implique restringir o debilitar su intervención en el *iter* parlamentario del resto de las leyes.

El mantenimiento de la intervención del Senado en el procedimiento legislativo respecto de cualquier clase de materias subraya la significación de la participación de las Comunidades Autónomas en las funciones estatales, haciendo presentes los intereses específicos de aquellas en el proceso de decisión normativa estatal.



CONSEJO DE ESTADO

La reducción de la intervención del Senado en la función legislativa atendiendo a su especialización en algunas funciones puede producir efectos perturbadores en la ordenación constitucional de las dos Cámaras. Así ocurriría en caso de que propiciara el incremento de dichas funciones (“especializadas”) con tendencia expansiva de los supuestos en los que la decisión sea solo o prevalente del Senado y consiguiente erosión de la primacía del Congreso, elemento que no debe ser alterado por la modificación de la Constitución, ya que fue decisión cualificada de la opción constituyente de 1978 (con las excepciones que la Constitución contiene, como las relativas a la reforma constitucional, a la necesidad de adoptar una ley de armonización y al supuesto del artículo 155).

El ámbito material y el grado de participación en el ejercicio de la potestad legislativa deben ser examinados conjuntamente, ya que están en íntima conexión; es decir, se ha de determinar, primero, si procede alguna modificación en el procedimiento legislativo ordinario, y se ha de concretar, después, el tipo de intervención del Senado en el ámbito legislativo de su especialización, precisando, por último, las materias a las que se aplique. La especialización funcional debe ponderar, en cualquier caso, el incremento de la complejidad procedimental ante la pluralidad de tipos de leyes creados por el constituyente, los problemas de determinación de las leyes que deban seguir un procedimiento especial y el riesgo de que se atenúe la participación.



2.1.1. La intervención del Senado en el procedimiento legislativo ordinario

En el procedimiento legislativo ordinario, es decir, que no tenga por objeto único las leyes de incidencia autonómica que en su caso se enuncien, una reforma que parece necesaria es la ampliación de los plazos contenidos hoy en el artículo 90.2 y 3 de la Constitución: dos meses para enmendar o vetar y veinte días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados. En efecto, son varias las voces doctrinales que se han alzado para subrayar que la brevedad de estos plazos dificulta mucho la actuación del Senado como Cámara de reflexión. Con tan apretados límites temporales, resulta casi imposible que en el Senado puedan enfriarse o moderarse, si ello fuera necesario, las posiciones dialécticas mantenidas en el Congreso; y una segunda lectura excesivamente apresurada sirve para muy poco, especialmente cuando se trata de proyectos legislativos largos y profusamente enmendados. Aunque hay quien propone suprimir dichos plazos, la solución preferible y que no tendría apreciables contraindicaciones sería ampliar hasta cuatro meses el plazo ordinario y flexibilizar el de urgencia, de forma que el Gobierno o el Congreso de los Diputados que la declare fijen el plazo, que nunca podrá ser inferior a veinte días. Subsistiría así la posibilidad de que en casos extremos de especial urgencia pudiera operar el apremiante plazo actual (las Leyes de Presupuestos Generales del Estado vienen tramitándose con carácter preferente, por lo que la reforma no determinaría, por sí, alteración alguna del calendario que el uso parlamentario ha marcado).



CONSEJO DE ESTADO

Esta modificación afectaría al artículo 90, cuyo apartado 2 fijaría el plazo de cuatro meses, y el apartado 3 quedaría redactado en los siguientes o parecidos términos:

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

2.1.2. La intervención del Senado en consideración a su especialización legislativa

a) A la vista del alcance de la reforma, se ha de tomar como punto de partida la preservación de la preeminencia del Congreso, al que corresponde resolver en última instancia las eventuales discrepancias con el Senado. Las Cortes Generales representan al pueblo español (artículo 66.1), en quien reside la soberanía nacional (artículo 1.2), pero, en la ordenación compleja y compuesta de esa representación, la del pueblo como un todo se expresa con vigor legitimador preeminente en el Congreso, por lo que le debe corresponder la decisión final de la orientación política estatal. Este criterio o principio fue admitido por la Ponencia de Reforma Constitucional del Senado y es coherente, por lo demás, con la necesidad de prevenir conflictos y evitar bloqueos.



CONSEJO DE ESTADO

Se trata, pues, de dotar de mayor relevancia al Senado en la tramitación parlamentaria de ciertas leyes de incidencia autonómica, sin quebrantar la posición final decisoria del Congreso de los Diputados.

Los cauces por los que puede conseguirse el fortalecimiento de la posición del Senado, con fijación de especialidades funcionales acordes con su configuración como Cámara parlamentaria de representación territorial, son de diferente intensidad. El de efectos más poderosos es el que consiste en aumentar el número de supuestos en los que el Senado alcanza una situación de paridad con el Congreso, de modo que el acuerdo de la Cámara alta resulta imprescindible para adoptar la decisión de que se trate. En la Constitución hay dos previsiones que recogen esta igualdad de posición: la reforma constitucional (artículo 168 y, en menor grado, artículo 167) y la apreciación de la necesidad de una ley de armonización (artículo 150.3). Pues bien, la ya expuesta necesidad de respetar la posición de preeminencia del Congreso de los Diputados hace preferible no ampliar este circunscrito conjunto de hipótesis para las que el poder constituyente situó a Congreso y Senado en pie de igualdad.

Distinta es, en cambio, la conclusión a la que puede llegarse si se consideran soluciones menos radicales, que no pretenden que la voluntad del Senado pueda neutralizar la del Congreso, sino que la voz del Senado alcance una mayor influencia en el procedimiento legislativo, bien sea por la prioridad cronológica de su expresión en dicho procedimiento, bien porque, en caso de discrepancia con el



CONSEJO DE ESTADO

Congreso, la voz de la segunda Cámara pueda llevarse a un foro especialmente previsto para su mejor defensa.

La primera de las soluciones aludidas viene a situar en el Senado el inicio del procedimiento legislativo para determinados supuestos, invirtiendo el orden habitual de tramitación de proyectos y proposiciones de ley. Mediante la segunda se encomienda a una Comisión Mixta paritaria un primer intento de solución de la falta de acuerdo entre Senado y Congreso en torno a una iniciativa legislativa. Ambas fórmulas (que aparecen, con un limitado ámbito de aplicación, en el artículo 74.2 de la Constitución) pueden introducirse de forma sucesiva en el mismo tipo de procedimiento legislativo o pueden utilizarse de modo separado.

b) Una gran parte de la doctrina ha reflexionado sobre las ventajas de que, en la tramitación parlamentaria de ciertos proyectos de ley, la primera lectura tenga lugar en el Senado.

En su formulación vigente, la Constitución establece (artículo 74.2) dos supuestos en los que el procedimiento se inicia en el Senado: el conducente a las decisiones previstas en los artículos 145.2 y 158.2. Este precepto limita la prioridad del Senado a solo dos materias, que, sin embargo, podrían ampliarse incluyendo leyes de relevancia autonómica en los términos que más adelante se indican y en concordancia con la modificación sustancial del artículo 145.2, sugerida en la parte IV de este Informe (concretamente, en el apartado 5.3.3).

Como ventaja de esa ampliación, se observa que al Congreso llegaría un texto sobre el cual las representaciones (*singulariter* en su



CONSEJO DE ESTADO

dimensión territorial) de las Comunidades Autónomas hubieran expuesto sus posiciones, lo que enriquecería los datos y puntos de vista que el Congreso debe tener presentes en el cumplimiento de su tarea. Ello tendría potencial y significativa eficacia si, tras su tramitación en el Senado, el proyecto fuera objeto de una votación general de conjunto, cuyo resultado, con constancia de los votos de los Senadores agrupados por referencia a sus respectivas Comunidades Autónomas, se incorporaría a los antecedentes. Esta intervención inicial del Senado podría llevar a que este tomara una postura muy definida –lo que no tendría por qué ser necesariamente negativo–, que quizá hiciera más laborioso el empeño del Congreso, dificultara la modificación en él del texto recibido e incluso generara conflictos entre ambas Cámaras o, simplemente, los hiciera ostensibles.

En prevención de tales eventualidades, a la fijación de los supuestos de primera lectura en el Senado acompañaría la extensión del procedimiento del artículo 74.2 de la Constitución a los casos en que no haya acuerdo entre Congreso y Senado: constitución de una Comisión Mixta compuesta por igual número de Diputados y Senadores; dicha Comisión presentaría un texto concordado y, si no pudiera hacerlo, o el presentado no fuera aprobado, decidiría el Congreso por mayoría absoluta. Hay ejemplos de un buen funcionamiento de este mecanismo –así, en la legislatura constituyente– y está previsto en el artículo 167 para la reforma constitucional, bien que con otras exigencias de mayoría. La Comisión Mixta procuraría, de este modo, la elaboración de un texto de conciliación (en lo que el Senado tendría oportunidad de proponer



CONSEJO DE ESTADO

alternativas al texto del Congreso) y la adopción de fórmulas consensuadas (el mecanismo es preferible y, sobre todo, más útil en determinados supuestos que el previsto en el artículo 90). Pudieran ser inconvenientes el alargamiento del procedimiento legislativo y la ampliación de supuestos para los que se requiere mayoría absoluta, pero claro está que, en fase de preparación de la reforma, se dispone de resortes que controlen y acoten aquel alargamiento y esta ampliación.

En cuanto a la determinación del tipo de leyes en cuyo procedimiento legislativo el Senado debe tener una especial participación, se suele realizar por referencia a su incidencia autonómica (expresión simplificadora a la que se ha recurrido en las páginas precedentes), siendo muchas las fórmulas utilizables y de las que hay reflejo en la bibliografía, desde la inclusión de una cláusula general (normas con fuerza de ley que afecten al régimen y esfera de competencia de las Comunidades Autónomas, leyes de especial incidencia autonómica o que han de ser aplicadas y desarrolladas por las Comunidades Autónomas) hasta la enumeración de las leyes afectadas atendiendo a categorías normativas (*a. e.* Estatutos de Autonomía), a materias como objeto de competencias (*a. e.* planificación de la economía), a clases de competencias (*a. e.* básicas, concurrentes o compartidas) o a la mención constitucional singularizada (*a. e.* leyes previstas en el artículo 150).

El abanico de disposiciones resultante de aportaciones doctrinales u objeto, real o potencial, de consideración y debate es amplio: reforma de los Estatutos de Autonomía, leyes básicas, leyes marco, de transferencia o delegación y de armonización, leyes de



CONSEJO DE ESTADO

financiación de las Comunidades Autónomas (cesión de tributos y concesión de subvenciones o ayudas financieras a las Comunidades Autónomas, artículos 156.2 y 157.3), ley del fondo de compensación interterritorial, leyes que tengan por objeto la planificación de la actividad económica general o la efectividad del principio de solidaridad, leyes de declaración de interés general que legitime la acción estatal, entre otras.

En relación con la legislación básica, de tan frecuente invocación a este respecto, el Consejo de Estado entiende que está fuera de lugar su inclusión necesaria entre los supuestos de primera lectura en el Senado. En efecto, el reforzamiento de la posición de la Cámara alta en el procedimiento legislativo no puede conseguirse a costa de introducir en dicho procedimiento elementos de gran complejidad. Compleja es la calificación de las leyes básicas, porque el concepto de lo básico sirve más para delimitar materias objeto de regulación que para identificar clases de normas. Tampoco es fácil determinar el régimen procedimental que debe seguir una ley que incluya unos pocos preceptos de carácter básico, ni establecer reglas sobre el sujeto que haya de efectuar la calificación, en especial cuando se trate de proposiciones de ley. En cambio, sí procedería que la eventual falta de acuerdo entre Congreso y Senado sobre una iniciativa legislativa que tuviera dicho carácter básico se llevara a la Comisión Mixta paritaria prevista en el artículo 74.2.

Pudiera ser razonable, en cambio, la inclusión de una cláusula de cierre que permita al Gobierno determinar su remisión al procedimiento especial con mayor grado de apertura y flexibilidad. El Gobierno es, con notoria diferencia, el mayor impulsor de iniciativas



CONSEJO DE ESTADO

legislativas y es bueno que sea él, con visión de conjunto y al servicio de la eficacia en la dirección política que le incumbe, quien discierna y decida.

La opción preferible sería someter necesariamente al procedimiento de primera lectura del Senado algunas leyes de especial trascendencia autonómica e identificables con facilidad, para evitar tensiones –a veces fútiles y de interés subalterno- desde la iniciación misma del procedimiento legislativo.

En cuanto a los efectos que convendría reconocer a la decisión del Senado de no aprobar una iniciativa legislativa de que hubiera conocido en primera lectura, sería aconsejable otorgar al Presidente del Gobierno la facultad de obtener una reanudación en el Congreso del procedimiento legislativo referente a dicha iniciativa, para lo cual habría de declarar que la iniciativa en cuestión es necesaria para llevar a cabo el programa político del Gobierno. Esta última expresión se utiliza aquí en el sentido con que aparece en el artículo 99.2 de la Constitución, donde tal programa es una pieza esencial de la solicitud de confianza del Congreso que se formula por el candidato a la presidencia del Gobierno.

Las proposiciones de ley de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas seguirían el procedimiento que correspondiese según su objeto, debiendo modificarse el artículo 87.2 para introducir la posibilidad de su presentación ante el Senado y la delegación ante él de un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa, cuando se trate de una proposición de ley que requiera la primera lectura del Senado. Otra posibilidad sería que



CONSEJO DE ESTADO

la toma en consideración de tales proposiciones de ley correspondiese en exclusiva al Senado. La previsión de ulteriores intervenciones de los proponentes o de consulta a la Asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma podría figurar en el Reglamento parlamentario.

c) Para la inclusión en la Constitución de las modificaciones sugeridas caben diferentes opciones.

- La primera –que se valora como preferente– consistiría en refundir los artículos 88, relativo a los proyectos de ley, y 89, concerniente a las proposiciones de ley, en un único artículo, el 88, a fin de regular después en el artículo 89 los supuestos de primera lectura del Senado. El nuevo artículo 89 podría decir:

El procedimiento legislativo se iniciará en el Senado cuando se refiera a las leyes previstas en los artículos 150, 156,2, 157,3 y 158,2 de la Constitución o a materias cuya relevancia autonómica, a juicio del Gobierno, así lo justifique.

Esta modificación requeriría, además, adecuar el apartado 1 del artículo 90, que quedaría redactado en los siguientes o parecidos términos:

Aprobado un proyecto de ley ordinaria u orgánica por la Cámara en la que se hubiera iniciado el procedimiento legislativo, su Presidente dará inmediata cuenta al Presidente de la otra Cámara, quien lo someterá a la deliberación de ésta.



CONSEJO DE ESTADO

Si la decisión del Senado en primera lectura fuera adversa a la tramitación del proyecto, el Gobierno podrá dirigirse al Congreso de los Diputados con un mensaje motivado, haciendo constar que el proyecto rechazado es necesario para el cumplimiento del programa político del Gobierno. En tal caso, y si el Pleno del Congreso así lo acuerda, el procedimiento legislativo ordinario se iniciará en el Congreso y se seguirá por todos sus trámites.

También habría de precisarse en el artículo 74.2 su aplicación a los supuestos contemplados en el artículo 89 (en la redacción propuesta). Las tres últimas frases del apartado 2 del artículo 74 podrían decir:

En tales casos, así como en el de los procedimientos legislativos a que se refiere el artículo 89 y cuya tramitación parlamentaria se haya iniciado conforme a él, si no hubiera acuerdo entre Senado y Congreso, se intentará obtener por una Comisión Mixta compuesta de igual número de Diputados y Senadores. La Comisión presentará un texto que será objeto de votación en una y otra Cámara. Si la Comisión no puede llegar a una formulación común o si la alcanzada no mereciera la aprobación de ambas Cámaras, decidirá el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta de sus miembros.



CONSEJO DE ESTADO

- Otra opción sería incluir la primera lectura del Senado en el artículo 74, al que cabría añadir un apartado 3 relativo a la iniciación del procedimiento legislativo por el Senado, con remisión al apartado anterior para el caso de que hubiera discrepancias entre el Congreso y el Senado. Presentaría la ventaja de no tener que refundir los artículos 88 y 89, si bien habría de modificarse igualmente el artículo 90.1 en los términos indicados. El inconveniente de esta posibilidad es que introduce disposiciones relativas al procedimiento legislativo en el Capítulo Primero del Título III, es decir, fuera del Capítulo II de dicho título, cuya rúbrica es, precisamente, "*De la elaboración de las leyes*".

- Otra posibilidad sería introducir la regulación de la primera lectura del Senado en el artículo 90 (nuevo apartado 4), realizando las necesarias adaptaciones al inicio del artículo (en los términos expuestos anteriormente) y en las remisiones. La desventaja de esta posibilidad es la falta de la conveniente separación en distintos artículos del procedimiento legislativo iniciado por el Congreso y del iniciado por el Senado. Es dato a su favor el no tener que refundir los artículos 88 y 89.

- También cabría incorporar la primera lectura del Senado en el vigente artículo 88, relativo a los proyectos de ley, y en el artículo 89, respecto de las proposiciones de ley. Esta opción tiene como inconveniente la repetición en los dos artículos de los supuestos de primera lectura del Senado.

Finalmente, por lo que atañe a la modificación del artículo 87 relativa a la iniciativa legislativa de las Asambleas de las



CONSEJO DE ESTADO

Comunidades Autónomas, alcanzaría solo a su apartado 2, que podría quedar redactado en los siguientes o parecidos términos:

2. Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso o a la del Senado una proposición de ley, delegando ante la Cámara que corresponda un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa.

Y el apartado 2 del vigente artículo 89 (apartado 3 del artículo 88, si se refunden) podría quedar así:

2. Las proposiciones de ley que, de acuerdo con el artículo 87, tome en consideración el Senado serán objeto de la tramitación parlamentaria que proceda.

2.1.3. Otros posibles objetos de especialización

También se plantea la cuestión de si en algunos de los tipos normativos incluidos en el ámbito de las disposiciones de relevancia autonómica es suficiente la primera lectura del Senado, con la intervención de la Comisión Mixta del artículo 74.2, o debe acogerse alguna especialidad más que refleje el reforzamiento de la posición del Senado.



CONSEJO DE ESTADO

Las leyes orgánicas pueden tener, obviamente, un contenido que afecte a las Comunidades Autónomas, por lo que el juicio de conveniencia de que se trata podría alcanzar a tales leyes. Sin embargo, dado que la especialidad procedimental de las leyes orgánicas, según el artículo 81.2 de la Constitución, no es otra que la exigencia de mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del texto, tan solo cabría ponderar la conveniencia de exigir también para estos casos la mayoría absoluta del Senado. En principio, no se advierte fundamento para ello, a la vista del significado de tales leyes en el ordenamiento y de la posición institucional en la que se hallan situadas una y otra Cámaras (véase lo que se expone a este respecto, de modo más amplio, en el apartado 5.5.1 de la parte IV del presente Informe).

Aunque la Constitución ya aplica el mecanismo del artículo 74.2 para eventuales posiciones divergentes entre el Congreso y el Senado respecto de la autorización de los tratados del artículo 94.1, se ha analizado la posibilidad de una mayor intervención del Senado para que las Comunidades Autónomas participen más intensamente respecto de tratados que pudieran afectarles (pesca en un río fronterizo, protección del medio ambiente de un parque natural cercano a la frontera), sobre todo a la vista de otras soluciones mucho más ambiciosas en el Derecho comparado (Alemania, Bélgica). No debe olvidarse, en este sentido, que en la redacción vigente de la Constitución el Estado puede asumir obligaciones internacionales en materias de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas e incluso transferir su ejercicio a una organización o institución internacional sin la participación de estas.



CONSEJO DE ESTADO

Lo máximo que cabría señalar es que, respecto de los tratados, el Gobierno puede decidir su remisión al Senado de modo paralelo a lo dicho respecto de las leyes de incidencia autonómica. Por lo demás, de la participación de las Comunidades Autónomas en lo que guarda relación con la Unión Europea se trata más adelante, dentro del apartado 2.2.

Se han examinado las posiciones de quienes propugnan algunas especialidades procedimentales relativas a la intervención del Senado en la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado en cuanto que afectan a la financiación de las Comunidades Autónomas: reducción de la intervención de aquel a la facultad de enmienda respecto de la determinación del monto y distribución anual de la financiación estatal de las Comunidades Autónomas y las entidades locales; asuntos cofinanciados con fondos de la Unión Europea y el Fondo de Compensación Interterritorial; establecimiento de la necesidad de que las enmiendas del Senado relativas a Secciones donde se consignen partidas destinadas a la financiación de las Comunidades Autónomas solo sean rechazables por mayoría absoluta del Congreso. Parece preferible mantener el procedimiento actual, ya que no se advierte fundamento sólido para introducir tales criterios de difícil discernimiento y de segura complejidad en el debate presupuestario, así como otros muchos que se han defendido. En cualquier caso, algunas de las preocupaciones o aspiraciones sobre las que con rigor y minuciosidad insisten los especialistas podrían atenderse o encauzarse en los Reglamentos de las Cámaras.

Por lo que se refiere a la posible intervención del Senado en la tramitación de los Decretos-leyes, solo parece planteable en relación



CONSEJO DE ESTADO

con la decisión de que un Decreto-ley, ya convalidado, se tramite como proyecto de ley, cuando su contenido material tuviera conexión con el de los supuestos respecto de los que se ha apuntado la pertinencia de vigorizar la función del Senado. Cualquier otra iniciativa que interfiera el proceso de convalidación no debe considerarse, por ser lesiva para la concepción y eficacia de estos instrumentos normativos singulares.

La posibilidad, inspirada en el Derecho alemán, de que el Senado tenga algún tipo de intervención en relación con las normas de carácter reglamentario que apruebe el Gobierno y que puedan afectar a las Comunidades Autónomas, como es el caso de los reglamentos que contienen normas básicas, sería demasiado ajena -y hasta exótica- a nuestro ordenamiento jurídico, al desnaturalizar la consolidada relación entre función legislativa y potestad reglamentaria con sus controles jurisdiccionales.

2.2. El Senado como espacio de concertación y cooperación de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado

El segundo aspecto de la consulta en torno a las funciones del Senado es el relativo a las tareas que podría realizar para la concertación y cooperación de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado.

El Estado y las Comunidades Autónomas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de colaboración, implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del poder que se implanta en la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional



CONSEJO DE ESTADO

18/1982, de 4 de mayo) y expresamente acogido en el ordenamiento jurídico (artículo 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

En la Constitución no abundan las menciones de las formas de colaboración de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado. La única previsión directa al respecto (aparte de las referencias que figuran en los artículos 156.2 y 157.3) se contiene en el artículo 145 y concierne a los convenios y acuerdos de cooperación entre Comunidades Autónomas. Su insuficiencia es analizada en el apartado 5.3.3 de la parte IV de este Informe, en el que se sugiere su modificación. La necesidad de establecer relaciones de colaboración ha hecho surgir mecanismos que dan curso a las de carácter vertical (los convenios de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que no contaban con ninguna previsión constitucional, o los órganos mixtos de consulta, deliberación y cooperación, como las conferencias sectoriales), aunque las horizontales (los convenios y acuerdos previstos en el artículo 145) no han alcanzado un gran desarrollo por la excesiva rigidez y el formalismo de su regulación. La colaboración se ha canalizado a través de consultas y acuerdos informales entre las respectivas Administraciones. Especial importancia han tenido las relaciones bilaterales en el ámbito de los órganos ejecutivos. Se observa que las vías de colaboración se han ido abriendo e institucionalizando (principalmente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) fuera del marco parlamentario.



CONSEJO DE ESTADO

Por otra parte, el Reglamento del Senado ha dado a la Comisión General de las Comunidades Autónomas (cuya convocatoria puede ser solicitada por los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas) algunas funciones (además de acoger los debates previstos en los artículos 56bis 7) y 56bis 8), cuales son la información acerca del contenido autonómico de cualquier iniciativa que haya de ser tramitada en el Senado (artículo 56.a) o el impulso de la cooperación y la coordinación entre las diversas Administraciones públicas en materias de su competencia, favoreciendo la colaboración entre ellas y la definición de ámbitos específicos de encuentro (artículo 56.h), y pudiendo proponer a los poderes públicos recomendaciones (artículo 56.i) y al Pleno del Senado mociones (artículo 56.u) sobre cuestiones y asuntos de su competencia.

Pueden diferenciarse dos tendencias doctrinales en la configuración del Senado como espacio de concertación y cooperación. En una, domina la consideración del Senado como Cámara legislativa, como cauce de participación de las Comunidades Autónomas en la legislación estatal y en el proceso de formación de la voluntad, también estatal, sin perjuicio de que, en el ámbito de la cooperación interterritorial, realice funciones de control, seguimiento, información e impulso político, y sea foro principal para debate de grandes cuestiones y solución de conflictos. En la otra, el Senado se concibe como una instancia de diálogo y concertación permanente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y de estas entre sí, pero no solo para la fijación de directrices o prevención de conflictos, sino como sede general de las relaciones entre el Gobierno estatal y



CONSEJO DE ESTADO

los ejecutivos autonómicos. La segunda tendencia suele preconizar una composición del Senado en la que estén presentes los ejecutivos autonómicos, a imagen del *Bundesrat* alemán.

Con la reforma propuesta se pretende la potenciación del Senado al servicio del encuentro, del diálogo y de la cooperación territorial. Para asegurar, a ese efecto, un espacio útil de relación y reducir los conflictos no parece indispensable –ni es quizá aconsejable– situar en el Senado el núcleo central de la acción y coordinación interterritoriales. Una Cámara parlamentaria no puede sustituir a los órganos intergubernamentales en cuanto instancias de diálogo y negociación. Parece preferible mejorar y consolidar los cauces por los que ha discurrido el funcionamiento del sistema durante los últimos años, incluso con la eventual incorporación a la Constitución del reconocimiento general del principio de colaboración y la mención de las conferencias sectoriales y de sus funciones esenciales, que ensayar nuevas prácticas. Una alteración sustancial de las funciones del Senado (con el inevitable reflejo en su propia composición) que no tenga en cuenta los modos ya decantados en las relaciones políticas, puede generar muchas incógnitas e incertidumbres que debiliten su utilidad y eficacia. Han de coexistir, por tanto, las relaciones multilaterales y bilaterales entre ejecutivos, junto a las de carácter parlamentario que, en su caso, puedan producirse en el Senado, lo que no impide, sino que más bien demanda algún tipo de conexión entre los órganos de cooperación ya institucionalizados y el Senado, a fin de que este promueva su actuación.



CONSEJO DE ESTADO

A tal fin, quizá bastara, en el plano de la norma constitucional, con incluir en el artículo 110 un nuevo apartado que faculte al Senado para recabar la presencia de los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y a estos para solicitar ser oídos. Correspondería al Reglamento del Senado, naturalmente, regular la iniciativa y la evacuación del trámite, sea en el Pleno o en una Comisión.

El nuevo apartado del artículo 110 diría:

3. El Senado y sus Comisiones pueden recabar la presencia de los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, quienes pueden, a su vez, solicitar ser oídos en las sesiones del Senado y de sus Comisiones.

La redacción actual de la Constitución permite que se trasladen al Senado algunas decisiones políticas de especial calado, incluso en cuestiones que se hayan tratado previamente por las conferencias sectoriales, y culminar así en dicha Cámara algunos de los debates y deliberaciones que afecten a los intereses de las Comunidades Autónomas, adoptando las resoluciones que expresen los acuerdos alcanzados. Así cabría aliviar tensiones y orientar soluciones o salidas en el funcionamiento del Estado autonómico, en situaciones de discrepancia severa, en la planificación de estructuras de interés general, así como en los procesos de adaptación a las normas de la Unión Europea o de toma de decisiones de los órganos de la propia Unión con trascendencia autonómica. Tal posibilidad no requiere,



CONSEJO DE ESTADO

como se ha dicho, la reforma de la Constitución, pudiendo regularse la celebración de tales debates en el Reglamento del Senado.

Se ha sostenido por algunos que con la previsión constitucional de estas funciones del Senado se podría incluir la referencia a su posible condición de sede de la Conferencia de Presidentes de Ejecutivos de las Comunidades Autónomas o de Presidentes de las Asambleas autonómicas, como elementos de cooperación orgánica y funcional y de encuentro político. No parece necesario su reconocimiento constitucional por la propia naturaleza de tales reuniones y la necesaria flexibilidad de su régimen. La negociación entre los Presidentes de las Comunidades Autónomas a fin de alcanzar posiciones comunes y con el Presidente del Gobierno para llegar a acuerdos y directrices que faciliten la cooperación son muy convenientes, pero su éxito y eficacia dependen de la voluntad política existente al respecto y de la conciencia de la necesidad de una actuación conjunta, más que de su plasmación en el texto constitucional.

En conexión sistemática con la cuestión de que se trata, resultan pertinentes algunas reflexiones específicas sobre el Senado como instancia de cooperación de las Comunidades Autónomas en los asuntos de la Unión Europea.

Las dificultades de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y de estas entre sí, se manifiestan con acusada singularidad en los asuntos relativos a la Unión Europea. El mecanismo institucional de cooperación ha sido el de las conferencias sectoriales. La Conferencia para Asuntos Relacionados con las



CONSEJO DE ESTADO

Comunidades Europeas se constituyó en 1988 y se institucionalizó con el Acuerdo de 29 de octubre de 1992. Algunas Comunidades Autónomas cuentan con una Comisión Bilateral en la materia. Es sumamente expresivo de las funciones y de las formas de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el seno de la conferencia sectorial, el Acuerdo de 30 de noviembre de 1994, sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos a través de las conferencias sectoriales. Especial importancia tienen los Acuerdos de 9 de diciembre de 2004, de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, sobre la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea, sobre la participación de las Comunidades Autónomas en los grupos de trabajo del Consejo de la Unión Europea y sobre el sistema de representación autonómica en las formaciones del propio Consejo.

Además, entre las funciones de la Comisión General de las Comunidades Autónomas figuran algunas relativas a esta materia, tanto en la vertiente "descendente" como en la "ascendente", cuales son la de ser informada, por el Gobierno y la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Comunidades Europeas, sobre los procesos de adaptación normativa o actos de los órganos de la Unión Europea con trascendencia regional o autonómica, y la de formular al Gobierno sus criterios respecto a la representación española en todos aquellos foros internacionales donde haya una participación territorial (artículo 56.p) y q) del Reglamento del Senado), sin perjuicio de que también tengan importancia otras funciones generales ya aludidas



CONSEJO DE ESTADO

(como las enunciadas en los párrafos b) y h), también del artículo 56).

La situación de la cooperación en el ámbito de los asuntos europeos no es muy distinta de la anteriormente expuesta con carácter general. La participación interna de las Comunidades Autónomas se ha producido fundamentalmente en las conferencias sectoriales y en la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, entre cuyas funciones está el impulso y el seguimiento del procedimiento de participación de las Comunidades Autónomas, a través de las conferencias sectoriales u organismo equivalente, en las políticas o acciones comunitarias que afectan a las competencias de aquellas (artículo 3.4ª de la Ley 2/1997, de 13 de marzo, por la que se regula la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas).

Por ello, las funciones del Senado en este ámbito han de ser similares a las expuestas con anterioridad: el Senado debe ser la sede de los debates principales tanto en la fase "ascendente" -en lo que pudiera afectar a la determinación de la posición de España en la elaboración del Derecho comunitario originario y derivado- como en la "descendente", acerca del desarrollo, aplicación y ejecución de tal Derecho.

El Senado puede servir de foro para propiciar la conformación de la voluntad de las Comunidades Autónomas en asuntos europeos mediante el diálogo y la cooperación entre las Comunidades Autónomas y el Estado, a fin de lograr una posición común, determinar las directrices que se vayan a seguir o a adoptar los



CONSEJO DE ESTADO

criterios de la representación española y resolver conflictos. Las conferencias sectoriales complementarían la actuación del Senado en un nivel más técnico y ágil, y menos rígido.

Los debates podrían tener lugar en el Pleno o en la Comisión que reglamentariamente se determinase, siendo su objeto las cuestiones que afecten a los procesos de adaptación a las normas de la Unión Europea o de toma de decisiones de los órganos de la propia Unión con trascendencia autonómica.

Para ello, el Senado está en condiciones de mantener una fluida relación con las conferencias sectoriales, que deberían transmitir la información de sus actividades y realizar estudios previos a la intervención del Senado, y de asumir funciones de seguimiento y control de la actividad de los citados órganos de cooperación interterritorial. Además, el Senado puede obtener del Gobierno todos los elementos de información necesarios para permitir la adecuada participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos europeos.

La previsión de la intervención del Senado en este ámbito no solo permite participar a las Comunidades Autónomas, sino que viene a garantizar el papel mismo de las Cortes en el proceso de decisión de los asuntos europeos.

Cabría introducir una previsión constitucional, cual se ha hecho en Alemania y Francia, para que el Gobierno dé cuenta inmediata al Senado de las iniciativas normativas en el seno de la Unión Europea para un eventual debate sobre la postura de España al respecto. No parece, en cambio, que, en el momento actual, las circunstancias y



CONSEJO DE ESTADO

las expectativas sean las más adecuadas para plantear cuestiones como las relativas al control del principio de subsidiariedad (regulado en el artículo I-11-3 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en fase de ratificación, y en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad), por sugestivas que pudieran resultar tanto las cuestiones como los mecanismos ideados.

En cualquier caso, las reflexiones nucleares y las sugerencias en relación con la Unión Europea, en función de la propuesta de reforma constitucional, son objeto de la Parte III de este Informe, sin perjuicio de que en el apartado 5.1 de esta Parte V se hagan las pertinentes consideraciones.

2.3. Atribuciones relacionadas con otros órganos constitucionales

La tercera de las posibles funciones respecto de las que se solicita la consulta es la relativa a las atribuciones relacionadas con otros órganos constitucionales.

El artículo 66.2 de la Constitución determina que son funciones de las Cortes Generales, y, por tanto, del Senado, en cuanto Cámara de las Cortes Generales, ejercer la función legislativa del Estado, aprobar sus Presupuestos, controlar la acción del Gobierno y las demás competencias que les atribuya la Constitución. Las atribuciones del Senado en relación con otros órganos constitucionales se refieren fundamentalmente al control del Gobierno y a su intervención en el nombramiento de determinados miembros de esos otros órganos constitucionales.



CONSEJO DE ESTADO

a) La Constitución establece diversos instrumentos de control, reservando al Congreso de los Diputados la investidura del Presidente del Gobierno y la exigencia de responsabilidad política del Gobierno. Para ejercer su control, el Senado cuenta con la posibilidad de nombrar Comisiones de investigación (artículo 76) y formular preguntas e interpelaciones (artículo 111). También se permite a las Cámaras y sus Comisiones recabar, a través de los Presidentes de aquellas, la información que precisen del Gobierno y de sus Departamentos, y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas (artículo 109), y reclamar la presencia del Gobierno (artículo 110).

La configuración del Senado como Cámara de representación territorial no excluye, sino que presupone, su consideración como Cámara parlamentaria que ejerce un control no limitado a materias y política autonómicas. La hace también idónea para afrontar estudios y análisis de cuestiones merecedoras de especial y sosegada reflexión. Son conocidos y notables los precedentes en la actividad de Cámaras similares, y también en la experiencia de nuestro propio y actual Senado.

Así pues, aunque cabría circunscribir algunos medios de control, como las interpelaciones y preguntas, a los asuntos de interés territorial, no parece que sea imprescindible tal modificación, siendo preferible la ausencia de especialización autonómica en aras de una mayor integración de las Comunidades Autónomas en las actividades y decisiones del Estado.



CONSEJO DE ESTADO

b) El segundo aspecto de las atribuciones del Senado en relación con otros órganos constitucionales es el relativo a los nombramientos de algunos miembros de tales órganos. En esta materia, la Constitución realiza una completa equiparación en la posición del Congreso y del Senado. Ambas Cámaras proponen al Rey el mismo número –cuatro- de vocales del Consejo General del Poder Judicial (artículo 122) y de Magistrados del Tribunal Constitucional (artículo 159), y por la misma mayoría de tres quintos. No faltan quienes proponen, sobre todo en relación con los Magistrados del Tribunal Constitucional, la adopción de criterios de territorialidad (como la elaboración de ternas por la Conferencia de Presidentes, entre las que elegiría el Pleno del Senado, o el nombramiento de un Magistrado por una o varias Comunidades Autónomas), con el precedente en nuestro Derecho del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1931, cuyo artículo 122 preveía un representante de cada una de las Regiones españolas en la forma que determinase la ley. Pero la pretendida insuficiencia de participación de las Comunidades Autónomas quedaría superada con un Senado más acorde con su naturaleza de Cámara de representación territorial, como en este Informe se razona. A este fin, el Reglamento del Senado podría arbitrar el mecanismo que se considere más adecuado y transparente en fase de elaboración de las propuestas de candidatos.

Hay otras previsiones constitucionales relativas a ciertos nombramientos, como el del Defensor del Pueblo, respecto del cual el artículo 54 dice que solamente será designado por las Cortes Generales, regulándose la materia en la Ley Orgánica 3/1981, de 6



CONSEJO DE ESTADO

de abril, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo. En lo que atañe a los miembros del Tribunal de Cuentas, el artículo 136 se remite a una ley orgánica que regulará su composición, organización y funciones. La Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, regula el nombramiento de los Consejeros de Cuentas en el artículo 30, en el que también intervienen, en plano de igualdad, el Congreso y el Senado. Las previsiones constitucionales resultan suficientes, por lo que tampoco han de ser objeto de modificación.

En cuanto a la legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el artículo 162 la reconoce, entre otros, a 50 Diputados y 50 Senadores. En la hipótesis de una apreciable reducción del número de Senadores, habría que rebajar en paralelo el de Senadores para interponer el citado recurso, buscando una fórmula adecuada a dicha disminución. En tal caso, solo sería objeto de modificación el artículo 162.

Una mejor consecución de la representación de las Comunidades Autónomas en el Senado puede por sí misma mejorar -limitar- la conflictividad entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sin que parezca necesario atribuir al Senado alguna función arbitral o de mediación anterior a la formalización de los conflictos ante el Tribunal Constitucional. El artículo 56.f) del Reglamento del Senado establece que la Comisión General de las Comunidades Autónomas ha de ser informada por el Gobierno de los procedimientos formalizados ante el Tribunal Constitucional contra normas o actos de las Comunidades Autónomas, y recibir un informe periódico del Gobierno sobre la conflictividad entre el Estado y las Comunidades Autónomas.



3. Composición del Senado

3.1. Base territorial de la representación

Como ha quedado dicho, los entes territoriales que han de tomarse como referencia para ordenar la representación son las Comunidades Autónomas, aunque cabe hacer alguna reflexión sobre si procede, aun sin quebrar tal base, ponderar la existencia de otros entes integrantes de la organización territorial del Estado (de acuerdo con el artículo 137 vigente, la provincia y el municipio; aquella, como agrupación de estos: artículo 141).

La posición que conduce a operar sobre las Comunidades Autónomas, en exclusiva, encuentra sólido apoyo en los ordenamientos de los Estados compuestos, en los que la composición de la Cámara alta se establece por referencia a los Estados federados, *Länder*, Cantones o Regiones (no solo en los de mayor tradición federal, sino también en otros, como Italia, de indudable influencia en nuestro sistema constitucional). Es la opción que quedó reflejada en una de las versiones iniciales del anteproyecto de la vigente Constitución. Las principales razones que habitualmente se indican como causa de que no se adoptara finalmente esa configuración (relacionadas con la indefinición, en aquel momento, del modelo autonómico) habrían desaparecido hoy.

Según la consulta del Gobierno, se trata de buscar la composición más adecuada para ejercer las funciones que se atribuyan al Senado y, en cuanto dichas funciones se orienten a una especialización territorial, se justifica una composición de base autonómica. También se alude en la consulta a la necesaria



CONSEJO DE ESTADO

adecuación del Senado a la realidad jurídico-política del Estado de las Autonomías.

Ahora bien, siendo indudable la acusada posición de las Comunidades Autónomas en nuestro sistema constitucional –lo que ha de tener la necesaria correspondencia en la composición del Senado–, no es eludible alguna consideración acerca de si esa evolución ha de llevar a prescindir, sin más, y a efectos de vertebrar esa representación, de cualquier unidad territorial distinta de las Comunidades Autónomas.

Por una parte, el Derecho comparado enseña que el Senado sirve no solo para fijar la posición y participación de los Estados federados, *Länder* o Regiones, sino también, en su caso, la de los entes territoriales menores. El ejemplo más visible –por limitar a estos la representación– sería el del Senado francés que, no siendo útil como modelo para el nuestro (por la distinta concepción de Estado a que responde, marcada por su centralización), sí es ilustrativo de la representación que los entes locales pueden tener en el Senado. También cabe señalar que en el reciente proceso de reforma del Senado iniciado en Italia (hacia un “Senado federal”) se valora una eventual incorporación al Senado de representantes de las unidades autónomas locales.

El escrito de consulta señala la necesidad de un “*órgano de vertebración de los niveles de gobierno en los que se articula el poder público, un órgano a través del cual se posibilite la participación de los entes territoriales en la política general del Estado*”. Si se trata de buscar la composición más adecuada para “*expresar la*



CONSEJO DE ESTADO

representación de los intereses territoriales”, la nueva composición, aun siendo su base autonómica, como corresponde a la realidad jurídico-política del Estado de las Autonomías, podría no marginar las diversidades territoriales existentes en las distintas Comunidades Autónomas.

Ha de notarse que la atención de la reforma se orienta a una mayor virtualidad de la descentralización y a una efectividad en la representación territorial del Senado, con reflejo, en su caso, de la diversidad territorial, y no meramente ideológica, que pueda existir en cada Comunidad Autónoma (cuestión que ya preocupó a los constituyentes, como muestra el artículo 60.2 del anteproyecto de Constitución que, al regular la elección de los Senadores representantes de los distintos Territorios Autónomos, señalaba: “... *de manera que se asegure la representación de las diversas áreas del Territorio*”).

En definitiva, y por todo lo anterior, puede ser aconsejable tener en cuenta a las provincias a fin de decidir el número de Senadores. Esta toma en consideración refleja la evolución jurídico-política del Estado de las Autonomías y valora la concepción constitucional de aquéllas como agrupaciones de municipios.

3.2. Distribución de Senadores

Para abordar la distribución de escaños, es un *prius* fijar alguna idea sobre su número, lo que, aquí y ahora, no requiere más que una pincelada general e introductoria.



CONSEJO DE ESTADO

El menor tamaño de la Cámara alta, en relación con la baja, se identifica con una mayor impronta territorial; identificación que, no obstante, está vinculada a otras cuestiones, como la utilización de una fórmula electoral mayoritaria, el mandato imperativo o la unidad de voto de los grupos territoriales. Sería deseable una reducción sensible del número de Senadores, aunque podría tener contraindicaciones importantes para la viabilidad de la reforma. Conviene, en cualquier caso, retener que una cierta limitación del número total de Senadores puede acentuar su perfil territorial en concurrencia o en contraste con el que aquellos ya reciben de las opciones políticas.

El mayor tamaño de la Cámara, por su parte, favorece la proporcionalidad de la representación y facilita la de los distintos partidos de cada Comunidad Autónoma, siendo el número de escaños de nuestro Senado suficientemente amplio a tal efecto. Tampoco para atender a las funciones que tiene encomendadas se percibe una demanda generalizada de su incremento, ni la especialización que se propone en la reforma ahora acometida lo hace necesario. El cumplimiento de las funciones senatoriales se procura mejor a través de una ampliación de los plazos actualmente previstos y de los supuestos en los que han de operar ciertos mecanismos, que con el incremento del número de Senadores.

Así las cosas, cabe pensar, *ab initio*, que la prudencia y la inercia, de consuno, conducen a una cierta continuidad en el número de escaños o a una reducción limitada de este.



CONSEJO DE ESTADO

Conviene dejar advertido que el concreto número de escaños, a su vez, no puede fijarse con abstracción de la fórmula que se adopte en relación con la distribución territorial de los Senadores, verdadero nudo gordiano de la reforma y, quizá, condicionante de su éxito o de su frustración.

3.2.1. Criterios para la distribución de escaños

La distribución de escaños entre las Comunidades Autónomas es, *a priori*, una de las cuestiones llamadas a suscitar mayores desencuentros, al estar en juego la cuota de presencia que se atribuya a cada una de ellas y a las fuerzas políticas en el Senado. Las opciones sugeridas por la doctrina son múltiples y combinan de modo variable criterios diversos, sin que queden siempre explícitos los fundamentos de los escogidos o las razones de la medida de su combinación. En el Derecho comparado, los sistemas se mueven, básicamente, entre la estricta igualdad en la representación (Estados Unidos de América y Suiza, con matices) y cierta proporcionalidad limitada a la población, siempre en función de la respectiva tradición o de los propios antecedentes históricos.

La justificación de una propuesta requiere señalar los criterios habitualmente utilizados y examinar las razones que postulan la aplicación de unos u otros en la futura composición del Senado, para evaluar finalmente el efecto específico de cada uno en la distribución territorial de escaños.

Los criterios son los siguientes: a) atribución de un mismo número de Senadores a todas las Comunidades Autónomas; b) número de Senadores proporcional a la población de la respectiva



CONSEJO DE ESTADO

Comunidad Autónoma; c) introducción de otros datos y, en particular, la vinculación con factores territoriales (*a. e.* número de provincias de la Comunidad Autónoma), teniendo en cuenta la situación hoy vigente. A ellos se añaden los que responden a las peculiaridades de las Comunidades Autónomas insulares (d) y de Ceuta y Melilla (e), así como el que se erija en factor de cierre equilibrador del sistema (f).

a) La atribución de un mismo número de Senadores a cada Comunidad Autónoma tiene su fundamento en una posición primaria de igualdad entre todas ellas. Este es el criterio en Derecho comparado en diversos modelos de Estados compuestos, si bien la estricta igualdad, que puede darse –no necesariamente– cuando el Estado federal nace a partir de la unión de diversos Estados soberanos, suele ser modulada cuando el proceso es el inverso y el Estado compuesto surge a partir de un proceso de descentralización (modulación derivada de criterios demográficos y de la situación antecedente del Estado en cuestión).

Puesto que la reforma emprendida pretende adecuar el Senado, como Cámara de representación territorial, a la realidad jurídico-política del Estado de las Autonomías, potenciando la participación de las Comunidades Autónomas en el Senado, y puesto que sus funciones se orientan a una cierta especialización “autonómica” de este, el punto de partida de la distribución territorial de los escaños ha de ser la asignación de un número igual a todas las Comunidades Autónomas, haciendo patente de este modo el plano de igualdad originario en que todas ellas se encuentran en cuanto a su participación en un órgano del Estado.



CONSEJO DE ESTADO

Este primer criterio tiene una acogida muy limitada hoy en el artículo 69.5 de la Constitución, en el que se prevé la designación de un Senador por cada Comunidad Autónoma. De lo expuesto se desprende la necesidad de ampliar significativamente el número inicial fijo de representantes por Comunidad Autónoma.

Una vez recalcada la importancia de este primer criterio y señalado que ha de ser primordial al fijar la futura composición del Senado, han de subrayarse sus efectos menos favorables. Por una parte, desde la perspectiva estrictamente democrática, las grandes diferencias de población entre unas y otras Comunidades Autónomas darían lugar a desproporciones tal vez no aceptables para las más pobladas; por otra, desde el punto de vista de la situación actual, la disminución de representantes que supondría para algunas podría vedar la propia reforma (nótese que la horquilla actual va de los 39 ó 40 de Castilla y León o Andalucía hasta los 5 de Cantabria, Navarra o La Rioja). Para superar dichos inconvenientes, este criterio básico puede ser atemperado por los dos siguientes.

b) Como se ha indicado, tanto en el Derecho comparado como en las muy diversas propuestas doctrinales no es infrecuente flexibilizar el anterior criterio mediante la atribución de Senadores adicionales a las Comunidades Autónomas (o Estados, *Länder* o Regiones) atendiendo a su población, si bien la relevancia reconocida a ese dato varía de un país a otro, desde una muy limitada, como sucede en Alemania, hasta llegar a primar sobre el criterio anterior, como ocurre en Italia. Un ajuste por población también se establecía en el anteproyecto de Constitución, que preveía Senadores



CONSEJO DE ESTADO

adicionales para cada Territorio Autónomo por cada 500.000 habitantes o fracción superior a 250.000.

La aplicación de este segundo criterio marca una orientación hacia la igualdad del voto, pero también difumina el carácter territorial de la representación al introducir diferencias entre las Comunidades Autónomas en el Senado. El mayor o menor efecto que tenga en uno u otro sentido depende de la fracción de población que determine la atribución de un Senador adicional, de modo que, cuanto mayor sea esa fracción, la composición resultante responderá en mayor medida al principio territorial (ejemplo ilustrativo sería el alemán), mientras que, cuanto menor sea aquella fracción, la tendencia será hacia la igualdad del voto (esto es, que cada Senador "cueste" el mismo número de votos o que los "costes" se aproximen). No obstante, el efecto democratizador también está vinculado al grado de homogeneidad demográfica entre los entes territoriales a los que se atribuye un número fijo de representantes, de modo que disminuye al atribuir ese número fijo a las Comunidades Autónomas en lugar de a las provincias.

En el sistema actual, el artículo 69.5 prevé un Senador adicional para cada Comunidad Autónoma por cada millón de habitantes. Una elevación de dicha fracción debilitaría –y aun podría anular– el ajuste equilibrador que este criterio trata de introducir atendiendo a la población, pero su disminución no viene apoyada por el sentido de la reforma, orientada a acuñar el carácter del Senado como Cámara de representación territorial.



CONSEJO DE ESTADO

c) El tercer criterio a que se hacía referencia más arriba supone la introducción del número de provincias en cuanto medida convencional de la dimensión territorial y de la diversidad interna de las Comunidades Autónomas, como un nuevo factor de corrección sobre el criterio básico que se señaló en primer lugar (número fijo de Senadores por Comunidad Autónoma).

Este factor, por una parte, implica una cierta línea de continuidad entre la composición actual y la futura en lo que a distribución de Senadores por Comunidad Autónoma se refiere, y es de recordar que en el Derecho comparado las reformas de la Cámara alta rara vez determinan una ruptura radical con la composición anterior, fuera de los procesos constituyentes. Por otra parte, la atribución adicional de Senadores en razón del número de provincias y municipios que agrupan, con el dato identificador de la Comunidad Autónoma a la que pertenecen, permite hacer significativas en el Senado la extensión geográfica de la Comunidad Autónoma y la diversidad territorial que entraña.

Conviene insistir en que la previsión de estos Senadores adicionales no contradice la configuración del Senado como Cámara de representación territorial, aunque la matiza al corregir la igualdad entre todas las Comunidades Autónomas con ponderación indirecta de la extensión de su territorio.

El artículo 69.2 prevé hoy la elección de cuatro Senadores por cada provincia. La sustitución de un Senado de base provincial por otro de base autonómica y la importancia que ha de darse al primero de los criterios expuestos orientan, como se ha anticipado, a una



CONSEJO DE ESTADO

severa reducción del número de Senadores "por provincia". En qué medida haya de hacerse es algo sobre lo que después se volverá, una vez señalados todos los criterios que han de tenerse en cuenta.

d) A partir de lo anterior, se plantea el tratamiento que deban tener las islas en relación con la distribución territorial de escaños y, en concreto, la conveniencia de mantener o suprimir la especialidad que hoy recoge el artículo 69.3 de la Constitución. Esa regla especial tiene su origen en una disposición transitoria de la Ley para la Reforma Política de 1977 que, tras disponer la elección de cuatro Senadores por provincia, determinaba la adición de un Senador más por cada provincia insular, solución de compromiso a la que se llegó a raíz de la invocación de la peculiaridad de esas provincias y la pretensión de que se equiparara la unidad "isla" a la unidad "provincia". La solución de compromiso alcanzada, que permitía una más razonable distribución interna de los Senadores, sería complementada por el Real Decreto-ley de Normas Electorales, de 18 de marzo de 1977, que recogía unos términos muy próximos a los del vigente artículo 69.3, y posteriormente constitucionalizada.

Ciertamente, la base provincial del vigente artículo 69 permitía contraponer la peculiaridad de las provincias insulares a una cierta homogeneidad entre las peninsulares. Sin embargo, la base autonómica presupone una inicial equiparación entre Comunidades Autónomas que hace abstracción de las diferencias de todo orden que pueden existir entre unas y otras; dicho en otros términos, el hecho diferencial insular no debería ser una excepción al principio igualitario. Por tanto, en la nueva composición del Senado podría no ser necesaria una regla especial respecto del número de Senadores



CONSEJO DE ESTADO

de las Comunidades Autónomas insulares (como excepción se contemplaba expresamente en la redacción inicial del que sería el artículo 69.3).

Puede, no obstante, plantearse la especialidad desde la perspectiva del tercer criterio apuntado (c), en cuanto dirigido a mantener cierta continuidad con la distribución actual. Desde este punto de vista, el mantenimiento de la especialidad no parecería razonable para Baleares, puesto que la reducción de sus 5 "Senadores insulares" habría de equipararse a la de las Comunidades uniprovinciales –con 4 "Senadores provinciales"-. Podría tener más sentido, en cambio, para Canarias, al aproximar la reducción de sus 11 "Senadores insulares" a la de las Comunidades integradas por tres provincias, que tienen 12 "Senadores provinciales". En todo caso, ha de notarse que, en el nuevo sistema, las Comunidades Autónomas que –como espacio geográfico- verán más minorada su representación senatorial serán las integradas por un mayor número de provincias, mientras aparecerá primada la de las que tienen menos provincias. Puesto que las insulares constan de una y de dos provincias respectivamente (aunque la de Canarias, a efectos de comparación con la situación antecedente, se aproxime a las "triprovinciales"), la especialidad supondría un *plus* de Senadores para estas Comunidades Autónomas, adicional a la situación de ventaja relativa que la instauración del nuevo sistema supone para las integradas por un menor número de provincias.

En suma, al optarse en la reforma por una base autonómica, parece que el factor diferencial que la insularidad supone no ha de recibir una prima de escaños en el Senado. No obstante, puede ser



CONSEJO DE ESTADO

pertinente considerar alguna especificidad, a la vista de la concreta composición de la Cámara, en atención a una cierta continuidad con la situación actual, a una ajustada ponderación del hecho mismo de la insularidad y a los problemas que la realidad acusa.

e) El caso de Ceuta y Melilla sí requiere de una regla especial, como especial es su situación en el Estado de las Autonomías, y entendiéndose que ninguna parte del territorio nacional debe quedar sin representación en el Senado. Puesto que no están integradas en ninguna Comunidad Autónoma, no obtendrían representación por el primer criterio de los enunciados, como tampoco lo obtendrían por el segundo, dada su escasa población. Puesto que el tercero de los criterios trata de asegurar una cierta continuidad con el sistema vigente, no se ven razones para no seguirlo en el caso de las dos Ciudades Autónomas, lo que conduce, en principio, al mantenimiento de una representación numéricamente igual a la que hoy tienen en el Senado (2 Senadores por cada Ciudad Autónoma).

f) No es infrecuente, como cierre en la articulación de los distintos criterios, fijar –o presuponer– un máximo a la diferencia entre el número de representantes que se atribuyan a cada Comunidad Autónoma como medio de asegurar entre ellas el marco de igualdad, aun relativa y ponderada, al que más arriba se ha hecho referencia (por ejemplo, que los Senadores atribuidos a una Comunidad Autónoma no puedan exceder del triple de los atribuidos a otra). Este factor complementario ha de ser tenido en cuenta en la combinación de los distintos criterios, pero puede resultar disfuncional si se opera con rigidez y contraindicado para lograr acuerdos, dadas las importantes diferencias territoriales y de



CONSEJO DE ESTADO

población existentes entre las Comunidades Autónomas y la consideración como dato, a fines comparativos, de la composición actual del Senado.

3.2.2. Combinación de los distintos criterios

Ha de analizarse ahora la medida en que los distintos criterios hayan de combinarse (fundamentalmente los tres primeros, puesto que los dos siguientes se refieren a la aplicabilidad de reglas especiales y el último expresa, en cierto modo, una eventual regla de cierre) en un Senado que tenga unas dimensiones no en exceso discordantes con las que tiene el actual. Sin embargo, es pertinente anteponer, como orientación y enfoque, ciertas ideas que pueden profesarse como convicciones: la equiparación básica entre las Comunidades Autónomas, de modo que las diferencias entre los Senadores de una y otra no se alejen de una razonable proporción (una *ratio* de 1:2 es difícilmente conseguible, las de 1:3 y 1:4 parecen aceptables, la que exceda de 1:5 se antoja desmesurada); en cuanto a la igualdad de voto, existen hoy importantes diferencias que no deberían incrementarse mucho (lo que es difícil, y mucho más su disminución, en la medida en que el acento en la dimensión territorial del Senado tiende a dejar en un segundo plano el factor demográfico); interesa atenuar las diferencias excesivas respecto de los Senadores que hoy tienen las Comunidades Autónomas en cuanto ámbito geográfico, puesto que, al tratarse de una reforma para ahondar en la dimensión autonómica del Senado, sería deseable un encaje suave y sin tensiones incontrolables entre ellas. Estas ideas, trocadas en pauta y guía, serán tenidas en cuenta con carácter



CONSEJO DE ESTADO

general, sin perjuicio de que en ocasiones no puedan respetarse o sea inevitable alguna desviación llamativa.

a) Dado el carácter más abierto del criterio inicial –número fijo de Senadores por Comunidad Autónoma- y su relevancia primordial, se deja para el final la determinación de ese número, una vez sentado que el actualmente previsto en el artículo 69.5 –uno por Comunidad Autónoma- ha de ampliarse.

b) En cuanto al segundo criterio –proporcionalidad a la población-, el sistema actual prevé un Senador adicional por cada millón de habitantes. Carecería de sentido aumentar esa fracción, puesto que eliminaría su virtualidad para gran parte de las Comunidades Autónomas y, si la elevación fuera significativa, el efecto democratizador que pretende introducir sería tan limitado que bien podría suprimirse. Por otra parte, el sentido de la reforma, dirigida a perfilar el carácter del Senado como Cámara de representación territorial, tampoco apoya la disminución de aquella fracción sobre el número de habitantes.

Ciertamente, es previsible que la desigualdad del voto se incremente en el nuevo sistema, dada la menor homogeneidad de población entre los entes territoriales a los que se atribuye un número fijo de representantes (hasta ahora las provincias, en la reforma propuesta las Comunidades Autónomas), lo que podría aconsejar una disminución limitada (a 500.000 habitantes, por ejemplo) de la cifra de un millón recogida en el vigente artículo 69.5, a fin de acercarse a una proporción análoga a la actual entre Senador y cifra de población (esto es, un “coste” más parejo de votos por



CONSEJO DE ESTADO

Senador). Sin embargo, ha de aceptarse *a fortiori* que esa mayor desigualdad del voto es efecto inherente a la dimensión territorial de un Senado de base autonómica.

A la vista de ello, cabe el mantenimiento de un Senador adicional para cada Comunidad Autónoma por cada millón de habitantes (en su caso y con preferencia, por cada 500.000) de su respectivo territorio.

c) El tercer criterio es el de la previsión de un número adicional de Senadores por provincia. La cierta continuidad que con ello se busca no debe llevar al continuismo, y el mantenimiento de la atribución de 4 Senadores por provincia dejaría prácticamente carente de contenido la aplicación del primer criterio, por lo que las opciones se reducen a fijar 1, 2 ó 3 Senadores adicionales por provincia.

La importancia básica que quiere darse al primer criterio y al marco de igualdad entre Comunidades Autónomas que ello supone, descarta también una previsión de 3 Senadores por cada provincia, puesto que, en tal caso, este tercer criterio primaría sobre el primero, salvo que se optara por aumentar sensiblemente el número total de escaños, lo que se ha estimado no deseable.

Cabría fijar un solo Senador por cada provincia, con lo que el número de escaños disminuiría sensiblemente, y, si se optara por evitar esa disminución, se habría de incrementar el número fijo por Comunidad Autónoma. No obstante, se podría actuar sobre el segundo criterio (esto es, sobre la proporcionalidad con la población), combinado con una cierta reducción del número de escaños.



CONSEJO DE ESTADO

Así las cosas, la atribución de 2 Senadores adicionales a cada provincia daría una cierta continuidad numérica a la representación actual; permitiría, quizá, atender mejor a la diversidad territorial existente en cada Comunidad Autónoma en función de su extensión y mitigaría la desproporción respecto a la población que puede suponer el mantenimiento de la cifra de un millón (en el segundo criterio) cuando se ha trasladado la base del sistema representativo a las Comunidades Autónomas (con diferencias de población más acusadas) como entidades territoriales a las que se atribuye un número fijo de Senadores. En cualquier caso, esta atribución adicional de Senadores en atención al número de provincias no permite contraponer "Senadores provinciales" a "Senadores autonómicos" en el sentido que se hace en el actual sistema, ni prejuzga por ahora a quién corresponde la designación o elección de estos, que en principio podría corresponder tanto a la población directamente como a los órganos autonómicos.

Ahora bien, si estos Senadores, además de marcar una continuidad numérica con la distribución autonómica actual, expresan la diversidad territorial en atención a las provincias existentes en el seno de cada Comunidad Autónoma, cabe cuestionar la justificación de atribuirselos a las Comunidades Autónomas uniprovinciales, teniendo en cuenta que la aplicación del nuevo sistema no habría de perjudicarlas (al menos, si se les asigna, en cuanto Comunidades Autónomas, más de lo que se les resta en cuanto provincias) y que no hay diversidad territorial desde el punto de vista provincial, aunque pueda haberla desde la perspectiva local, globalmente considerada, incluida, por tanto, la municipal. El criterio que se



CONSEJO DE ESTADO

adopte al respecto podría suponer la introducción de una variante en la opción a que se refiere el párrafo anterior.

Como segunda fórmula (o tercera, si se considera la que resulta de la precedente variante), se podría pensar en la atribución de 1 Senador por provincia, aumentando la proporcionalidad con la población y con una cierta reducción de la Cámara. Después se hará una referencia a sus consecuencias.

d) Debe ahora volverse sobre el primero de los criterios, que queda ya más delimitado por las fórmulas expuestas. En efecto, si se atribuye 1 Senador por cada millón de habitantes y se tiende a mantener un número de escaños próximo al actual, la asignación de 2 más por cada provincia requeriría acotar entre 5 y 7 el número fijo de Senadores de cada Comunidad Autónoma (lo que arroja un total de entre 223 y 257 escaños, aproximadamente).

En el primer caso, el número total de Senadores de cada Comunidad Autónoma, incluidos los que le correspondieran en función de las provincias a ella pertenecientes, variaría entre un mínimo de 7 y un máximo de 28 (referidas las cifras de población al 1 de enero de 2004, según el Real Decreto 2348/2004, de 23 de diciembre), lo que supone una *ratio* de 1:4. Esta proporción disminuiría según aumentara el número fijo de Senadores atribuidos a cada Comunidad Autónoma, aunque no llegaría a 1:3 ni siquiera con una atribución fija de 7 ó de 8 Senadores por Comunidad Autónoma.

En estos casos habría dos Comunidades Autónomas que tendrían una pérdida importante de participación en el Senado en



CONSEJO DE ESTADO

relación con la situación actual. Interesa destacar que el número de Senadores que perderían sería mayor si se optara por una atribución fija de 5 Senadores por Comunidad Autónoma que si aumentara dicho número fijo, lo que es lógica consecuencia del menor tamaño de la Cámara. Sin embargo, en cómputo porcentual su participación en el total sería mayor cuanto menor fuera ese número fijo (así, cuanto mayor sea el número fijo de Senadores por Comunidad Autónoma, más se distancian las variaciones de participación en el Senado respecto de su composición actual).

e) Se ha hecho referencia más arriba a la previsión de un Senador adicional por cada provincia. Ello implicaría una reducción notable del tamaño de la Cámara (si se mantuviera la fracción de población en un millón de habitantes, sería de 173 escaños, con 5 Senadores fijos por Comunidad Autónoma) y, aunque se limitarían las diferencias entre Senadores por Comunidad Autónoma (en torno a una proporción de 1:3, que se alcanzaría con un número fijo de 6 Senadores por Comunidad Autónoma o superior), las pérdidas y las diferencias entre "ganancias y pérdidas" –en número de Senadores– para las distintas Comunidades Autónomas se agrandarían respecto de la composición actual del Senado.

Todo ello hace prever dificultades para culminar satisfactoriamente la reforma, si bien la disminución de escaños se podría amortiguar reduciendo la proporción de población por la que se atribuye un Senador adicional. Pero, en tal caso –a. e. si se asigna un Senador adicional por cada 500.000 habitantes–, puede comprobarse que se amplía la proporción entre Senadores correspondientes a cada Comunidad Autónoma (entre 6 y 28 –casi



CONSEJO DE ESTADO

1:5-, con 5 Senadores fijos por Comunidad Autónoma y entre 7 y 29 –poco más de 1:4- con 6 Senadores fijos).

3.2.3. Posibles supuestos

Cabría contemplar, pues, tres supuestos con finalidad indicativa:

a) En el primero de ellos se atribuyen 5 Senadores por Comunidad Autónoma, con un Senador adicional por cada millón de habitantes y 2 Senadores por cada provincia, con un total de 223 escaños.

Una composición tal tendría la ventaja de una cierta limitación de las diferencias en las variaciones de participación que se produzcan para las diversas Comunidades Autónomas (atendidos los porcentajes de participación en el total de la Cámara, y no solo el número de Senadores) y supondría el mantenimiento de la fracción de población por la que se atribuye un Senador adicional por Comunidad Autónoma (millón de habitantes). La proporción de Senadores entre unas Comunidades Autónomas y otras alcanza, con los datos utilizados, una relación de 1:4, equivalente a las proporciones de Senados de Estados federales como Austria y, muy por debajo de otros Senados de Estados complejos, como Italia, así como del 1:8 de nuestro sistema actual.

b) El segundo supuesto parte del anterior, pero aplicando a las Comunidades Autónomas uniprovinciales la salvedad aludida en relación con el criterio tercero, de forma que no se atribuirían Senadores adicionales a las provincias en las Comunidades



CONSEJO DE ESTADO

Autónomas uniprovinciales. En tal caso, la reducción del tamaño de la Cámara permitiría aumentar el número fijo de Senadores por Comunidad Autónoma, que podría ampliarse hasta 7, con lo que el detrimento para las Comunidades Autónomas uniprovinciales, respecto de la propuesta anterior, se minimizaría. En definitiva, se atribuirían 7 Senadores por Comunidad Autónoma, más otro por cada millón de habitantes, y en las Comunidades Autónomas pluriprovinciales se elegirían, además, 2 Senadores por provincia, lo que daría una Cámara de 243 escaños.

Esta fórmula acentúa la ventaja de la anterior, limitando la pérdida de escaños de las Comunidades Autónomas más "perjudicadas" por el nuevo sistema y evitando el aumento de Senadores de las que, según la anterior propuesta, resultarían "beneficiadas", puesto que en aquel modelo todas las Comunidades Autónomas que "ganan" Senadores son uniprovinciales. Con ello, la franja de variación de escaños, excluidos los casos extremos, se reduciría a 6 escaños (entre -4 y +2). La proporción entre Senadores de las distintas Comunidades Autónomas superaría la *ratio* 1:4 (entre 7 y 30 Senadores).

Ahora bien, en este caso desaparecería todo factor de equilibrio territorial intracomunitario en relación con las Comunidades Autónomas uniprovinciales -que no son pocas-, lo que debe considerarse no solo desde la estricta perspectiva provincial (la asunción por las Comunidades Autónomas uniprovinciales de las funciones y medios atribuidos a las provincias en las demás Comunidades Autónomas), sino también desde el punto de vista municipal (a partir de la provincia como agrupación de municipios).



CONSEJO DE ESTADO

Además, y en alguna de las hipótesis que después se expondrán, los vecinos de las Comunidades Autónomas uniprovinciales quedarían marginados de la elección directa de Senadores, en la que no participarían. También podría percibirse un agravio comparativo desde la perspectiva de la proporcionalidad con el número de provincias (y, en su medida, con la extensión territorial), lo que se aprecia mejor al comparar la situación relativa entre las Comunidades Autónomas uniprovinciales y las biprovinciales, cuando se pasa del sistema anterior a este.

Una posible vía para mitigar estos inconvenientes podría consistir en que, de ser 2 los Senadores por provincia, solo se prescindiera de uno en relación con las Comunidades Autónomas uniprovinciales. Ello aconsejaría reducir a 6 el número fijo de Senadores por Comunidad Autónoma, para limitar las variaciones porcentuales en la composición de la Cámara, dentro de un tamaño razonable de ésta (233 escaños). El número de Senadores de las Comunidades Autónomas, en total, quedaría entre los límites de 7 y 29 (*ratio* levemente superior a la de 1:4), y las variaciones de escaños por Comunidad Autónoma, al margen de los casos extremos de Andalucía y Castilla y León, quedaría en una franja de 7 escaños (entre -5 y +2).

c) El tercer modelo partiría de un solo Senador por provincia, ampliando a 6 el número fijo de Senadores por Comunidad Autónoma y otro más por cada millón de habitantes.

Este modelo reduce la *ratio* entre Senadores correspondientes a cada Comunidad Autónoma (hasta 1:3, siempre con los datos de



CONSEJO DE ESTADO

población aludidos), pero a costa de generar sensibles minoraciones de escaños para algunas Comunidades Autónomas, lo que viene determinado también por la mayor reducción de la Cámara que este modelo supone (190 escaños). La posibilidad de aumentar la proporcionalidad con la población (Senador adicional por cada 500.000 habitantes) supondría elevar el número de escaños a 234, con incremento de la *ratio* aludida, que sobrepasaría ligeramente ya la de 1:4 (7:29). Se producirían sensibles diferencias en las variaciones del número de escaños por Comunidad Autónoma respecto de la composición actual.

d) El modelo preferible sería el del apartado c), en cuanto haría más y mejor visible el giro autonómico que se imprimiría al Senado. El modelo del párrafo inicial admite variantes, como subir a 7 u 8 el número fijo por Comunidad Autónoma, elevándose a 207 y 224, respectivamente, el número de escaños, siendo inferior a 1:3, en ambos casos, la *ratio* entre Senadores pertenecientes a cada Comunidad Autónoma, o, según ya se ha expresado, fijar en 1 por 500.000 habitantes la ponderación por población.

3.3. Elección de los Senadores

A partir de la distribución territorial de los Senadores, ha de dilucidarse a quién y en qué forma corresponde su elección o designación. Las fórmulas más barajadas por la doctrina y con mayor reflejo en Derecho –descartada, según lo dicho, su designación por los ejecutivos– apuntan a su elección por los parlamentos autonómicos o a su elección directa por la población; aunque en grado diferente, también se contempla una eventual designación por



CONSEJO DE ESTADO

instancias estatales o locales. Se examinan a continuación dichas fórmulas, atendiendo a la experiencia en otros ordenamientos y en nuestro propio Derecho constitucional, a fin de detectar sus principales ventajas e inconvenientes y expresar mejor la representación de los intereses territoriales en el Senado.

3.3.1. Elección por las Asambleas legislativas autonómicas

La elección de los Senadores por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas es un modelo de tipo germánico asentado en Austria y que no es ajeno a nuestra experiencia constitucional.

Cuenta con el rodaje que en el sistema vigente le ha proporcionado, siquiera sea de forma limitada, el artículo 69.5 de la Constitución y fue valorado por el constituyente (era, de hecho, el previsto en el artículo 60.2 del anteproyecto de Constitución), aunque sus raíces pueden buscarse mucho más atrás (artículo 52 del proyecto de Constitución Federal de 1873).

También las funciones atribuidas al Senado, netamente legislativas, apoyan la elección parlamentaria de los Senadores. La especialización funcional del Senado encontraría adecuado reflejo en ella, que, a su vez, sería vía útil para el acompasamiento entre legislación estatal y autonómica. La integración y cooperación que se persiguen se producirían, así y fundamentalmente, en el ámbito legislativo (se dejaría la colaboración gubernamental para órganos de otra naturaleza), potenciándose con ello la significación del Senado como marco de integración de las Comunidades Autónomas en el



CONSEJO DE ESTADO

Estado (integración en un órgano legislativo estatal de miembros elegidos por los órganos legislativos autonómicos).

El rasgo de continuidad con el sistema actual es perceptible, si bien supondría un cambio de importancia al acentuar lo que se viene calificando como "representación genuinamente autonómica". El fortalecimiento de esta se favorece por la elección institucional autonómica de los Senadores.

La elección indirecta en la que esta opción se expresa podría ser vista, ciertamente, como un paso atrás desde el punto de vista democrático, pero no desvirtúa la legitimidad democrática que requiere la representación popular, mucho menos si la elección recae sobre parlamentarios autonómicos o cargos electivos. No ha de ignorarse, sin embargo, que la ausencia de Senadores elegidos directamente por la población debilitaría la conexión del Senado con el electorado y enfriaría su percepción como Cámara representativa.

Por otra parte, esta segunda opción, al igual que la primera, no garantiza el reflejo de la diversidad territorial existente en el seno de cada Comunidad Autónoma, aunque, en este caso, a diferencia del anterior, la introducción de una exigencia constitucional de que queden debidamente representados los distintos territorios de la Comunidad Autónoma no pugnaría con la concepción del órgano (la previsión, como antes ha quedado dicho, se recogía explícitamente en el anteproyecto de Constitución).

En fin, no deben desconocerse los datos insatisfactorios que se advierten en el sistema austríaco y, en particular, su insuficiencia como medio de articular una representación verdaderamente



CONSEJO DE ESTADO

territorial, al haberse impuesto la disciplina de los partidos sobre las afinidades territoriales de los miembros del *Bundesrat* austríaco.

En definitiva, el modelo ofrece ventajas que podrían hacer aconsejable su adopción parcial, pero no su generalización. Sea cual fuere el porcentaje de miembros del Senado que se elijan por las Asambleas legislativas autonómicas, debe mantenerse en todo caso una conexión directa relevante del Senado con el cuerpo electoral. Más adelante se ofrece una fórmula mixta inspirada en este criterio.

3.3.2. Elección directa por la población

La elección directa se da en algunos de los modelos extranjeros analizados, como Estados Unidos (de la designación inicial por los legislativos estatales se pasó en 1913 a la elección directa por el pueblo) o Suiza (donde la opción generalizada por el sistema mayoritario de elección, en general a doble vuelta, confiere al representante en el *Ständerat* un importante apoyo popular, que contribuye a reforzarlo frente a los partidos).

La elección directa con escrutinio mayoritario, en una u otra modalidad, brinda la oportunidad no desdeñable de incentivar los acuerdos entre partidos antes de la consulta, de modo que el candidato elegido no estaría tan vinculado a una sola fuerza política, lo que además podría contribuir a crear una práctica de acuerdos que primaran el factor territorial sobre el color político, puesto que la prevalencia del signo partidista sobre el territorial se percibe en ocasiones como el verdadero *talón de Aquiles* de las Cámaras de representación territorial, cuya remoción depende probablemente más de un cambio paulatino y sosegado de las prácticas políticas que



CONSEJO DE ESTADO

de grandes reformas constitucionales, como parece revelar la experiencia comparada.

Un sistema electoral mayoritario a doble vuelta puede resultar especialmente atractivo para fortalecer la posición del Senador y su vinculación con el territorio y el electorado. La doble vuelta, sin embargo, presenta el inconveniente, más sociológico que jurídico, de una excesiva proliferación de consultas electorales, añadiendo a las elecciones europeas, estatales, autonómicas y locales una segunda vuelta en una de ellas. Aunque algunas de las consultas se hagan coincidir en una misma fecha, la segunda vuelta del Senado exigiría, cabalmente, una nueva jornada electoral.

Para prevenir tales riesgos, manteniendo las ventajas pretendidas, han de buscarse otros caminos. Así, podría pensarse en un sistema de voto alternativo (aunque la experiencia haya de buscarse en Australia, donde se denomina "voto preferencial"), considerado como un refinamiento de la fórmula del desempate mayoritario y que evita a los votantes el tener que acudir dos veces a las urnas. Cabría también acudir a un sistema de mayoría relativa, sobre el que hay experiencia en el Derecho comparado y que tiene el inconveniente de que puede reflejar una menor representatividad del candidato seleccionado, salvo que, por acuerdos entre distintas fuerzas políticas o por razones de sociología electoral, las mayorías fueran muy holgadas.

La elección de los Senadores por el sistema mayoritario implica la necesidad de determinar los distritos electorales en los que la elección ha de tener lugar. A esta dificultad se une la de que,



CONSEJO DE ESTADO

dependiendo de cuál sea la distribución del voto dentro de cada Comunidad, el sistema mayoritario puede privar de representación en el Senado a sectores importantes de la opinión pública.

El riesgo de que eso suceda puede aconsejar acudir al sistema proporcional en el marco de la Comunidad como circunscripción electoral. Sin embargo, esta solución presenta, a su vez, dos inconvenientes considerables y muy relacionados entre sí, en cuanto que hace primar el factor ideológico sobre el territorial. Daría al Senado, verosíblemente, una composición muy próxima a la del Congreso y disminuiría la relación directa entre elegidos y electores, cuya importancia para la representación territorial no es necesario ponderar. Para preservar esa vinculación sin perder las ventajas que la proporcionalidad comporta, cabría recurrir a un sistema de doble voto, como el alemán: una parte de los Senadores de cada Comunidad resultaría del sufragio mayoritario y el resto se distribuiría entre los distintos partidos de acuerdo con los "segundos votos" de los electores.

3.3.3. Sistema mixto

La elección directa de los Senadores por la población evitaría que la reforma pudiera verse como un retroceso democrático, pero también impediría obtener alguna de las ventajas que se han advertido en la opción anterior, porque la desvinculación de los órganos de las Comunidades Autónomas difuminaría la percepción del propósito de adecuar el Senado al Estado de las Autonomías y debilitaría los mecanismos de conexión entre el legislativo estatal y



CONSEJO DE ESTADO

los autonómicos, que la elección por los parlamentos debería favorecer.

Ello lleva a tener en cuenta, como modalidad estimable, la elección directa de una parte de los Senadores: en el límite, el Senador adicional por provincia (o los 2 Senadores adicionales o uno solo de estos dos). Se mantendrían así las ventajas del sistema de elección indirecta por los parlamentos autonómicos (puesto que tal sería el procedimiento seguido en relación con la mayor parte de los Senadores), pero, al tiempo, y al coexistir con la mencionada elección directa, se haría efectiva, en el mismo grado en el que el sistema sería mixto, una conexión directa entre el Senado y el electorado. Esta conexión sería más vigorosa al operar, naturalmente, el escrutinio mayoritario a una o a dos vueltas.

3.3.4. Otras posibilidades de designación por instancias estatales o locales

La designación de algunos Senadores por instancias estatales podría identificarse con una presencia en el Senado del Estado como instancia integradora de las Comunidades Autónomas y demás entes territoriales. Una posibilidad, en esta línea, sería la designación de un cierto número de Senadores por parte del Congreso de los Diputados.

Existen modelos de Senado que reservan parte de los escaños para su designación por instancias estatales, o que los vinculan a una institución estatal (casos de Italia o de Bélgica), y una designación tal no es extraña a nuestra historia constitucional (también se recogía en el anteproyecto de Constitución la designación de hasta 20 Senadores por el Congreso, entre personas que hubieran prestado servicios



CONSEJO DE ESTADO

eminentes en distintos ámbitos). Doctrinalmente se ha subrayado la conveniencia de integrar en el Senado a personas de especial relevancia social, jurídica o política, a fin de reforzar su *auctoritas*; aunque, paralelamente, se ha puesto de manifiesto cómo las experiencias del Derecho comparado en este punto no alientan excesivamente su incorporación a la reforma.

3.3.5. Senadores natos

Aunque, en rigor, quedan fuera de la “elección o designación”, cabe hacer una referencia a las propuestas que en ocasiones se hacen sobre la posibilidad de incluir un cierto número de “Senadores natos”. Las propuestas más frecuentes en esta línea se refieren a la atribución de aquel carácter a los presidentes o ex presidentes de las Comunidades Autónomas.

Es evidente que la dedicación del presidente autonómico ha de centrarse en la dirección política de su respectiva Comunidad, por lo que sus funciones como Senador serían previsiblemente soslayadas, quizá con la excepción de algún caso en que exigencias políticas aconsejaran su presencia y votación en un asunto concreto. La utilidad de su intervención en el Senado, o de su participación en sesiones o para cuestiones concretas, puede prevenirse por otras vías, sin necesidad de atribuirle el carácter de Senador nato.

En cuanto a los ex presidentes de Comunidad Autónoma, aunque su presencia podría tener efectos positivos, plantearía un problema desde el punto de vista democrático, no tanto por su carácter nato (que quedaría contrapesado al ser democrático el cargo desempeñado), sino porque la atribución de la condición senatorial a



CONSEJO DE ESTADO

los ex presidentes de Comunidades Autónomas supondría un número adicional de escaños que podría invertir el signo de la Cámara elegida democráticamente, o aumentar sensiblemente el peso relativo de una Comunidad Autónoma, y ello en función de razones ajenas al fundamento de su incorporación, cuando no aleatorias; riesgo que previsiblemente aumentaría, además, con el transcurso del tiempo.

3.3.6. Elegibilidad y compatibilidad

Sería de apreciar que, al proponer a los candidatos, se atendiera a la conveniencia, muchas veces sugerida, de revitalizar el Senado mediante el reforzamiento de su *auctoritas*, o bien a la necesidad de adecuar los candidatos al mejor cumplimiento de las funciones que se van a atribuir a la Cámara o que se quieren potenciar. A este efecto, la nominación de personas avaladas por su relevancia social, política o de otro orden podría redundar en la *auctoritas* del Senado, pero su exigencia como requisito de elegibilidad no resulta aceptable.

Parecería razonable, por ejemplo, que los proponentes de candidaturas valoraran la utilidad de incluir en ellas a quienes ostenten o hayan ostentado la condición de Senadores, parlamentarios autonómicos, miembros de los Consejos ejecutivos autonómicos o cargos electivos en las entidades locales del territorio de la Comunidad Autónoma. Por supuesto, este juicio de valor resulta aplicable, todavía con mayor razón, a los ex presidentes de Comunidad Autónoma.

a) La elección de quienes hayan ostentado ya la condición de Senador permitiría aprovechar la experiencia acumulada en tal cargo



CONSEJO DE ESTADO

y se haría eco –no ignoraría- del hecho de que ha sido la propia Cámara senatorial uno de los principales agentes impulsores de la reforma constitucional en el punto de que ahora se trata. Con esta previsión, el nuevo Senado se beneficiaría de una voluntad política ya demostrada en pro de su dimensión territorial.

b) En relación con la designación como Senadores de parlamentarios autonómicos, los objetivos de la reforma llevarían, en principio, a mantener la compatibilidad de actas (artículo 67.1 de la Constitución), estimulando así la conexión directa entre el Senado y los Parlamentos autonómicos, conexión que se forzaría en exceso con la exigencia de la condición de Diputado autonómico para ser elegible.

Ahora bien, si se extendiera el sistema de elección indirecta, no limitado ya a una pequeña fracción de la Cámara, podría darse el caso de que la mayoría de los Senadores se eligieran entre parlamentarios autonómicos y compatibilizaran ambas actas, con lo que algún efecto negativo –detrimento de la dedicación- se multiplicaría quizá en perjuicio de las funciones atribuidas al Senado. El problema se agudizaría de existir prescripciones estatutarias que vincularan la condición de los Senadores designados al mantenimiento de la condición de parlamentarios autonómicos.

Para evitarlo, la Constitución ha de impedir la acumulación obligada, aun por vía estatutaria, de las condiciones de Senador y de parlamentario autonómico. Con ello, la posibilidad de que las Asambleas elijan a los Senadores entre sus parlamentarios resultaría directamente de la compatibilidad de actas del artículo 67.2 de la



CONSEJO DE ESTADO

Constitución, pero la exclusión constitucional de su vinculación necesaria permitiría a los Senadores, o a parte de ellos, renunciar a su condición de parlamentario autonómico si así lo exigiera la dedicación a sus funciones senatoriales.

El paso siguiente, que consistiría en imponer la renuncia a la condición de parlamentario autonómico -y, en definitiva, la incompatibilidad de actas-, podría afectar negativamente a la sintonía entre los Parlamentos autonómicos y el Senado, y perjudicar la fluidez de las relaciones entre unos y otro aconsejada por los objetivos de la reforma.

c) En cuanto a los miembros de los Consejos ejecutivos autonómicos y su posible condición de Senadores, es claro que las personas que reúnan ambos cargos estarán mediatizadas por las exigencias de sus funciones ejecutivas, aunque, desde la perspectiva del funcionamiento del Senado y al ser improbable su generalización, no tendrían por qué derivarse de esta acumulación los mismos efectos negativos que en el caso anterior. Es razonable pensar, en cambio, que pudiera beneficiar la mejor armonía entre la legislación estatal y la ejecución autonómica y reforzar al Senado como Cámara de representación territorial, al concurrir en aquel miembros cualificados de los ejecutivos autonómicos.

Esa presencia puede lograrse por otras vías, sin necesidad de que miembros de los órganos de gobierno autonómicos sean Senadores, si bien el significado simbólico que tendría el hecho de que lo fueran resulta también indudable. Parece claro, sin embargo, que la designación de algún miembro del ejecutivo no debe



CONSEJO DE ESTADO

imponerse desde la Constitución, sino que debe respetarse la libertad de los electores al elegir y la de los presidentes de Comunidad al componer su órgano colegiado de gobierno.

3.3.7. Sugerencias

A partir de lo anterior, se sugieren dos fórmulas para la elección de los Senadores, caracterizadas genéricamente en la siguiente forma:

a) En una de ellas, por la que este Consejo de Estado muestra una moderada preferencia, la elección de todos los Senadores sería por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto. Las elecciones se celebrarían simultáneamente con las de las Asambleas legislativas autonómicas. Las normas relativas al sistema de escrutinio quedarían encomendadas a la ley orgánica electoral general que, a su vez, podría contener alguna remisión a los Estatutos de Autonomía, sin que esta materia deba agotarse aquí.

b) En la otra, la elección de la mayor parte de los Senadores –el número fijo atribuido por cada Comunidad Autónoma y los que le correspondan por razón de su población- se haría por las Asambleas legislativas. En cuanto al sistema de elección, tratándose de un órgano estatal, la Constitución misma habría de fijar los criterios esenciales, dejando acaso alguna concreción a los Estatutos. Una fórmula mayoritaria coadyuvaría a la unidad de criterio en el Senado de cada Comunidad Autónoma y, si es un sistema mayoritario puro, podría dejar fuera de la Cámara a partidos con presencia cualificada en su respectiva Comunidad Autónoma. En el sistema actual se impone, desde la Constitución, el carácter proporcional de la



CONSEJO DE ESTADO

representación correspondiente a la designación por las Asambleas legislativas, carácter que queda muy matizado por su escaso número. El Tribunal Constitucional ha hecho una interpretación amplia de esta exigencia, excluyendo solo un sistema mayoritario puro o de mínima corrección. A la vista de ello, la previsión podría mantenerse en términos semejantes a los actuales.

El Senador o los Senadores adicionales atribuidos a la Comunidad de acuerdo con el número de las provincias se elegirían directamente por la población de la Comunidad Autónoma, en circunscripción provincial y por un sistema mayoritario.

A lo anterior ha de añadirse una regla especial para las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. La alternativa principal en este punto radica entre atribuir su designación a la Asamblea o prever su elección directa por la población. Al no apreciarse aquí razones para cambiar el sistema vigente, teniendo en cuenta que las Asambleas de Ceuta y Melilla no son, en rigor, órganos legislativos, y dada la mayor virtualidad que el principio democrático tiene en la elección directa, debe ser esta la opción propuesta. Los vecinos de Ceuta y Melilla no han de ser los únicos de todo el territorio nacional que no participen directamente en la elección de Senadores.

3.4. Mandato de los Senadores

La prohibición del mandato imperativo se encuentra recogida en el artículo 67.2 de la Constitución y su admisión es extraña a nuestra experiencia constitucional. La supresión de dicha prohibición no resulta coherente con el modelo que se viene esbozando.



CONSEJO DE ESTADO

En cuanto a la duración del mandato, se suscita la cuestión de si debe coincidir en el tiempo el mandato de todos los Senadores, iniciándose con la constitución de la Cámara y expirando en el momento del cumplimiento de su plazo o de su disolución, o si, por el contrario, es preferible que no se produzca tal coincidencia, lo que conduciría a la configuración del Senado como Cámara de carácter permanente, sin perjuicio de los supuestos de disolución que se contemplan en la Constitución y de la suspensión del período ordinario de sesiones del Senado, cuando, permaneciendo éste, se haya extinguido el mandato del Congreso –lo que habría de preverse en el artículo 73 de la Constitución-.

La primera de las posibilidades tiene una dificultad obvia, derivada de la integración de gran parte de la Cámara mediante designación de las Asambleas legislativas autonómicas o en elecciones directas celebradas simultáneamente con las de los miembros de dichas Asambleas. Puesto que no coinciden las fechas de la constitución de estas en todas las Comunidades Autónomas, se produciría una descoordinación entre el mandato de la Asamblea designante y el de los Senadores por ella designados, con eventual ruptura del vínculo entre aquella y estos, así como un desfase entre la voluntad política expresada en las urnas y la composición del Senado.

Resulta, por tanto, preferible que el Senado sea Cámara permanente. Sin embargo, el mandato no debe limitarse a un período igual al de la legislatura del Parlamento autonómico respectivo, puesto que en tal caso, durante el tiempo que mediara entre la disolución de la Cámara autonómica y su posterior constitución tras la



CONSEJO DE ESTADO

consulta electoral, se produciría un déficit de representación en el Senado en relación con la Comunidad Autónoma respectiva. En consecuencia, el mandato de los Senadores debe prolongarse hasta el momento en que se produzca una nueva elección de Senadores.

3.5. Propuestas

a) A la vista de lo anterior, el Senado quedaría configurado como Cámara permanente, con renovaciones parciales y sucesivas, que se producirían con ocasión o a consecuencia de las elecciones autonómicas a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y con la única excepción del supuesto constitucional de disolución del Senado previsto en el artículo 168 de la Constitución.

b) El principal artículo afectado por la reforma propuesta sería el 69, cuyos términos podrían ser del siguiente o parecido tenor, tomando a título indicativo algunos de los supuestos sobre los que se ha razonado (los que adoptan como base un número fijo de 6 Senadores por Comunidad Autónoma).

Artículo 69.

1. El Senado es la Cámara de representación territorial.

2. Cada Comunidad Autónoma elegirá seis Senadores, otro más por cada millón de habitantes y otro por cada provincia de su respectivo territorio.



CONSEJO DE ESTADO

Los apartados 3, 4 y 5 podrían decir, en una versión A, que, en su conjunto, puede resultar preferente:

3. Los Senadores serán elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada Comunidad Autónoma, en los términos que señale la ley orgánica electoral general. La elección coincidirá con la que se celebre a la Asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma, salvo en el supuesto de disolución del Senado previsto en el artículo 168, en el que coincidirá con las elecciones al Congreso.

4. Cada una de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla elegirá dos Senadores en los mismos términos previstos en el apartado 3. La elección coincidirá con la que se celebre para la constitución de la Asamblea de la Ciudad Autónoma, con la misma salvedad establecida en el apartado 3.

5. El mandato de los Senadores termina con la toma de posesión de los nuevos Senadores proclamados electos y, en su caso, en la fecha de disolución del Senado.

Los apartados 3, 4 y 5 podrían decir, en una versión B:

3. En cada provincia se elegirá un Senador por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, mediante escrutinio



CONSEJO DE ESTADO

mayoritario y siendo elegido el candidato que más votos obtenga, cualquiera que sea su número. La elección coincidirá con las elecciones autonómicas, salvo en el supuesto de disolución del Senado previsto en el artículo 168, en el que coincidirá con las elecciones al Congreso. El resto de los Senadores será elegido por la Asamblea legislativa de acuerdo con lo que establezca el Estatuto de Autonomía respectivo, que asegurará la adecuada representación proporcional.

4. Cada una de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla elegirá dos Senadores mediante un sistema mayoritario igual al previsto en el apartado 3. La elección tendrá lugar coincidiendo con la que se celebre para la constitución de la Asamblea de la Ciudad Autónoma, con la misma salvedad establecida en el apartado 3.

5. El mandato de los Senadores termina con la toma de posesión de los nuevos Senadores designados por la respectiva Asamblea legislativa o de los proclamados electos en la respectiva provincia o Ciudad Autónoma y, en su caso, en la fecha de disolución de la Cámara.

c) Estas propuestas han de ser modificadas, bien para complementar, bien para sustituir alguna de las previsiones, si se opta por acoger otras sugerencias apuntadas a lo largo del Informe, con los textos resultantes de las correspondientes variantes acogidas.



4. Posición institucional del Senado en el seno de las Cortes Generales en el ejercicio de sus funciones como Cámara de representación territorial

Procede abordar ahora la cuestión suscitada por la consulta del Gobierno en torno a la posición institucional que correspondería al Senado una vez efectuados los cambios que se proponen en este Informe. Con la reconfiguración esbozada en los apartados precedentes, el Senado resulta una institución que, asentada sobre los pilares maestros establecidos por el constituyente de 1978, registra, sin embargo, sensibles modificaciones. Así, en virtud tanto de los elementos esenciales que permanecen inalterados como de aquellos otros que devienen transformados, el Senado ostentaría una posición institucional que –dentro de las Cortes Generales y por referencia más compleja al régimen de gobierno parlamentario– puede ser caracterizada a través de los siguientes rasgos.

4.1. Régimen de disolución del Senado

A partir de la nueva composición (forma de selección de los Senadores) propuesta para el Senado, se desprende que este dejará de ser una Cámara sujeta a un mandato temporal como el que establece el actual artículo 69.6 de la Constitución para ser una Cámara cuya vida transcurre con independencia del Congreso –aunque discurra, en numerosas ocasiones, en procedimientos conjuntos– y que destaca por su permanencia. Esta continuidad del Senado, que no equivale a invariabilidad de su composición, viene asegurada precisamente por las renovaciones parciales y sucesivas que se irán produciendo según el tiempo en que tengan lugar las



CONSEJO DE ESTADO

elecciones de Senadores. En tal contexto, el régimen de disolución del Senado actualmente previsto en la Constitución demanda una revisión.

La Constitución contempla la posibilidad de disolución anticipada del Senado en sus artículos 99.5, 115.1 y 168.1, supuestos distintos que han de examinarse a partir de la nueva configuración de la Cámara.

a) El artículo 99.5 establece, para el caso de que ningún candidato a la Presidencia del Gobierno obtenga la confianza del Congreso, la disolución de ambas Cámaras. Esta previsión ha sido criticada por la doctrina, dado que el supuesto se refiere a la relación entre el Congreso y el Gobierno, en la que el Senado no interviene, y a la vista también de que en el Derecho comparado la regla general es que las Cámaras de tipo senatorial no sean susceptibles de disolución anticipada cuando el Gobierno no necesita su confianza. La previsión del artículo 99.5 se ha defendido, sin embargo, por razones vinculadas a la unidad del resultado electoral en el Congreso y el Senado, a la homogeneidad política de las Cortes, a la economía procedimental y financiera o a la inconveniencia de la convocatoria de elecciones separadas –con el consiguiente cansancio electoral–.

Tales razones ceden, en gran medida, en el nuevo diseño del Senado, a partir de la distinta forma de integración que no requiere un llamamiento electoral independiente, al coincidir con las elecciones autonómicas –o, de modo ocasional, con las generales al Congreso–, además de que la Constitución no exige la confianza del Senado para la investidura del candidato a la Presidencia del Gobierno.



CONSEJO DE ESTADO

Por tanto, debiera desaparecer la supresión de la previsión de disolución del Senado en el supuesto contemplado en el artículo 99.5 de la Constitución, con la consiguiente modificación de su contenido, lo que resulta coherente con el ánimo que alienta la reforma de dar a dicha Cámara una personalidad institucional propia y diferenciada.

b) En el artículo 115.1 de la Constitución figura la posible disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, como contrapartida del control general del Parlamento sobre el Gobierno y, en particular, de su facultad de retirarle la confianza mediante una moción de censura. La previsión también ha sido cuestionada por la doctrina dada la mayor tenuidad de los instrumentos de control a disposición del Senado, aduciéndose razones análogas a las antes señaladas. Sin embargo, en este artículo 115 se destaca su mayor flexibilidad –en cuanto permite la disolución de una Cámara, de la otra o de ambas-, por lo que sería más bien la *praxis* de su disolución conjunta la que chocaría con aquel menor control atribuido al Senado.

En todo caso, también aquí la evolución de las razones aludidas a la vista de la propuesta y el hecho de que no se pretendan variaciones en los efectos cualitativos del control senatorial del Gobierno apoyarían la supresión del supuesto en lo que se refiere al Senado, aunque la flexibilidad del precepto permitiera dejar una puerta abierta por si, en algún caso concreto, se dieran circunstancias que aconsejaran la disolución del Senado. Parece razonable, pues, que la disolución anticipada prevista en el citado artículo 115 se limite al Congreso de los Diputados.



CONSEJO DE ESTADO

c) Por último, está el supuesto del artículo 168.1 de la Constitución, cuya excepcionalidad justifica la disolución porque brinda la oportunidad de una renovación y su utilización en uno u otro sentido ya implica una "toma de postura" de las Comunidades Autónomas a la vista de la reforma que se ha de afrontar. Se produce así un fortalecimiento de la participación autonómica en el proceso de revisión constitucional, correlativo a la nueva plasmación del Senado como Cámara de representación territorial.

Con el propuesto régimen de disolución del Senado se despejan, por añadidura, las dudas interpretativas que la redacción del artículo 116.5 ha suscitado, resultando claro ya, en todo caso, que no cabe la disolución del Senado durante la vigencia de alguno de los estados excepcionales.

En el artículo 99.5, bastaría una modificación mínima, sustituyendo "ambas Cámaras" por "esta Cámara". El citado precepto podría tener el siguiente o parecido tenor:

Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá esta Cámara y convocará nuevas elecciones con el refrendo de su Presidente.

En el artículo 115, la modificación propuesta limitaría su previsión al Congreso de los Diputados, con lo que su apartado 1 pasaría a decir:



CONSEJO DE ESTADO

1. El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá proponer la disolución del Congreso de los Diputados, que será decretada por el Rey. El decreto de disolución fijará la fecha de las elecciones.

Conforme a lo que es práctica usual, debería preverse que, hallándose disuelto el Congreso, se suspenden las sesiones ordinarias del Senado. Por ello, en el artículo 73.1 se añadiría un párrafo, tras punto y seguido, que dijera:

Expirado el mandato del Congreso o en caso de su disolución, el período de sesiones del Senado quedará en suspenso hasta la constitución del nuevo Congreso.

Habría que modificar, consecuentemente, el artículo 72.2:

2. Las Cámaras eligen sus respectivos Presidentes y los demás miembros de sus Mesas. La elección en el Senado tendrá lugar una vez constituido el Congreso de los Diputados después de un proceso electoral. Las sesiones conjuntas serán presididas por el Presidente del Congreso y se regirán por un Reglamento de las Cortes Generales aprobado por mayoría absoluta de cada Cámara.



4.2. Cámara parlamentaria

El Senado forma parte, junto con el Congreso, del Parlamento bicameral que en el ordenamiento español se denomina Cortes Generales (artículo 66.1).

Como componente de las Cortes Generales, el Senado se inserta dentro del arco normativo institucional que sostiene las declaraciones del artículo 1 de la Constitución y el derecho fundamental de participación política (artículo 23). Sería, sin duda, concebible una reforma constitucional que extrajera al Senado de dicho arco, creando, por ejemplo, una Cámara de notables o un órgano tipo consejo federal. Sin embargo, un proyecto de reforma de tales características vendría a deshacer el régimen jurídico básico de las Cortes Generales, al poner al Senado y al Congreso al amparo de principios distintos y al apartarse, por tanto, del designio de la consulta gubernamental, que quiere cambios limitados y prudentes *“para no alterar el equilibrio en que se sustenta el texto constitucional”*.

El poder constituyente de 1978 partió de una concepción unitaria del Parlamento español, de modo que la expresión “Cortes Generales” no es la mera denominación que se da al agregado de dos órganos constitucionales, el Congreso de los Diputados y el Senado, sino que sirve para designar a un verdadero órgano, si bien de estructura compleja, que, además de tener una existencia y dinámica propias (sesiones conjuntas, competencias específicas en relación con la Corona...), comunica determinados rasgos jurídico-constitucionales a las Cámaras cuando actúan de modo separado.



CONSEJO DE ESTADO

El Senado mantiene así, en la propuesta efectuada, su naturaleza de “Cámara parlamentaria”, tanto por su composición como por sus funciones. No es retórica ni puro nominalismo la formulación del propósito reformador con apelación expresa al “Senado”, y a este como “Cámara de representación territorial”; términos que por esencia –y así se corrobora en los precedentes del Derecho comparado- hacen que se inserte en todo caso dentro del contexto parlamentario (solo por licencia del lenguaje y con notoria impropiedad, los órganos de representación territorial tipo “Consejo” se incluyen entre las “segundas Cámaras” o “Cámaras altas”).

4.3. Cámara de representación territorial

Las Cortes Generales representan al pueblo español (artículo 66.1) y, dentro de ellas, el Senado expresa la especificidad de una representación territorial (artículo 69.1).

A través de las modificaciones propuestas, se profundiza en la concepción del Senado como “Cámara de representación territorial”, tanto por los términos en que se diseña la elección de sus miembros, como por la consideración que se tiene respecto de los entes infraestatales dotados de autonomía constitucionalmente reconocida, como, también, por la especialización funcional en asuntos de trascendencia e interés autonómicos con que se amplían sus competencias.

En todo caso, los cambios se orientan en una dirección compatible y armónica con la condición de instancia representativa del pueblo español, que el Senado tiene por su pertenencia a las Cortes Generales y en común con la otra Cámara que forma parte de



CONSEJO DE ESTADO

ellas. Tal condición impide, tanto por razones conceptuales como por prescripción constitucional (artículo 67.2), la atribución de un mandato imperativo a los Senadores. La territorialidad de la representación que ejercen estos se manifiesta por su origen y sus funciones y desarrolla su virtualidad en el terreno político, pero no se traduce en exigencias jurídicas.

4.4. Bicameralismo no paritario

El Senado se encuadra en un sistema bicameral no paritario. La posición actual del Senado en el seno de las Cortes Generales ha llevado a calificarlo comúnmente y desde el punto de vista doctrinal como un órgano de relevancia menor en el bicameralismo imperfecto diseñado por la Constitución de 1978.

Con la reforma propuesta, aun manteniendo el centro de gravedad del procedimiento legislativo en el Congreso, se aumenta de manera notable el peso específico del Senado, mejorando su lugar en la escala que mide la funcionalidad y efectividad de las Cámaras.

Como Cámara de reflexión o de segunda lectura recibe un superior reconocimiento –que alcanza a su propio funcionamiento- al ampliarse los plazos para su intervención en el procedimiento legislativo ordinario. El mayor número y rango de competencias por mor de la especialización legislativa en ámbitos de incidencia autonómica es, quizá, el perfil que, junto a los cambios en la composición, comportaría una diferenciación más significativa en la posición del Senado por contraste con la situación actual, a la vez que simboliza también, de modo más expresivo, su “viraje territorial”. Asimismo, el propugnado aumento de los supuestos en los que las



CONSEJO DE ESTADO

discordancias entre las dos Cámaras de las Cortes Generales intentarían dirimirse a través de una Comisión Mixta serviría para elevar el nivel de participación del Senado en la formación de la voluntad común.

En todo caso, la unidad de decisión que ha de emanar del órgano parlamentario, las Cortes Generales, demanda y justifica el mantenimiento final de una preeminencia del Congreso de los Diputados, siendo el Senado órgano "del Estado". Como se ha dicho, el Senado representa también al pueblo español, pero, al hacerlo como suma de partes, ha de ocupar un lugar que cede ante el Congreso de los Diputados, en cuanto este representa al pueblo en su unidad, *in toto*.

Lo anterior permite afirmar que con la reforma puede alcanzarse un bicameralismo más equilibrado, aunque no homogéneo, sino desigual competencialmente y, en todo caso, no paritario.

4.5. Reflexiones finales

a) Desde el punto de vista funcional, la posición del Senado dentro de las Cortes Generales se fortalecería en dos dimensiones: de un lado, a través de la potenciación de competencias que ya ostenta; de otro, por atribución de competencias *ex novo*. En todo caso, se parte del mantenimiento, como mínimo, de sus funciones genéricas actuales, derivadas del artículo 66.2 de la Constitución. La especialización competencial ni presupone una pérdida de funciones no territoriales ni redundante en una monopolización de funciones territoriales por parte de esta Cámara.



CONSEJO DE ESTADO

Las modificaciones que se apuntan en este Informe parten de la conveniencia de preservar la unidad del concepto formal de ley existente en la Constitución, y tratan de evitar asimismo una ampliación de procedimientos legislativos, así como la introducción en ellos de complejidades excesivas y adicionales.

Los cambios propuestos para el artículo 90 de la Constitución (apartados 2 y 3) mejoran la consideración del Senado como Cámara legislativa de reflexión.

La posición del Senado se reforzaría en cuestiones de enfoque o signo territorial: atribución al Senado de la primera lectura en la tramitación parlamentaria de ciertos proyectos legislativos y posibilidad de toma en consideración, incluso en exclusiva, de proposiciones de ley de las Asambleas legislativas autonómicas.

El Senado, como espacio de concertación y diálogo de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado, ofrece un cauce en sede parlamentaria para las cuestiones y relaciones que, por su naturaleza o por su contexto, tengan un foro adecuado en él y, por consiguiente, con una funcionalidad acotada a ese ámbito, sin absorción ni suplantación de los órganos intergubernamentales de cooperación y coordinación. En respuesta a un déficit experimentado en la práctica política y señalado con reiteración por la doctrina, ello implica el ofrecimiento de un ámbito de encuentro institucional y propicio para el incremento de la multilateralidad que deriva de los intereses comunes de las Comunidades Autónomas (de todas o de algunas) y de la existencia de un interés general, equilibrando así el bilateralismo extraparlamentario, e incluso también parlamentario,



CONSEJO DE ESTADO

con que hasta el presente se han venido abordando la mayoría de los asuntos entre el Estado central y las Comunidades Autónomas y que se ha revelado disfuncional, en ocasiones, para el gobierno del Estado.

A tenor de las modificaciones que se esbozan en el orden competencial para el Senado, tendrá la doble faz de una Cámara de representación general y competencias universales secundarias, y la de una Cámara de representación territorial y competencias notables, aunque no determinantes *per se*, en los asuntos de incidencia autonómica.

b) Si desde el punto de vista de su composición personal el Senado es actualmente una Cámara de representación "heterogénea", con las sugerencias efectuadas se homogeneiza su legitimidad representativa de origen (territorial), si bien no por ello se hace uniforme, habida cuenta de que la estructura descentralizada del poder político en España tampoco lo es. Se acentúa, en todo caso, el perfil diferenciado con el modo –que no con el objeto- de la representación que expresa el Congreso de los Diputados.

Al componerse en función de las principales entidades políticas territoriales en que se organiza el Estado, y que le dan su configuración territorial característica como "Estado de las Autonomías", el Senado pasaría a ser una Cámara acorde con esa configuración, que hace efectiva la idea de representación territorial esbozada al principio y que fija el sentido de la identificación del Senado figurada en el artículo 69.1 de la Constitución.



CONSEJO DE ESTADO

En virtud de la nueva composición, el Senado adquiere un carácter permanente o continuado (con la única excepción del supuesto de disolución *ex artículo 168*) y, en consecuencia, el mandato de los Senadores se hace también, desde el punto de vista temporal, independiente del de los Diputados.

Todos estos aspectos redundan en una posición más nítidamente diferenciada del Senado respecto del Congreso de los Diputados que la que existe en la actualidad.

c) Un Senado reformado según las directrices propuestas implica o debe implicar, a su vez, una reflexión sobre la posición relativa de otros órganos y entes del Estado y sus posibilidades de cambio.

Dado que el Senado es parte del sistema de gobierno constitucionalmente establecido -una pieza del mecanismo global en interacción con las demás partes-, las modificaciones que se realicen en él no solo afectan de forma aislada a su encaje institucional con abstracción del resto del sistema, sino que, naturalmente, abocan a determinados ajustes en otros elementos de este, que deben ser calibrados en aras del equilibrio final.

Como acertadamente apuntaron los trabajos de la Ponencia de Estudios constituida en el Senado, la reforma se debe hacer en beneficio del sistema constitucional en su conjunto, y no de una Cámara en concreto y, menos aún, en detrimento del Congreso de los Diputados.

Desde luego, no es objeto de la consulta formulada la reforma del Congreso como posible contrapunto a las modificaciones de



CONSEJO DE ESTADO

funciones y composición que se operen en el Senado. Algunos autores han sostenido que la "territorialización" del Senado debería llevar aparejadas modificaciones en el sistema electoral general o un aumento de la dimensión del Congreso de los Diputados, una intensificación del carácter estatal de la elección de Diputados o una reconsideración de la prima en la representación que hoy tienen las fuerzas políticas de ámbito territorial limitado. Tales extremos son ajenos a los objetivos y criterios de la reforma constitucional a los que se ciñe este Informe, y de ahí que la evaluación de eventuales factores equilibradores de las relaciones interparlamentarias y de la funcionalidad de las Cortes Generales deba quedar al margen en cuanto no esté estrictamente asociada a las posibilidades que se generan desde el Senado y para su reforma.

La concepción y eficacia del Senado como espacio multilateral de concertación y diálogo interautonómico y de las Comunidades Autónomas con el Estado puede contribuir a disminuir más la conflictividad competencial y, en último término, a prevenir ciertas intervenciones que, por el actual déficit en este cometido, ha debido realizar en determinados momentos el Tribunal Constitucional.

La mayor entidad de funciones y de posición del Senado como Cámara de representación territorial hace que, también y consecuentemente, sea mayor el peso de las entidades territoriales representadas en la formación de la voluntad estatal, esto es, en decisiones que se adoptan en sede parlamentaria central. Por tal razón es importante partir de una distinción lo más clara y precisa en el texto constitucional de los ámbitos en que puede darse una afectación trascendente de intereses territoriales, frente a aquellos



CONSEJO DE ESTADO

otros en que su implicación no lo sea, así como establecer mecanismos que hagan prevalecer, en último término y en caso de contradicción, el interés nacional sobre los intereses territoriales.

En definitiva, podría decirse que el Senado resultante de las modificaciones en torno a las que se reflexiona en el presente Informe aparecería en el sistema constitucional español como una "Cámara parlamentaria" de carácter permanente, integrada en las Cortes Generales, de mayor peso específico que el actual, aunque sin paridad con el Congreso de los Diputados, con más atribuciones diferenciadas de este y que, a través de su nueva composición y funciones, canaliza la participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad del Estado como expresión de la representación territorial.

5. Consecuencias sistemáticas de las modificaciones propuestas

Además de las modificaciones de los preceptos constitucionales que habrían de llevarse a cabo para dar cuerpo al Senado como Cámara de representación territorial, conforme a las diversas propuestas realizadas y cuyo núcleo esencial encaja en los Capítulos Primero y II del Título III de la Constitución, diversos aspectos de los que resultarían alterados proyectan con naturalidad algunos reflejos en otras unidades sistemáticas del texto constitucional. Tales reflejos tienen propiamente el carácter de consecuencias sistemáticas –bien es cierto que de distinto orden y con distinto grado de necesidad en cuanto a su culminación- *extra muros* de las modificaciones básicas, no adicionan *per se* nuevas líneas distintas a las informantes de la



CONSEJO DE ESTADO

concepción planteada y desarrollada anteriormente, sino que más bien expresan su manifestación en otros preceptos conexos. Tales derivaciones lógicas de las directrices esenciales indicadas para la reforma del Senado se enuncian a continuación, con el propósito de procurar la más perfecta congruencia interna, formal y material, del texto constitucional íntegro cuando se aborde la reforma.

5.1. Tratados internacionales y Unión Europea

Ya se ha comentado anteriormente que la especialización del Senado que se pretende no implica, en ningún caso, el monopolio de determinadas funciones por parte de dicha Cámara, con exclusión de la otra junto a la que constituye el órgano de las Cortes Generales. Aun existiendo precedentes consistentes en el Derecho comparado de Senados que ostentan la posición predominante en la política internacional (así en los Estados Unidos de América), dicho modelo resulta ajeno a nuestra historia constitucional y a la forma de gobierno parlamentaria, que otorga la dirección de la política exterior al Gobierno (artículo 97) y confiere incluso cierta primacía al Congreso de los Diputados en materia de tratados (artículo 74.2).

Por otra parte, una eventual concepción del Senado como instancia de cooperación del Estado y de las Comunidades Autónomas en los asuntos de la Unión Europea que tuvieran incidencia territorial (cuestión apuntada en el apartado 2.2) podría tener una regulación unitaria en la que el eje de la nueva previsión girara, precisamente, sobre la participación, tanto en fase ascendente como descendente, de las Comunidades Autónomas en dichos asuntos, con modificación



CONSEJO DE ESTADO

del artículo 93 o con la adición de algún precepto al Capítulo III del Título III o al Título VIII.

Aunque en otros sistemas las Constituciones contienen una regulación básica de la participación de los entes territoriales en los asuntos europeos (Alemania o Austria), distinguiendo diversos supuestos según el grado de afectación de las competencias de cada ente, en nuestro Derecho esta cuestión ha sido objeto de una constante evolución, por lo que una formulación constitucional en términos muy precisos de las distintas formas de participación (directa en instituciones europeas, en delegaciones españolas o en órganos de cooperación), según las competencias que puedan resultar afectadas, quizá supusiera una inconveniente petrificación o dotar de una excesiva rigidez a los mecanismos de participación que hoy pueden concebirse (y que mañana podrían ampliarse), máxime si se tiene en cuenta que es una materia que ha estado regida principalmente por Acuerdos entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por ello, parece preferible reconocer constitucionalmente la participación (tanto en la fase ascendente como descendente) junto a la intervención del Senado en la materia y, si acaso, la enumeración de las formas de participación, además de establecer el deber del Gobierno de proporcionar al Senado toda la información relevante sobre la Unión Europea, para cuya enunciación puede acogerse la fórmula contenida en el artículo 56.p) del Reglamento del Senado.

En tal caso, la incorporación a la Constitución de un artículo que recogiese la participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios y el papel del Senado a tales efectos podría



CONSEJO DE ESTADO

hacerse en el Capítulo III del Título III, si se procede a la modificación del artículo 93, o en el Capítulo III del Título VIII, como podría ser en el artículo 144 (o en el 152, desplazando su contenido, modificado como antes se ha sugerido, al artículo 151 que habría quedado vacío), de modo que recogiese el principio de colaboración y hasta una nueva regulación de las formas de cooperación. Otra opción sería separar sus apartados, introduciendo cada cuestión en un lugar distinto.

Su texto podría ser el siguiente:

1. Las Comunidades Autónomas participan en la fase de formación de la voluntad del Estado ante las instituciones de la Unión Europea y en la de ejecución de su Derecho en materias de relevancia autonómica, con arreglo a las leyes.

2. El Gobierno deberá informar al Senado sobre los procesos de adaptación normativa o los actos de los órganos de la Unión Europea con trascendencia para las Comunidades Autónomas.

5.2. Estatutos de Autonomía

No procede ya otra cosa que formular una remisión general a lo que se expone en el apartado 5.5.1 de la parte IV de este Informe.



5.3. Legitimación de los Senadores para interponer el recurso de inconstitucionalidad

Habría que valorar aquí, al hilo de las reflexiones hechas sobre el número de Senadores y de la opción que se tome, la eventual procedencia de modificar el artículo 162.1.a), rebajando el número de los Senadores requeridos.

5.4. Los “hechos diferenciales”

En la Constitución aparecen ciertos elementos diferenciadores entre las Comunidades Autónomas (“hechos diferenciales”), que pueden requerir –o se pretende que requieran– una acogida en la regulación de las instituciones. Se plantea la cuestión de si tales hechos diferenciales han de fundamentar un estatus constitucional distinto en el Senado en cuanto Cámara de representación territorial.

El hecho diferencial es el reconocido y recogido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, que en muchos casos puede derivar en competencias específicas conectadas con las lenguas propias, los derechos históricos, el Derecho civil o el hecho insular.

Vienen considerándose como hechos diferenciales constitucionalmente reconocidos los siguientes:

a) Las lenguas cooficiales, en ciertas Comunidades Autónomas, distintas del castellano y las modalidades lingüísticas de España, patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección (artículos 3 y 20.3 y Preámbulo de la Constitución).



CONSEJO DE ESTADO

b) El Derecho civil foral o especial (artículo 149.1.8.^a, en conexión con el 149.1.6.^a).

c) El hecho insular y su repercusión en una Administración con singularidades y en un espacio electoral con acotaciones territoriales especiales, en el ejercicio del derecho a la autonomía y en la realización efectiva del principio de solidaridad (artículos 69.3, 138.1, 141.4 y 143.1).

d) La foralidad (Disposición Adicional Primera).

e) Un régimen económico y fiscal propio de determinados territorios (Disposición Adicional Tercera).

Su simple enunciación pone de manifiesto la diversidad de naturaleza y entidad de esos hechos diferenciales invocados. Junto a elementos preexistentes al régimen constitucional, como la lengua o la insularidad, aparecen determinaciones establecidas en la propia Constitución, como la Disposición Adicional Tercera o la Disposición Transitoria Segunda.

Con tales hechos se trata de expresar una posición constitucional específica de ciertas Comunidades Autónomas, que se traduce en un régimen especial de competencias, en una intensa potestad de autoorganización interna o en la protección del uso de las lenguas oficiales, pero que también se ha pretendido reflejar en una singular participación en la composición y funciones de ciertas instituciones, entre las que se encuentra el Senado.

Sin embargo, el establecimiento de previsiones constitucionales diferenciadas para ciertas Comunidades Autónomas en la composición o funciones del Senado puede perturbar la cohesión del Estado y



CONSEJO DE ESTADO

generar serias disfuncionalidades en su gobernación racional, rompiendo la coherencia e integración del sistema. Una cosa es el reconocimiento de la diferencia, y de su necesidad de garantía y protección, y otra cosa es su traducción en un régimen primado en el proceso de formación de la voluntad del Estado. Dado que la mayoría de los hechos diferenciales se erigen o se concretan en competencias asumidas por los Estatutos de Autonomía, será ese el ámbito para el desenvolvimiento de su tutela y desarrollo.

La traducción de esas singularidades en el Senado se ha pretendido establecer a través de varias vías exploradas por el propio Senado en los trabajos preparatorios de su eventual reforma y con algún reflejo en las modificaciones reglamentarias de 1994.

Es importante recordar, en apretada síntesis, que la participación en la voluntad común de los órganos centrales del Estado debe ser multilateral, y no construida sobre una excepción ni sobre un estatus privilegiado constitucionalmente reconocido. Las necesarias dosis de igualdad de representación y de multilateralidad en las instituciones no pueden diluirse mediante regímenes distintos basados en los llamados "hechos diferenciales". Ello no es incompatible con el reconocimiento constitucional de tales hechos y su correspondiente reflejo en los Estatutos y ordenamientos autonómicos, que constituyen su ámbito natural de protección y desarrollo, por lo que en ellos se construirá su régimen jurídico propio. El reconocimiento constitucional supone su garantía, de modo que el Senado, como los demás poderes públicos, en el ejercicio de sus funciones, deberá respetarlos censurando las políticas estatales



CONSEJO DE ESTADO

que los desconozcan o la política de la Comunidad beneficiaria que vaya más allá de sus naturales y razonables límites.

5.5. Otras consecuencias

Si las anteriores "consecuencias sistemáticas" de la reforma del Senado conducen a una traducción de Derecho positivo en el propio texto constitucional, aunque fuera del núcleo central de disposiciones relativas a aquel, cabe considerar, asimismo, otras consecuencias que dicha reforma traerá aparejadas, ya sea en el plano normativo, aunque infraconstitucional, ya en el orden político.

Así, en lo que hace a la composición del Senado, han de tenerse en cuenta otros textos normativos que resultarán (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General) o podrían resultar (Estatutos de Autonomía y otras normas autonómicas de rango inferior) modificados, tanto en lo que hace al mecanismo de elección de los Senadores como al propio régimen de éstos. Es evidente, asimismo, que el Reglamento del Senado habrá de experimentar los ajustes necesarios al nuevo sistema y proveer a su desarrollo.

A tenor de las pautas de composición esbozadas para la reforma del Senado, se producirá una interacción de nuevo cuño entre las elecciones autonómicas y locales y las relativas a las Cortes Generales. La renovación parcial y sucesiva del Senado introducirá, sin duda, en el sistema un elemento dinámico llamado a generar reequilibrios hasta ahora inéditos.



CONSEJO DE ESTADO

En cuanto al funcionamiento del Senado, las eventuales diferencias de composición política con el Congreso de los Diputados, dimanantes tanto de los distintos procedimientos de integración de su composición como de la falta de coincidencia de sus mandatos, así como las funciones que se le asignan, deberían contribuir, si no a una sustitución de las afinidades ideológicas o partidarias (ya se ha dicho que, dada la representación del pueblo español que corresponde también al Senado, y a la prohibición constitucional del mandato imperativo, no tendrían cabida propiamente grupos territoriales monocolors, con voto instruido, ni siquiera con unidad de voto) por las afinidades territoriales, a un posible desarrollo o nuevo sentido de estas últimas, a cuyo efecto pueden servir mecanismos como la expresión de las votaciones según la procedencia autonómica de los Senadores u otros que puedan preverse en el Reglamento del Senado. Incluso, como se observara al tratar de las elecciones directas para el Senado, la adopción de determinados criterios puede incentivar los acuerdos entre partidos, lo que podría favorecer un entendimiento previo en que operara el factor territorial como contrapunto del ideológico.



VI. EL PROCEDIMIENTO PARA LA REFORMA

1. Consideraciones preliminares

Según se indicó en la **Introducción** (parte I), el Consejo de Estado considera necesario completar su Informe con algunas consideraciones acerca del procedimiento que haya de seguirse en el caso de que se decida acometer la proyectada reforma constitucional.

La primera de estas consideraciones, no por evidente menos necesaria, es la de que, una vez formalizada, la iniciativa de reforma constitucional, sea cual fuere la diversidad de los temas a los que se extienda, ha de ser entendida siempre como una decisión única. Lo es sin duda en la intención de quienes la proponen, pero también por su objeto. El objeto de la reforma es, en efecto, la Constitución misma, no cada uno de los artículos cuyo texto se pretende modificar o derogar. De esa naturaleza unitaria de todo proyecto o proposición de reforma constitucional, se sigue la necesidad de tramitarla de acuerdo con un procedimiento único. La observación resulta superflua cuando el procedimiento que la Constitución establece para su reforma es también un procedimiento único, pero no está de más en aquellos casos en los que, como sucede en España, el texto constitucional prevé dos procedimientos de distinta complejidad,



CONSEJO DE ESTADO

aplicables a partes diferentes de la Constitución. Cuando tal cosa sucede y la reforma afecta a preceptos que, aisladamente considerados, podrían ser reformados por el procedimiento más simple, junto a otros que solo pueden ser derogados o modificados siguiendo el procedimiento complejo, es este último el que se ha de seguir, pues de otro modo la reforma sería inválida en lo que a ellos respecta. Esa aplicación del procedimiento agravado a preceptos que en sí mismos podrían ser reformados por otra vía no cambia, por lo demás, la naturaleza de estos, ni impide en modo alguno que las sucesivas reformas de que en el futuro pudieran ser objeto hubieran de llevarse a cabo por un procedimiento que no sea el que la Constitución exige para cualquier cambio que les afecte solo a ellos.

Si las proyectadas modificaciones constitucionales sobre las que versa este Informe dieran lugar a una iniciativa de reforma que las abordase conjuntamente, como el Gobierno anuncia en la consulta, toda ella debería tramitarse en la forma prevista en el artículo 168 de la Constitución, ya que es este procedimiento agravado el que ha de aplicarse para la reforma del artículo 57, en el que se contiene la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión al trono.

Esa necesidad se hará más evidente si la iniciativa de reforma constitucional, de acuerdo con alguna de las alternativas que en el Informe se ofrecen, incluye también una modificación del Título Preliminar. Pero esa mayor evidencia de la necesidad no la hace, sin embargo, más fuerte. A juicio del Consejo de Estado, si el propósito del Gobierno se traduce en una iniciativa de reforma constitucional que abarque los cuatro puntos incluidos en la consulta, no cabe soslayar el mandato constitucional que obliga a seguir el



CONSEJO DE ESTADO

procedimiento previsto en el artículo 168 para toda reforma que afecte, entre otras partes de la Constitución, al Título II, del que el indicado artículo forma parte esencial.

Es, pues, este procedimiento agravado, hasta ahora jamás utilizado, el que conviene analizar para ofrecer soluciones posibles a los muchos problemas interpretativos que el texto constitucional suscita.

2. Regulación constitucional y reglamentaria del procedimiento de reforma constitucional en dos legislaturas

Este procedimiento, que comúnmente se califica de extraordinario o agravado, no figuraba en el anteproyecto de Constitución y fue introducido en ella a consecuencia de una enmienda muy sumariamente debatida. Su regulación se concentra en el artículo 168, según el cual:

“Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes”. Tras las subsiguientes elecciones, dice el apartado 2 del mismo artículo que “las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras”. Por último, dispone el apartado 3: “Aprobada la



CONSEJO DE ESTADO

reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación".

Este texto no establece peculiaridad alguna en cuanto a los órganos legitimados para ejercer la iniciativa, que son, en consecuencia, los previstos en el artículo 166. Al referirse a la forma que la iniciativa haya de adoptar, utiliza, sin embargo, términos que se apartan de la fórmula empleada en el artículo 167. Este se refiere en concreto a *"los proyectos de reforma constitucional"*, una expresión en la que el término "proyecto" debe entenderse en su sentido más amplio, como denominación genérica comúnmente utilizada para designar los textos en los que se concretan las iniciativas normativas, con independencia de que, desde el punto de vista técnico, se trate de proyectos en sentido estricto o de proposiciones. El artículo 168, por el contrario, elude el término "proyecto" y ni siquiera utiliza el de iniciativa; se refiere solo a la intención de acometer una revisión total de la Constitución, o una parcial que afecte a las partes antes indicadas. Es indiscutible que la iniciativa que *"propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar..."* ha de partir del Gobierno, de una u otra Cámara de las Cortes o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y que, en consecuencia, podrá ser calificada de proyecto o de proposición, pero tanto en el artículo 167, en relación con la reforma constitucional, como en el uso común, en relación con las leyes, se habla de proyectos o proposiciones de reforma, no de proyectos o proposiciones que "proponen" una reforma. No es seguro que la diferencia de expresión haya sido deliberada, pero tampoco cabe considerarla irrelevante, dado que,



CONSEJO DE ESTADO

según el mismo apartado 1, lo que las Cámaras han de aprobar por mayoría de dos tercios no es la reforma en sí misma, sino su "*principio*".

Qué haya de entenderse por "*principio*" de la reforma es una de las cuestiones más debatidas por la doctrina en el análisis de este artículo de nuestra Constitución. No la única, pues tampoco del artículo cabe extraer regla alguna acerca de cuál debe ser la mayoría mediante la que las Cámaras de la segunda legislatura, es decir, las que resulten de las elecciones que deben seguir a la disolución de las que aprobaron el "*principio*", pueden ratificarlo, ni ofrece el precepto, apartándose también en este punto de lo dispuesto en el artículo 167, medio alguno para salvar las eventuales diferencias entre el Congreso y el Senado.

En lo que toca a este último punto, para el que los Reglamentos parlamentarios no ofrecen solución alguna, la doctrina se encuentra muy dividida. Hay muchos autores que estiman posible recurrir para este supuesto a una Comisión Mixta, haciendo una aplicación analógica del artículo 167; otros creen preferible que el texto aprobado por la última Cámara sea sometido de nuevo a la decisión de la que, en forma diversa, lo aprobó en primer lugar; y otros, por último, estiman que la divergencia lleva derechamente al rechazo de la reforma, puesto que la Constitución, que en este punto sitúa en el mismo plano a las dos Cámaras, no ofrece vía alguna para resolverla.

Sin negar la realidad del problema desde el punto de vista jurídico-formal, parece dudoso que, desde la perspectiva de la práctica, el silencio de la Constitución acerca de este extremo haya



CONSEJO DE ESTADO

de plantear dificultades graves. Los actores políticos, los partidos, son sensiblemente los mismos en el Congreso que en el Senado y, en consecuencia, existen entre ambas Cámaras canales de comunicación eficaces, aunque informales, que permiten eludir choques no deseados. Mayor relevancia práctica tienen las dos restantes cuestiones, especialmente la que suscita el enigmático concepto de "*principio*". Antes de analizarlas, hay que exponer las soluciones que para ellas proponen los Reglamentos parlamentarios, aunque desde ahora convenga recordar que, si bien es obligado interpretar las leyes y los reglamentos, sean o no parlamentarios, de acuerdo con la Constitución, no es admisible hacer de aquellas o de estos canon para la interpretación constitucional.

La regulación que los Reglamentos de las Cámaras hacen de este procedimiento (artículo 147 del Reglamento del Congreso y artículos 158 y 159 del Reglamento del Senado) presenta un contraste sorprendente en lo que se refiere a la mayoría exigida para la aprobación del acuerdo de reforma que se les somete tras la disolución de las Cortes que lo adoptaron. Incluso los términos utilizados son distintos. El Reglamento del Congreso (artículo 147.4) se limita a decir que "*la decisión tomada por las (Cortes) disueltas será sometida a ratificación*", sin precisar mayoría especial alguna, por lo que es forzoso entender que bastará con la mayoría simple. El Reglamento del Senado (artículo 159) especifica, por el contrario, que "*la nueva Cámara que resulte elegida deberá aprobar por mayoría absoluta la reforma propuesta*". Aunque parece poco probable que esta exigencia de mayoría absoluta para lograr en el Senado un acuerdo que el Congreso puede adoptar por simple mayoría suscite



CONSEJO DE ESTADO

dificultades graves en la práctica, conviene señalar que estudiosos muy cualificados han apuntado la difícil compatibilidad de tal exigencia con lo dispuesto en el artículo 79.2, que solo autoriza a que los Reglamentos de las Cámaras establezcan mayorías cualificadas para la elección de personas.

En lo que toca a la cuestión principal, de la que depende esencialmente la naturaleza de las decisiones que las Cámaras han de adoptar en las dos legislaturas sucesivas, los Reglamentos parlamentarios ofrecen una considerable ambigüedad.

El Reglamento del Congreso dedica a este importante asunto un solo precepto, el artículo 147, cuyos tres primeros apartados, que regulan el procedimiento que ha de seguir el Congreso de la primera legislatura, esto es, aquel ante el que se formaliza la iniciativa, utilizan una terminología que sigue muy de cerca la empleada por la Constitución. Es cierto que el apartado 1 habla de "*proyectos o proposiciones de ley*", una expresión que, por el contrario, no utilizan ni el artículo anterior (146) del mismo Reglamento ni el artículo 167 de la Constitución, pero no cabe atribuir a esa expresión un significado preciso, pues es frecuente denominar "ley" a toda manifestación de voluntad del órgano legislativo dotada de efectos jurídicos. Buena prueba de la irrelevancia de esta referencia a la ley la proporciona el hecho de que la reforma del artículo 13.2, la única producida hasta el presente, se inició con una "proposición de reforma constitucional", no con una proposición "de ley" de reforma. En todo caso, y esto es lo más significativo, el precepto no habla de proyectos o proposiciones de reforma constitucional, sino de proyectos o proposiciones que "*la postulan*": "*Los proyectos o*



CONSEJO DE ESTADO

proposiciones de ley que postularen una revisión total de la Constitución, o una parcial que afecte (...), serán sometidos a un debate en el Pleno que se ajustará a las normas previstas para los de totalidad". Inmediatamente después (147.2), esta iniciativa que postula o propone la revisión de la Constitución es identificada como "principio": "... Si votan a favor del principio de revisión las dos terceras partes...".

Los dos siguientes apartados, que regulan ya el procedimiento que debe seguirse en el Congreso elegido tras la disolución de las Cortes que aprobaron el principio de reforma, emplean, sin embargo, términos algo diferentes. En el apartado 4 se habla simplemente de "decisión" ("*la decisión tomada por las Cortes precedentes será sometida a ratificación*"), pero en el apartado siguiente, lo que antes había sido "proyecto o proposición de ley" que postula la revisión total o parcial de la Constitución o "*principio de revisión*", o simple "decisión", se convierte en "*el nuevo texto constitucional*". Una expresión que parece implicar la existencia de un texto articulado susceptible de ser enmendado y que el Congreso ha de tramitar "*por el procedimiento legislativo común*".

El Reglamento del Senado, a su vez, también utiliza los términos de proyecto o proposición (aunque no "de ley") para referirse a la iniciativa de reforma (artículo 158.1: "... *el proyecto recibido del Congreso, o la proposición presentada en el Senado...*"), a la que da el mismo tratamiento procedimental de debate de totalidad en el Pleno. Como hace el Reglamento del Congreso, también la llama después, sin embargo, "*principio de reforma*" (artículo 158.3: "*La aprobación del principio de reforma constitucional requerirá el voto*



CONSEJO DE ESTADO

favorable...”). Un principio que, también en este caso, se transforma finalmente en un texto articulado frente al que cabe presentar enmiendas, pues eso es lo que prevé el artículo siguiente (159: “La nueva Cámara (...) deberá ratificar por mayoría absoluta de sus miembros la reforma propuesta. Acto seguido, se abrirá el plazo de presentación de enmiendas...”).

El hecho de que los Reglamentos utilicen los términos “proyecto” o “proposición”, y no prevean trámite alguno para que se presente ante las Cámaras de la segunda legislatura un texto articulado, ha llevado a pensar que ese texto debió haber sido aprobado ya por las Cámaras de la legislatura anterior, que así no se limitarían solo a “postular” la reforma, sino también a proponer la nueva redacción de los preceptos que se pretenden reformar. Hay, sin embargo, más de un argumento para cuestionar tal conclusión e incluso para sostener que, aunque sea esta la interpretación que los Reglamentos parlamentarios han hecho de la norma constitucional, tal interpretación no es la única posible, ni obliga a quienes han de aplicarla.

Cabe argüir, en efecto, en primer lugar, que si los Reglamentos parlamentarios hubieran querido disciplinar el modo de ejercer la iniciativa “*en la que se postula una revisión completa de la Constitución, o una revisión parcial que afecte al Título Preliminar...*”, lo habrían hecho, sin duda, de manera explícita, y no de manera indirecta o implícita; no al establecer el procedimiento que se ha de seguir en la segunda legislatura, cuando esa iniciativa ya ha producido todos sus efectos, sino al tratar el modo de proceder en la primera. Este argumento se fortalece aún más con el análisis de la



CONSEJO DE ESTADO

norma que se supone implícita en los Reglamentos de las Cámaras, pues no parece lógico que si el "*principio*" de la reforma ha de ofrecerse ya como texto articulado de esta, no ofrezcan los Reglamentos vía alguna para que las Cámaras que han de aprobarlo introduzcan en ese texto los cambios que consideren oportunos, de manera que no les quede otra alternativa que la de aprobar o rechazar en su integridad el texto elaborado por el autor de la iniciativa.

En segundo término, esa interpretación que una parte de la doctrina hace derivar del ambiguo texto de los Reglamentos parlamentarios atribuye implícitamente a estos un objetivo jurídicamente imposible. Con independencia de que los autores de los Reglamentos de las Cámaras hayan considerado que la forma adecuada de ejercer una iniciativa que postule la revisión de la Constitución es la presentación de un texto articulado, o hayan pensado de otra forma, es evidente que esos Reglamentos no pueden imponer obligación alguna a quienes no forman parte de las Cámaras y que, en consecuencia, quienes están directamente legitimados por la Constitución para adoptar iniciativas que postulen su reforma no tienen más limitaciones procedimentales que las que el texto constitucional establezca.

Por todo ello, cabe afirmar que la interpretación del artículo 168 debe prescindir, en principio, de los preceptos reglamentarios que lo desarrollan, para atender exclusivamente al propio texto constitucional. Si la interpretación literal de este hace posible entender que la iniciativa ha de concretarse en la presentación de un texto articulado, no cabrá excluir esa posibilidad, pero el hecho de



CONSEJO DE ESTADO

que sea esta la posibilidad que los reglamentos parlamentarios contemplan, si efectivamente fuera así, no excluye las restantes interpretaciones literalmente posibles, ni les resta valor, pues, como es sabido, la adecuación a la ley (o al reglamento, parlamentario o no) no puede ser utilizada como argumento en sostén de una determinada interpretación de la Constitución.

A fin de fundamentar una interpretación adecuada del artículo 168, se hará a continuación una breve exposición de las técnicas utilizadas en el Derecho comparado y en nuestra historia constitucional para establecer la relación entre los dos Parlamentos que, sucesivamente, han de aprobar la reforma de la Constitución.

3. El procedimiento de reforma constitucional con intervención de dos legislaturas en el Derecho comparado europeo y en la historia constitucional española

Un procedimiento de este género es el previsto en ocho de los Estados miembros de la Unión Europea. Concretamente en Bélgica (artículo 195), Dinamarca (§ 88), Estonia (artículo 165), Finlandia (artículo 73), Grecia (artículo 110), Luxemburgo (artículo 114), Países Bajos (artículo 137) y Suecia (artículo 15 del Capítulo VIII del Instrumento de Gobierno). Si a estos ocho Estados miembros se añaden los que, sin ser parte de la Unión, lo utilizan también, como es el caso de Noruega (artículo 112), Islandia (artículo 79) y Suiza (artículo 192), son en total once los Estados europeos que exigen para la reforma de su Constitución la aprobación por dos legislaturas sucesivas. En la mayor parte de ellos este procedimiento es el único



CONSEJO DE ESTADO

existente, pero en tres países (Estonia, Finlandia y Suiza) es posible recurrir a otro por razones de urgencia (Estonia y Finlandia), o porque la reforma afecte a partes de la Constitución que requieran procedimientos distintos, unos más simples y otros más complejos (Estonia). En Suiza, la aprobación por dos legislaturas sucesivas solo es necesaria para la revisión total, y ha sido utilizada en dos ocasiones (1874 y 1999).

En relación con la cuestión que ahora se examina, esto es, la de la naturaleza de la intervención que cada una de las sucesivas legislaturas ha de realizar, el examen de estas Constituciones ofrece dos soluciones distintas. En Bélgica, Grecia y Luxemburgo, la primera legislatura declara la necesidad de la reforma, precisando los artículos sobre los que esta ha de incidir, pero sin determinar cuál haya de ser el sentido de los cambios que se deban introducir. Puede hacerlo, y con frecuencia lo hace, pero su opinión no es vinculante para la legislatura que ha de decidir, que es la siguiente. La doctrina belga entiende que la función de la primera legislatura es simplemente la de habilitar como constituyente a la que ha de venir después. En todos los demás países mencionados, por el contrario, es la primera legislatura la que establece el contenido de la reforma, limitándose el poder de la segunda al de aceptarlo o rechazarlo en conjunto, pero sin introducir en él modificación alguna, aunque en los Países Bajos la Cámara baja de la segunda legislatura puede decidir fragmentar el texto aprobado y someter cada una de las partes resultantes a votaciones separadas.

Salvo inadvertencia involuntaria, cabe afirmar, por tanto, que entre los Estados europeos que requieren para la reforma



CONSEJO DE ESTADO

constitucional la intervención de dos legislaturas sucesivas, no hay ninguno que aplique este procedimiento en la forma prevista por los Reglamentos de nuestras Cámaras. La elaboración del texto de la reforma queda siempre en manos de una de las legislaturas, limitándose la función de la otra, bien sea a la de habilitar como constituyente a la legislatura siguiente, bien sea a la de decidir con un voto de ratificación sobre el texto aprobado por la legislatura que la ha precedido.

Esta es también la pauta seguida por las Constituciones españolas del pasado que han encomendado su reforma al acuerdo alcanzado por dos o más legislaturas sucesivas, con la única y confusa excepción de la Constitución de 1812. Una excepción de la que no cabe extraer consecuencia alguna, pues el complejísimo sistema delineado en los artículos 376 a 383, que se extiende a lo largo de tres legislaturas, responde a una concepción de la representación política muy distinta de la que es propia del constitucionalismo maduro.

Tanto la Constitución de 1869 (artículo 110) como la de 1931 (artículo 125) precisan con claridad que la función de la primera legislatura se reduce a adoptar el acuerdo de reformar la Constitución, indicando el artículo o artículos que hayan de alterarse, y que es la segunda legislatura, ya con el carácter de constituyente, la que ha de deliberar sobre la reforma. Aunque el párrafo inicial del último de estos preceptos pudiera dar lugar a alguna duda, al decir que *“la propuesta que señalará concretamente el artículo o artículos que hayan de suprimirse, reformarse o adicionarse, seguirá el trámite de una ley...”*, el resto del precepto la despeja por entero: *“Acordada*



CONSEJO DE ESTADO

en estos términos la necesidad de la reforma, quedará automáticamente disuelto el Congreso y será convocada nueva elección para dentro del término de sesenta días. La Cámara así elegida, en funciones de Asamblea constituyente, decidirá sobre la reforma propuesta y actuará luego como Cortes ordinarias”.

A esta estricta división de funciones entre la Cámara que acuerda la reforma de la Constitución y la que, tras las nuevas elecciones, adquiere carácter de Cámara constituyente para llevarla a cabo, se acomodaron los políticos de la época.

En la única ocasión en la que se utilizó este procedimiento de reforma, su promotor, el Presidente de la República, don Niceto Alcalá-Zamora y Torres, presentó al Gobierno un documento político que justificaba la reforma propuesta. Y medio año más tarde, concretamente el 5 de julio de 1935, el Gobierno Lerroux presentó en las Cortes un proyecto de reforma constitucional que, tras unos antecedentes justificativos, insertaba un artículo único en el que, a su vez, se indicaban los artículos objeto de reforma. Del citado proyecto cabe extraer el siguiente párrafo, que expone con rotundidad la interpretación que se hace del precepto: *“El artículo 125 de la Constitución, al hacer compartir la facultad revisora entre unas Cortes ordinarias y otras constituyentes, reserva a las primeras la facultad de señalar concretamente el artículo o artículos que hayan de suprimirse, reformarse o adicionarse, y a la segunda, fieles depositarias de la íntegra potestad soberana, la misión de determinar el sentido y alcance de las modificaciones propuestas. La índole de este procedimiento obliga a las Cortes actuales a no prejuzgar el sentido de la reforma, que no les compete, sin que ello quiera decir*



CONSEJO DE ESTADO

que no es función suya específica acotar el campo de la revisión mediante una determinación concreta de los extremos a que debe alcanzar. Para ello (...), la exposición objetiva de los motivos de la reforma no debe llegar al análisis circunstanciado de los preceptos, que forzosamente podría determinar un principio de orientación que sólo a las futuras Constituyentes corresponde".

4. Interpretaciones posibles del artículo 168

Pese a la ambigüedad de su texto, la interpretación literal del artículo 168 excluye la posibilidad de atribuir a las Cámaras que integran la segunda legislatura una función de mera ratificación. Se les otorga el poder de ratificar o no la decisión adoptada por las que las precedieron en cuanto al "*principio*" de la reforma, pero si la ratifican, queda en sus manos la elaboración del texto que, una vez aprobado por ellas, ha de ser sometido a referéndum. La única alternativa que el texto permite es, en consecuencia, la de entender que las Cortes de la segunda legislatura ostentan en exclusiva este poder porque el "*principio*" aprobado por las anteriores afirma la necesidad de la reforma y delimita su ámbito, pero no incluye texto alguno, o, por el contrario, han de limitarse a enmendar un texto ya establecido por quienes aprobaron el "*principio*".

Como ha quedado dicho, una buena parte de la doctrina se ha inclinado por el segundo término de la alternativa, que es quizá el que ha inspirado también la redacción de los Reglamentos parlamentarios, aunque la ambigüedad del texto no permite asegurarlo con certeza.



CONSEJO DE ESTADO

Esta interpretación no contradice la literalidad del precepto constitucional y es, por tanto, posible. La aplicación de los demás métodos habituales de interpretación lleva, sin embargo, a pensar que la interpretación más adecuada y, en todo caso, también posible, es la que asigna a la primera legislatura la tarea de establecer las razones de la reforma, delimitar su ámbito y precisar su alcance, habilitando en consecuencia a la legislatura siguiente para actuar como legislatura constituyente dentro de esos límites concretos. El escaso debate del que fue objeto este precepto en el proceso constituyente ofrece poco apoyo para la interpretación histórica. La única referencia que en él se hace a la cuestión evidencia, sin embargo, que, en la intención de los constituyentes, el procedimiento de reforma previsto en el actual artículo 168 coincidía con el que se había empleado en nuestro constitucionalismo histórico, que en síntesis se ha expuesto antes. Al defender la enmienda de la que procede la redacción del artículo 168, que después no fue ya objeto de modificación alguna, el Sr. Alzaga Villamil dijo literalmente lo siguiente: *“Prevedemos una mayoría reforzada de dos tercios, tanto por parte de las antiguas Cortes, que se autodisuelven al efecto, como por las elegidas especialmente para llevar a cabo la reforma”* (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. N.º 93, de 20 de junio de 1978).

La alusión a *“las Cortes especialmente elegidas para llevar a cabo la reforma”* solo tiene sentido, en efecto, si, como se entendió en nuestro constitucionalismo histórico y se sigue entendiendo en algunas de las Constituciones europeas que contemplan el sistema de la reforma a través de dos legislaturas sucesivas, la función de la



CONSEJO DE ESTADO

primera se reduce a la de decidir la necesidad de la reforma y precisar su ámbito, encomendando a las Cámaras de la legislatura siguiente la tarea de llevarla a cabo.

Teniendo en cuenta que, en nuestra peculiar versión de este procedimiento de reforma, es el texto aprobado por la segunda legislatura el que ha de ser sometido a referéndum, la conclusión a la que conduce la interpretación histórica se ve corroborada por la que se alcanza a través de la interpretación sistemática. Si el texto de la reforma constitucional hubiese quedado ya establecido por las Cámaras que aprobaron la iniciativa, las Cortes de la legislatura "*que ha de llevar a cabo la reforma*" se encontrarían obligadas a decidir sobre un texto que ha sido ya en cierto modo ratificado o rechazado por el propio pueblo. Para que estas Cortes actúen con plena libertad en su función "constituyente", dentro del ámbito predeterminado por la iniciativa, es necesario que puedan elaborar desde el comienzo mismo el texto de la reforma sobre el que el pueblo ha de pronunciarse ya directamente a través del referéndum. Una vía a través de la cual, como es obvio, los electores no han de atender a consideraciones que no sean las dimanantes del juicio que el texto mismo les merece.

De seguirse la interpretación que este Consejo de Estado considera más adecuada, una vez ratificada la decisión de acometer la reforma constitucional y antes de iniciar el procedimiento ordinario, que incluirá la fase de presentación de enmiendas en cada una de las Cámaras, aquella en la que el procedimiento comience habrá de proceder a establecer "*el nuevo texto constitucional*". Una tarea que no debe confundirse con la de la iniciativa de la reforma y que ha de



CONSEJO DE ESTADO

llevarse a cabo, en consecuencia, dentro de los límites marcados por esta. Solo una vez hecho esto, cabe seguir el trámite del procedimiento legislativo común u ordinario.

Al término de ese procedimiento tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado, el texto *"deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras"*. El procedimiento agravado del artículo 168 concluye, en fin, una vez *"aprobada la reforma por las Cortes Generales"*, con el sometimiento de ella *"a referéndum para su ratificación"* (apartado 3). Respecto de este referéndum, nada especial ha de agregarse, salvo indicar que la aprobación de la reforma requerirá del voto favorable de la mayoría de los votos válidos emitidos en él. Ello dado, se procede a la promulgación del texto por el Rey (*ex* artículos 62.a) y 91).

**VOTO SEPARADO COADYUVANTE CON LA MAYORÍA QUE
FORMULA EL CONSEJERO DON MANUEL DIEZ DE VELASCO Y
VALLEJO**

1.- Siguiendo a lo ya expuesto en la sesión del Pleno, deseo reiterar, en primer lugar, mi voto favorable al Informe del Consejo de Estado referido a la consulta del Gobierno sobre una eventual reforma constitucional. En ese sentido, estoy plenamente de acuerdo con el espíritu que inspira el Informe, así como con el análisis general que



CONSEJO DE ESTADO

en el mismo se realiza respecto de las cuatro preguntas formuladas en su día por el Gobierno, por lo que mi voto ha de entenderse como integrado en la mayoría.

Sin embargo, el apartado dedicado a la recepción en la Constitución del proceso de construcción europea recoge dos cuestiones respecto de las que deseo formular algunas consideraciones y reservas, sin que ello afecte a mi voto favorable al Informe globalmente considerado, incluido el apartado III al que se refiere este voto.

2.- La primera de las cuestiones se refiere a la ubicación en el texto constitucional de la cláusula o cláusulas que permiten la recepción en la Constitución del proceso de construcción europea.

El Informe aprobado por el Pleno opta por no modificar el Título Preliminar de la Constitución e incluir un nuevo Título VII u VIII bis dedicado en su integridad a la Unión Europea. Las razones dadas para ello se concretan en la conveniencia de recoger en un único lugar de la Constitución los preceptos referidos a nuestra participación en el seno de la Unión Europea. Sin embargo, es de destacar que se excluye de dicho artículo lo relativo a la participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de elaboración y ejecución del Derecho comunitario, que se reconduce a la nueva regulación del Senado.

Como ya puse de manifiesto en las observaciones escritas remitidas en su momento, la fórmula en cuestión es una opción válida pero que, a mi juicio, quizás no sea la más adecuada para



CONSEJO DE ESTADO

poner de manifiesto la dimensión política que subyace a la declaración constitucional de que España participa en la Unión Europea, entendida –en términos del propio informe– como “una nueva forma de entender la estructura del Estado”. Desde esta perspectiva, sigo considerando que sería preferible hacer una referencia al proceso de construcción europea en el propio Título Preliminar, donde se contienen todos los principios y valores sobre los que se construye el Estado. Unos valores que, dicho sea de paso, se definen correctamente en el Informe como los límites de nuestra participación en la Unión Europea. Es cierto que ello encierra un importante componente político que, no obstante, no creo sea irrelevante y que deberá ser valorado por el Gobierno.

En todo caso, y ya desde una perspectiva predominantemente técnica, considero que si finalmente se optase por incluir en un nuevo Título los temas vinculados a la participación de España en el proceso de construcción europea, este nuevo Título debería ser omnicomprendivo, de tal forma que –por razones básicamente de transparencia y sistemática– recogiese de forma conjunta todos los elementos relevantes, a saber: la declaración de la participación de España en el proceso de construcción Europea, el sistema especial de celebración de los tratados constitutivos y sus reformas, las reglas que definan la recepción del Derecho comunitario y el sistema de apertura del Derecho español al ordenamiento jurídico comunitario, así como los sistemas de participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de creación, aplicación y ejecución del Derecho comunitario.



CONSEJO DE ESTADO

Desde esta perspectiva, debo manifestar mi reserva respecto de las concretas sugerencias de reforma contenidas en el Informe y a las que antes se ha hecho referencia. Considero que la redacción sugerida para el artículo X Bis del nuevo Título VII u VIII Bis sobre la Unión Europea es insuficiente, en especial por cuanto no toma en consideración la problemática propia de las Comunidades Autónomas en el proceso de construcción europea. Para obviar esa laguna, me parecería razonable y más idóneo que, en caso de aprobarse un texto como el sugerido, se añadieran al mismo dos nuevos párrafos referidos a los siguientes aspectos: i) el principio de que las Comunidades Autónomas participarán en el proceso de adopción de normas comunitarias en el marco de sus propias competencias y dentro de los márgenes permitidos por el sistema normativo comunitario; y ii) el principio de que las Comunidades Autónomas aplicarán y ejecutarán el Derecho comunitario en el marco de sus competencias, respetando en todo caso el principio de responsabilidad única del Estado en caso de incumplimiento del Derecho comunitario. Como no parece lógico que una norma constitucional regule de forma detallada dichos elementos, bastaría con proclamar en dicha sede los principios mencionados y remitir a una ley ulterior (probablemente una ley orgánica) la regulación concreta de dichas cuestiones.

En todo caso, no me parece suficiente ni adecuado, por asistemático, relegar el tratamiento de la participación de las Comunidades Autónomas a los nuevos preceptos que se puedan incluir como consecuencia de una eventual reforma del Senado, tal y como se mantiene en el Informe.



CONSEJO DE ESTADO

3.- La segunda de las cuestiones sobre la que deseo formular una reserva se refiere a las sugerencias contenidas en el epígrafe 6.2 del apartado III del Informe, respecto de la posibilidad de regular por ley orgánica "la atribución de efectos *erga omnes* a la declaración realizada en un procedimiento *ad hoc* de que una ley es contraria al Derecho comunitario, así como los recursos contra leyes o reglamentos contrarios al Derecho comunitario, intercalando, siempre que ello se estime exigible conforme a los principios aplicables, el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". Siguiendo este razonamiento, el Informe contempla la posibilidad de proceder a la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y/o la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a fin de establecer bien sean recursos directos bien cuestiones de ilegalidad que serían sustanciadas ante el Tribunal Supremo o ante el Tribunal Constitucional, en los casos en que se estime que existe una norma nacional que es contraria al Derecho comunitario.

Es claro que esta sugerencia está basada en la existencia de problemas reales que se han planteado en el proceso de aplicación del Derecho comunitario por el juez nacional. Sin embargo, a mi juicio, el punto de partida de esta sugerencia no tiene suficientemente en cuenta que la obligación del juez nacional de inaplicar una norma estatal contraria al Derecho comunitario ha de ejecutarse siempre en el marco de un litigio concreto, y con la finalidad de garantizar el pleno respeto del principio de primacía, sin



CONSEJO DE ESTADO

que pueda confundirse inaplicación con inexistencia (o eliminación) de la norma interna del ordenamiento jurídico estatal como consecuencia de una decisión judicial (vid. sentencia Simmenthal y sentencia IN.GO.GE'90).

Frente a ello, el establecimiento de un recurso directo o de otra vía de acción ante los tribunales españoles que tuviese como resultado la declaración *in abstracto* de la invalidez de una norma nacional por ser contraria al Derecho comunitario, generaría el grave riesgo de configurar al juez nacional como intérprete general del Derecho comunitario al margen de un concreto litigio que se le somete en el marco del tráfico jurídico estatal. Ello podría generar el peligroso efecto de "nacionalizar" la interpretación del Derecho comunitario en claro detrimento de las competencias propias del Tribunal de Justicia y del propio sistema de la cuestión prejudicial, entendido como un mecanismo de cooperación entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción comunitaria para asegurar una correcta y uniforme interpretación del Derecho comunitario en sede nacional. Este peligro me parece tanto mayor cuanto que el Informe sugiere la posibilidad de residenciar el ejercicio de esta función interpretativa bien sea en el Tribunal Supremo bien en el Tribunal Constitucional.

Además, estas reflexiones y sugerencias contenidas en el Informe en torno a la figura del juez nacional como juez europeo son, a mi juicio, innecesarias, puesto que en el mismo se señala expresamente que no necesitan ser tomadas en consideración para una eventual reforma constitucional. No obstante, una vez incluidas en el mismo, considero necesario formular una reserva expresa sobre



CONSEJO DE ESTADO

tales propuestas, para el caso de que –en su momento- puedan ser tenidas en cuenta de cara a una eventual reforma legislativa.

***VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO DON LUIS
DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEON EN RELACIÓN CON EL
"INFORME SOBRE MODIFICACIONES DE LA CONSTITUCIÓN
ESPAÑOLA".***

- I -

Comoquiera que la votación a que se sometió el proyecto de informe era una votación de conjunto sobre la totalidad, mi voto ha sido favorable. No obstante ello, he mantenido algunas discrepancias de las que deseo dejar constancia.

En su día expresé la idea de la inconveniencia de introducir reformas en el texto constitucional. Creo que los textos constitucionales, como muchas otras cosas, ganan con el tiempo y con su vigencia y que ello es especialmente predicable de la Constitución, con la que el Estado español alcanzó felizmente la democracia y el sistema de libertades en el que vivimos.

Introducir modificaciones en la Constitución es contribuir de algún modo a barrenarla. Y ello es especialmente aplicable a las reformas que, por una parte, no resultan necesarias y que, por otra, son producto de iniciativas que no resultan, en términos generales, fáciles de definir.



CONSEJO DE ESTADO

- II -

Por lo que se refiere a la sucesión a la corona, mi opinión fue concorde en el sentido de suprimir la preferencia de varón y de salvaguardar los llamados derechos del Príncipe de Asturias. No obstante, sostuve la idea, que continúo manteniendo ahora, de conservar el art. 57 de la CE en sus propios términos, por el valor histórico que tiene, en la medida en que es el precepto en que la Constitución creó la actual Monarquía.

- III -

Me manifesté en su momento, y continúo haciéndolo, contrario a la propuesta de llevar a cabo una enumeración, en la Constitución, de las comunidades autónomas. Siempre me ha parecido que solo debe constitucionalizarse aquello que resulte absolutamente necesario. En otro caso, se produce una cristalización del rango y un bloqueo de las normas, porque cualquier modificación futura tendrá que ser una modificación de la Constitución. No discuto que ello pueda resultar conveniente en algunos casos, pero puede resultar inconveniente en otros muchos.

Para el supuesto de que la propuesta salga adelante, las modificaciones que se lleven a cabo en el Título Octavo son muy abundantes. En términos generales estoy a favor de mantener las competencias del Estado, por supuesto, y en reducir el alcance de la posibilidad de transferencias del art. 150.



CONSEJO DE ESTADO

- IV -

Finalmente, mi opinión no es favorable a la reforma del Senado, tal y como resulta del Informe. Me parece, en línea de principio, que los senadores deben ser siempre elegidos en una elección popular, por voto personal y directo.

Mi opinión no es favorable a que la elección de los senadores se haga en las llamadas elecciones autonómicas, pues se trata de una de las dos cámaras legislativas del Estado español, y debe hacerse en las elecciones generales. Es notoria la desarmonía que en otro caso se puede producir.

Tampoco soy partidario de atribuir por esta vía especiales poderes a las comunidades autónomas, singularmente en un momento en que estas tratan de blindar sus competencias y de abrir las vías para penetrar en los organismos del Estado. Por consiguiente, no soy partidario de que los senadores sean designados por el parlamento autonómico y de que el Senado tenga especiales competencias en asuntos que afecten a la llamada distribución territorial del poder.



CONSEJO DE ESTADO

***VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO DE ESTADO
DON JOSÉ MARÍA AZNAR EN RELACIÓN CON EL INFORME
SOBRE MODIFICACIONES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA,
APROBADO EN EL PLENO DE 16 DE FEBRERO DE 2006***

1. Planteamiento general

Suscribo el presente Voto particular no sólo con el obligado respeto a la opinión de la mayoría del Consejo, sino haciendo constar también mi expreso reconocimiento de la calidad técnica, y no sólo jurídica, de un Informe cuya orientación general y contenidos concretos comparto en altísima medida. Trataré de argumentar atendiendo a consideraciones generales derivadas tanto de mi posición como Consejero, como del contexto en que el Informe ha sido producido. En todo caso, y como ya adelanté ante el Pleno, mis reservas se limitarán a aquellos aspectos del Informe que afectan, aunque sea con una rigurosa perspectiva técnica, a un debate sustancialmente político, como es el relativo a la reforma del modelo de Estado establecido por el constituyente en 1978.

De esta forma, creo pertinente subrayar ahora, una vez más, una circunstancia que, siendo bien conocida, estimo relevante a estos efectos. Porque mi condición de Consejero nato con carácter vitalicio se basa, justamente, en mi previa condición de Presidente del Gobierno de España. Y, como señalara la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2004, esa nueva figura trata de aprovechar, precisamente, "el caudal de experiencia política y el conocimiento directo de la realidad del Estado atesorados por quienes han asumido,



CONSEJO DE ESTADO

desde el compromiso democrático, la más alta dirección de la acción del Estado”, siempre “en beneficio de la Administración y de los ciudadanos”. Ése, y no otro, es el marco en el que debe interpretarse este Voto particular que, en el más estricto y leal respeto a esos objetivos, pretende hacer públicos los argumentos que, a partir de ese “caudal de experiencia”, me han llevado a formularlo. Voto particular que considero compatible con el reconocimiento de la calidad y solidez de un Informe que –como tuve ocasión de subrayar ante el Pleno– será ineludible referencia en cualquier futuro proceso de reforma constitucional, y con toda certeza supondrá un elemento central en el debate político, jurídico y social suscitado por esta cuestión.

Este Voto particular que formulo está referido a las secciones del Informe que tratan de la incorporación a la Constitución de la denominación de las Comunidades Autónomas y de la reforma del Senado.

En ambas materias, como señalaré a continuación, mi exposición tiene mucho de concurrente con la que se hace en el Informe. Comparto su aproximación a la respuesta que requería la consulta del Gobierno y la identificación certera de las múltiples y muy relevantes cuestiones que plantea las modificaciones sobre las que se pide el parecer del Consejo.

En el mismo sentido, he expresado mi acuerdo con la opinión del Consejo en relación con la supresión de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de la Corona y la incorporación al texto



CONSEJO DE ESTADO

constitucional del proceso de integración europea, sin perjuicio de lo que manifesté respecto a la decisión en sí de proceder, en las actuales circunstancias, a la reforma constitucional.

2. La incorporación de la denominación de las Comunidades Autónomas

El Gobierno, cuando se ha referido a esta reforma, ha dado por supuesta su simplicidad y su falta de implicación problemática alguna, presentándola como una modificación cuya conveniencia o necesidad era evidente por sí misma.

El análisis riguroso hecho por el Consejo, no permite considerar esta eventual modificación en términos tan aparentemente inocuos. Afectar al Título VIII o, en su caso, al propio Título Preliminar, como plantea una de la fórmulas indicativas contenidas en el Informe, no puede ser considerada una operación leve.

Por otra parte, tanto la propia lógica de esta reforma –que habría de proyectarse sobre otros artículos del Título VIII– como “la superación de la apertura” del modelo de descentralización territorial, conducen, inevitablemente, a situar esta modificación constitucional en un terreno mucho más amplio y complejo del que parece haber contemplado el Gobierno. Y digo “inevitablemente” no sólo por la conexión jurídica entre la incorporación de la denominación de las Comunidades Autónomas y la modificación o derogación de determinados preceptos constitucionales, sino porque sólo afrontando la necesidad del cierre del modelo de descentralización, la reforma



CONSEJO DE ESTADO

alcanzaría la finalidad de estabilización del Estado autonómico, que es el objetivo que el Gobierno alega para emprender aquélla.

El Informe trata inicialmente de resolver el “qué” y el “dónde” de la reforma. Es decir, qué denominación se constitucionaliza y dónde, desde el punto de vista sistemático, se lleva a cabo esta operación.

En la primera de estas cuestiones el Informe ofrece una solución pragmática para evitar las consecuencias de la congelación en el rango constitucional de las denominaciones oficiales de las Comunidades, una materia atribuida a la determinación de los Estatutos para que éstos incorporen la denominación que mejor corresponda a la identidad histórica de aquéllas. (artículo 147. 2 a).

Habría tal vez que preguntarse si esta solución no priva de eficacia, al menos parcialmente, a la reforma en cuanto al objetivo que el Gobierno ha declarado buscar, ya que se trata de constitucionalizar la denominación ordinaria, y por tanto, extraestatutaria, de las Comunidades Autónomas.

Si bien el sentido pragmático de la solución recomendada por el Informe para la mención de las Comunidades Autónomas puede ser compartido, debo expresar, sin embargo, mi desacuerdo con la idea de modificar el artículo 2 de la Constitución para incorporar la mención a las Comunidades Autónomas.

Entiendo además que ninguno de los argumentos aducidos en el Informe tiene la fuerza suficiente para agravar esta reforma con una modificación del Título Preliminar.



CONSEJO DE ESTADO

Me parece innecesario destacar la laboriosa gestación del artículo 2 del texto constitucional y el difícil equilibrio que significó. Dicho artículo representa, en buena medida, los términos del pacto constitucional de la transición. Por tanto, en mi opinión, las eventuales ventajas teóricas que se pudieran apreciar en su reforma no justifican actuar sin necesidad en un área extraordinariamente sensible de la Constitución.

Por otra parte, no considero que la ausencia de una referencia a las Comunidades Autónomas como resultante del ejercicio del derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones, constituya una deficiencia a reparar.

El artículo 2 se estructura sobre el binomio Nación española-nacionalidades y regiones. No alude a organizaciones político-administrativas sino al sujeto de éstas de acuerdo con el principio de soberanía, atributo esencial de la Nación, y el de autonomía, que corresponde a las nacionalidades y regiones. Esta correspondencia lógica está adecuadamente recogida en el artículo 2.

Razones de equilibrio me llevan también a disentir del tratamiento que el Informe hace del ámbito de la provincia. El arraigo de la provincia en nuestro país es, en términos generales, muy amplio. La puesta en cuestión de esta entidad es, por comparación, poco significativa y salta a la vista que su pervivencia no compite ni compromete a las Comunidades Autónomas. En la medida en que la desaparición de la provincia, en los términos que contempla el Informe, no es tampoco una consecuencia necesaria, creo errónea tal conclusión.



CONSEJO DE ESTADO

Como acertadamente recuerda el Informe, el objetivo del Gobierno al plantear esta reforma es el de "superar la apertura inicial del modelo de descentralización política establecido por el constituyente". Ello es congruente con uno de los extremos relativos a esta cuestión, sobre el que el Gobierno pide, "en todo caso", que el Consejo informe, a saber: "qué consecuencias jurídicas produce la constitucionalización de la existencia de las Comunidades Autónomas en la Constitución y qué preceptos del texto constitucional convendría modificar para reflejarlas".

Creo conveniente resaltar que el Consejo, al hacer las consideraciones sobre la superación de la apertura inicial del modelo autonómico, no realiza un análisis simplemente ilustrativo sobre materias secundarias que trae a colación por propia iniciativa. Bien al contrario, también aquí el Informe se mueve dentro del objeto de la consulta definido por el Gobierno. Es éste quien requiere el parecer del Consejo. Por tanto, no es este órgano el que por iniciativa propia eleva al Gobierno sus conclusiones. Queda claro, pues, que dichas conclusiones forman parte integral del Informe y constituyen una respuesta congruente a la consulta del Gobierno.

Dicho lo anterior, comparto en gran medida la identificación que hace el Consejo de los problemas que presionan sobre el modelo de organización autonómica establecido en la Constitución, así como la reconsideración a la que debe ser sometido el principio dispositivo para abordar la ya referida superación de la apertura del modelo de descentralización. Comparto, en este sentido, lo que afirma el Consejo: "si se tienen por superadas las circunstancias que llevaron a instaurarlo, las ventajas de este sistema abierto no son del todo



CONSEJO DE ESTADO

evidentes”, entre otras razones porque, como bien se señala en el Informe, “la eficacia del principio dispositivo para crear un sistema de distribución territorial del poder más diferenciado que el que cabría instaurar mediante la decisión directa del poder constituyente ha sido más bien escasa”. La aproximación a esta cuestión merece recordar una apreciación realista del Informe cuando advierte que “los riesgos de crisis que la apertura del sistema genera se hacen, además, más graves, por razones obvias, cuanto más se acerca el ámbito competencial de las Comunidades al máximo admitido por la Constitución”.

Parece evidente que ese escenario de crisis ya se está produciendo, al darse un proceso de revisión estatutaria que lejos de limitar el juego del principio dispositivo lo reafirma, lo extiende fuera de su ámbito –mediante el recurso, a mi juicio abiertamente inconstitucional, de las previsiones del artículo 150.2 y de operaciones no menos inconstitucionales como el denominado “blindaje” competencial– y lo reserva sin limitación para el futuro.

Por ello, una consideración de cómo habría de superarse la apertura del modelo autonómico está condenada a convertirse pronto en papel mojado, si las reformas estatutarias se anteponen a la modificación constitucional. No advertirlo así, a mi juicio, repercute negativamente en el valor final del Informe. Si lo hiciera –y, en mi opinión, así debiera hacerlo– el Consejo en absoluto desbordaría su ámbito de actuación ni excedería los términos de la consulta del Gobierno. De hecho, resultaría plenamente lógico y jurídicamente justificado advertir que quedaría desvirtuado mucho de lo que el Informe señala en esta materia si, antes, adquieren carta de



CONSEJO DE ESTADO

naturaleza los elementos disfuncionales del modelo que se pretenden reconducir.

Hecha esta observación, quisiera por un lado, dejar constancia de mi parecer concurrente con la necesidad de elevar la mayoría cualificada con la que deben aprobarse eventuales reformas estatutarias, por encima de la mayoría absoluta que requieren las leyes orgánicas.

En este mismo sentido, comparto la conveniencia de reintroducir el recurso previo de inconstitucionalidad para proyectos de Estatutos de Autonomía. Este recurso recobra el sentido que tuvo durante su vigencia, en la medida en que se están produciendo iniciativas no de reforma estatutaria sino de nuevos Estatutos que implican la derogación de los vigentes.

Coincido, en buena medida, con las consideraciones del Informe sobre el artículo 150.2. A mi juicio, se debería contemplar como opción posible su derogación. Dicho mecanismo ha dado de sí lo que razonablemente podía justificar su introducción en la Constitución. En mi opinión, carece de sentido mantener cláusulas que tienen por efecto desconstitucionalizar parcialmente el modelo de Estado o estimular la dinámica de reivindicación desde las Comunidades Autónomas sobre las competencias estatales. Derogar la previsión del artículo 150.2 significa, por tanto, que futuros aumentos del acervo competencial de las Comunidades Autónomas requerirían una reforma constitucional.



CONSEJO DE ESTADO

3. Reforma del Senado

En este concreto apartado, debo reiterar mi convicción de que la innegable calidad del Informe no puede superar el inicial e invencible obstáculo presente ya en una consulta en la que, a mi entender, el Gobierno de la Nación renunció a su función constitucional de ejercer la facultad de dirección política (art. 97 CE), encomendando al Consejo una tarea en que el rigor técnico en modo alguno puede suplir la existencia de diversas opiniones políticas, todas ellas en principio merecedoras de alta estima.

De hecho, en este punto es claro el contraste con las partes II y III del Informe, que responden a cuestiones en las que el Gobierno ha planteado unas opciones de fondo, solicitando al Consejo "que se pronuncie acerca del modo" de articularlas jurídicamente en el texto constitucional. Frente a ello, esta parte V constituye, en buena medida, una nueva aportación al debate sobre esta materia, por más que sea singularmente valiosa. Es un trabajo serio, que queda a disposición del Gobierno. Nada menos. Pero, y me resulta particularmente duro decirlo, tampoco nada más. Porque el debate sobre la reforma del Senado es un debate esencialmente político, donde los elementos técnicos sólo tienen reservado un papel instrumental. Y, en tanto no se clarifiquen los objetivos políticos de la reforma, las opciones técnicas son simples hipótesis, imposibles de contrastar, y por supuesto susceptibles de críticas basadas en otras opciones igualmente hipotéticas.



CONSEJO DE ESTADO

Y ello es particularmente importante, como resalta el texto desde su inicio. Así, el apartado 1.2 (dedicado a "la idea de representación territorial") comienza diciendo que esta expresión "carece de precedentes" en nuestra historia constitucional y "es poco frecuente en el Derecho comparado", así como que "la consulta elevada por el Gobierno la emplea sin precisarla", aludiéndola reiteradamente por más que "la utilidad de estas alusiones para determinar la noción con que se ha de operar [sea] más bien escasa". Ello obliga al Consejo a dedicar su esfuerzo a elaborar un concepto central para una reforma, como ésta, de naturaleza puramente política, acudiendo a "las elaboraciones teóricas de la doctrina". Lo que plantea, a su vez, un nuevo problema, dado que –como dice el Informe al inicio de su epígrafe 3.2.1, relativo a la distribución de escaños; pero podría aplicarse a otros muchos aspectos– "las opciones sugeridas por la doctrina son múltiples".

Evidentemente, cuanto mayor es el margen de indefinición técnica, y por tanto de "elaboración doctrinal", más posibilidades hay de que las opciones planteadas sean diversas, y por tanto discutibles. En ese sentido, es lógico que el Informe resulte especialmente valioso al afirmar la naturaleza del Senado como Cámara parlamentaria de representación política, "órgano del Estado" "y no una Cámara de compensación". O al apuntar posibilidades de modificar las "funciones que debe ejercer el Senado". Porque, en estos ámbitos, el Informe parte de diversos elementos concretos aportados por la Constitución, y de algunos criterios políticos de fondo presentes en la consulta, tanto con carácter general ("no se trata de rectificar o invertir el núcleo de las decisiones adoptadas en su día por el constituyente")



CONSEJO DE ESTADO

como específico (respecto de las funciones, se habla “en particular, [d]el ámbito material y el grado de participación en el ejercicio de la potestad legislativa, las tareas que le correspondería desempeñar...”).

Otra cosa es lo que ocurre respecto a la composición de la Cámara, correctamente considerada como “verdadero nudo gordiano de la reforma y, quizá, condicionante de su éxito o de su frustración” (3.2). Porque aquí la consulta no impone límites (“la composición más adecuada para ejercer esas funciones... así como su articulación técnica”). En consecuencia, el Informe se enfrenta a “un papel en blanco”, donde todo es en principio posible salvando, por supuesto, la coherencia que rezuma el texto.

La consecuencia lógica de todo ello es que el Informe contiene sugerencias muy distintas –y muy desiguales–, proponiendo alternativas que afectan prácticamente a todos los extremos de la composición, las funciones, o la posición del Senado en nuestro sistema constitucional. Todas ellas merecen mi mayor respeto y, como he dicho, con algunas coincido plenamente. A pesar de lo cual, creo que subsisten aspectos –tal vez pocos; pero en todo caso relevantes– que debieran haberse reconsiderado.

En particular, considero especialmente importante resaltar la –a mi juicio, insuficientemente justificada– opción por un sistema de elección de los Senadores coincidiendo con las elecciones para las Asambleas legislativas autonómicas (3.3.7, 3.4 y 3.5). Si, como afirma el epígrafe 1.3 del Informe, el Senado es “un órgano del Estado a través del cual... el pueblo español considerado desde la



CONSEJO DE ESTADO

perspectiva de la diversidad” participa en diversas funciones públicas, parece lógico que su composición venga determinada por ese mismo “pueblo español”, que como tal sólo actúa colectivamente en las elecciones generales. Eso mismo resulta coherente con la – igualmente inobjetable– afirmación de que “el buen funcionamiento del modelo requiere inexcusablemente... la actuación leal de las partes respecto del proyecto global, al que aportarán la perspectiva territorial en cuanto a su definición, pero sin que ello pueda significar el predominio de los intereses territoriales”.

La cuestión, obviamente, dista mucho de ser meramente teórica. Porque, en efecto, cualquier observador de la realidad pública española puede constatar que las elecciones autonómicas marcan el momento de “predominio de los intereses territoriales”, que se harán presentes en las Asambleas allí elegidas. Mientras que las generales subrayan las opciones para “el proyecto global”, que habrán de instrumentar las Cortes Generales, de las que forma parte el Senado. La diferencia entre ambos momentos se refleja no sólo en los temas de debate, en los proyectos planteados a los ciudadanos, sino incluso en la configuración misma del cuerpo electoral. En efecto, los datos son contundentes al apuntar la existencia de diferencias –a veces, muy importantes– de participación e implicación ciudadana en uno y otro tipo de comicios. Y, así las cosas, no parece prudente modificar los elementos de cohesión nacional implícitos en el actual sistema de elección.

De hecho, esa modificación supondría privar al Presidente del Gobierno de una potestad tan importante como la de “proponer la disolución... del Senado o de las Cortes Generales” in toto, del



CONSEJO DE ESTADO

artículo 115 CE. Un arma generalmente considerada como esencial para el equilibrio de poderes propio del sistema parlamentario, que el Presidente puede ejercer bajo su exclusiva responsabilidad y que refuerza notablemente su capacidad de dirigir la acción de gobierno. Pero, además, en un sistema que atribuye cada vez a más Presidentes autonómicos el poder de disolución de sus respectivos Parlamentos, ello puede suponer un elemento de inestabilidad, dejando en manos de una sola Comunidad la posibilidad, por ejemplo, de alterar el equilibrio de poderes existente en una Cámara representativa de todo el pueblo español.

No parece preciso insistir más en este punto, posiblemente el más relevante desde la perspectiva del funcionamiento global del sistema. Ni en las dificultades de alterar el equilibrio actual existente entre la representación de las diferentes Comunidades Autónomas españolas. Aunque aún no sea fácil predecir exactamente el concreto alcance de las diversas alternativas presentadas, lo cierto es que todas ellas provocarían ganancias y pérdidas significativas de presencia institucional para algunas de ellas, abriendo así un debate político ciertamente complicado. En particular, creo que la representación del hecho insular merecía haber sido reconsiderada.

4. Reflexión final

La voluntad de seguir aportando elementos de discusión acerca de todos estos aspectos ha contribuido, pues, a mi decisión de presentar este Voto particular.



CONSEJO DE ESTADO

Que, en todo caso, debe dejar constancia de que mi discrepancia fundamental no afecta a este Documento, con muchos de cuyos aspectos reitero mi coincidencia general, sino a la iniciativa a la que responde. Porque sigo pensando que, hoy como ayer, tal vez incluso hoy más que ayer, el contexto político no favorece el sosiego, ni estimula el acuerdo, necesario para una operación tan importante como es la de reformar la Constitución de todos.

Madrid, 16 de febrero de 2006
EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL GOBIERNO



ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

1. La solicitud del Gobierno	2
2. Contenido de la consulta	2
2.1. Objeto de la consulta	2
2.2. Ideas directrices de la reforma proyectada	3
3. Naturaleza, contenido y estructura del Informe	11
3.1. Naturaleza del Informe	12
3.2. Contenido del Informe	13
3.3. Estructura del Informe	16

II. SUPRESIÓN DE LA PREFERENCIA DEL VARÓN EN LA SUCESIÓN AL TRONO

1. La consulta del Gobierno	18
2. La preferencia del varón en la sucesión al trono. Referencias al Derecho histórico y al Derecho comparado	21
2.1. Derecho histórico	21
2.2. Derecho comparado	26
2.2.1. Reformas efectuadas para suprimir la preferencia del varón	26
2.2.2. Aplicación de las reformas a las personas nacidas con anterioridad a su entrada en vigor y a sus respectivas líneas	28



CONSEJO DE ESTADO

3. La supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono enunciada en el artículo 57.1 de la Constitución	30
3.1. Fundamento	30
3.2. La salvaguarda de los derechos del Príncipe de Asturias y de su línea	32
3.3. Texto que se propone.....	33
4. Ajustes gramaticales.....	35
4.1. Derecho histórico.....	36
4.2. Derecho comparado	37
4.3. Texto que se propone.....	38
5. Procedimiento.....	39

III. LA RECEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DEL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN EUROPEA

1. Introducción	40
1.1. La consulta del Gobierno.....	40
1.2. Método y plan de la exposición	47
2. Problemática jurídico-constitucional de la integración europea en general y en el Derecho comparado.....	49
2.1. Análisis general	49
2.2. Las respuestas del Derecho comparado.....	56
3. La instrumentación jurídica de la integración de España en Europa	65
3.1. El texto constitucional	65
3.2. La aplicación de las normas constitucionales.....	67
3.2.1. Límites constitucionales de la integración.....	67



CONSEJO DE ESTADO

3.2.2. La aplicación del Derecho europeo por los tribunales españoles. Control de constitucionalidad y observancia del Derecho europeo.....	71
3.2.3. Integración europea y división del poder.....	76
4. Respuestas a las preguntas formuladas.....	84
4.1. Consideraciones generales.....	84
4.2. El modo de plasmar la manifiesta voluntad del pueblo español de participar, junto con las democracias europeas, en el proceso de construcción de la Unión Europea.....	85
4.3. La formulación de una cláusula expresa de integración del Derecho europeo en el sistema de fuentes.....	91
4.4. La eventual conveniencia de diseñar un procedimiento específico para la ratificación de los tratados de la Unión Europea, pronunciándose en tal caso sobre los requisitos, cauce procedimental y posibles límites de esta.....	95
5. La incorporación de la reforma al texto constitucional.....	100
6. Otras cuestiones conexas.....	107
6.1. Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales.....	108
6.2. Las funciones del juez ordinario como juez "europeo".....	113
6.3. La relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.....	116



CONSEJO DE ESTADO

6.3.1. La participación de las Comunidades Autónomas en las decisiones europeas.....	117
6.3.2. La ejecución del Derecho europeo por las Comunidades Autónomas. La responsabilidad del Estado y la responsabilidad de las Comunidades Autónomas.....	120

IV. INCLUSIÓN DE LA DENOMINACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. Introducción: objeto y articulación del Informe.....	128
1.1. La consulta del Gobierno.....	128
1.2. Delimitación de la cuestión sometida a informe	135
1.3. Articulación de la respuesta.....	145
2. Artículo o artículos de la Constitución idóneos para la mención pormenorizada de las Comunidades y Ciudades Autónomas actualmente existentes	146
2.1. Ubicaciones posibles en el texto constitucional.....	146
2.2 Criterios de Derecho comparado e historia constitucional española.....	147
2.3. Criterios sistemáticos	150
2.4. La elección de los artículos.....	152
3. Criterio o criterios adecuados para ordenar la enumeración de las Comunidades y Ciudades Autónomas.....	153
3.1. Ordenación	153
3.2. Denominación	155



CONSEJO DE ESTADO

4. Artículos de la Constitución que podrían ser modificados para incluir los nombres de las Comunidades o como consecuencia de tal inclusión.....	160
4.1. Consideraciones generales y de método.....	160
4.2. Precisiones terminológicas	161
4.3. Soluciones alternativas para la redacción de los artículos que enumeran las Comunidades Autónomas	163
4.3.1. Modificación reducida de los artículos 143 y 137 (solución A).....	164
4.3.2. Modificación completa de los artículos 137 y 143 (solución B).....	166
4.3.3. Consagración del principio básico de la organización territorial en el Título Preliminar, con modificación de los artículos 2, 137 y 143 (solución C)	174
4.4. Análisis de las consecuencias que la inclusión del nombre de las Comunidades y Ciudades Autónomas tiene sobre otros preceptos constitucionales.....	177
4.4.1. Incidencia directa de la reforma en el Título VIII	177
4.4.1.1. La rúbrica y sistemática del Título VIII	177
4.4.1.2. Artículos directamente afectados.....	179
4.4.2. Disposiciones Transitorias directamente afectadas por la reforma	183



CONSEJO DE ESTADO

5. Análisis de otras cuestiones estrechamente relacionadas con la reforma que podrían ser atendidas para completarla y perfeccionarla.....	185
5.1. Consideraciones generales	185
5.2. Plan de exposición	187
5.3. Principios generales de la relación de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado	188
5.3.1. Solidaridad.....	188
5.3.2. Igualdad	193
5.3.3. Cooperación y colaboración	198
5.4. Comunidades Autónomas y provincias	201
5.5. La apertura del sistema	205
5.5.1. El procedimiento de reforma estatutaria	206
5.5.2. Los límites de la apertura	218

V. REFORMA DEL SENADO

1. Introducción	222
1.1. La consulta del Gobierno.....	222
1.2. La idea de “representación territorial”.....	231
1.3. El Senado como Cámara de representación territorial. Cuestiones abiertas y principales opciones.....	240
2. Funciones que debe ejercer el Senado como Cámara de representación territorial.....	244
2.1. En el ámbito de la potestad legislativa	245



CONSEJO DE ESTADO

2.1.1. La intervención del Senado en el procedimiento legislativo ordinario.....	247
2.1.2. La intervención del Senado en consideración a su especialización legislativa	248
2.1.3. Otros posibles objetos de especialización	258
2.2. El Senado como espacio de concertación y cooperación de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado	261
2.3. Atribuciones relacionadas con otros órganos constitucionales.....	270
3. Composición del Senado	274
3.1. Base territorial de la representación	274
3.2. Distribución de Senadores.....	276
3.2.1. Criterios para la distribución de escaños	278
3.2.2. Combinación de los distintos criterios.....	286
3.2.3. Posibles supuestos	292
3.3. Elección de los Senadores	295
3.3.1. Elección por las Asambleas legislativas autonómicas.....	296
3.3.2. Elección directa por la población.....	298
3.3.3. Sistema mixto	300
3.3.4. Otras posibilidades de designación por instancias estatales o locales	301
3.3.5. Senadores natos	302
3.3.6. Elegibilidad y compatibilidad	303
3.3.7. Sugerencias	306
3.4. Mandato de los Senadores	307



CONSEJO DE ESTADO

3.5. Propuestas.....	309
4. Posición institucional del Senado en el seno de las Cortes Generales en el ejercicio de sus funciones como Cámara de representación territorial.....	312
4.1. Régimen de disolución del Senado	312
4.2. Cámara parlamentaria.....	317
4.3. Cámara de representación territorial	318
4.4. Bicameralismo no paritario.....	319
4.5. Reflexiones finales	320
5. Consecuencias sistemáticas de las modificaciones propuestas	325
5.1. Tratados internacionales y Unión Europea	326
5.2. Estatutos de Autonomía.....	328
5.3. Legitimación de los Senadores para interponer el recurso de inconstitucionalidad	329
5.4. Los “hechos diferenciales”.....	329
5.5. Otras consecuencias.....	332

VI. EL PROCEDIMIENTO PARA LA REFORMA

1. Consideraciones preliminares.....	334
2. Regulación constitucional y reglamentaria del procedimiento de reforma constitucional en dos legislaturas	336
3. El procedimiento de reforma constitucional con intervención de dos legislaturas en el Derecho comparado europeo y en la historia constitucional española	344



CONSEJO DE ESTADO

4. Interpretaciones posibles del artículo 168	348
VOTO SEPARADO COADYUVANTE CON LA MAYORÍA QUE FORMULA EL CONSEJERO DON MANUEL DIEZ DE VELASCO Y VALLEJO	351
VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO DON LUIS DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN EN RELACIÓN CON EL "INFORME SOBRE MODIFICACIONES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA".	357
VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO DE ESTADO DON JOSÉ MARÍA AZNAR EN RELACIÓN CON EL INFORME SOBRE MODIFICACIONES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, APROBADO EN EL PLENO DE 16 DE FEBRERO DE 2006	360