

CAPÍTULO SEXTO

LA CIUDADANÍA EUROPEA Y LAS TRANSFORMACIONES EN EL ÁMBITO DE LA LIBERTAD CIVIL

Venimos afirmando, y de manera insistente —aunque en modo alguno redundante—, en estas páginas la idea —clara, e indiscutiblemente, tributaria de los planteamientos doctrinales, y prácticos, realizados sobre el propio proceso de integración europea por quienes, con toda probabilidad, y en tanto en cuanto supieron comprender que el nuevo ente jurídico y político supraestatal europeo tendría que seguir siendo explicado desde las categorías del pactismo inherentes, como ningún profesional universitario de las ciencias jurídicas puede desconocer, a la forma política y jurídica general que la doctrina clásica de la teoría del Estado y de la Constitución identificaba con el rótulo de “unión de Estados de derecho internacional”, mejor han entendido desde las ciencias constitucionales toda la rica problemática que plantea el proceso de integración europea— de que la sustitución del funcionalismo por el federalismo en cuanto que criterio inspirador, vertebrador, fundamentador y articulador de la nueva realidad jurídica y política de una Europa política, jurídica, social y económicamente unida, determinaba la conveniencia de que la Unión Europea, sin abandonar —volvamos a insistir en la tesis del ampliamente reconocido como uno de los más grandes constitucionalistas actuales en Europa: Antonio La Pergola— su naturaleza de ser —y lo mismo da, a estos efectos, el que, como hacen mayoritariamente los profesores universitarios de derecho internacional público, y no pocos de los que se dedican profesionalmente al estudio de la teoría del derecho constitucional, se afirme que la Unión Europea ha de ser configurada como una simple organización internacional, aunque, eso sí, con grandes particularidades y especialidades en relación con el que es el, por utilizar la, sin duda, bien conocida terminología empleada por Julius Hatschek,³²⁴ “tipo ideal” de esta forma de organización de una estructura estatal, o supraestatal, compleja, elaborado por los cultivadores de la teoría general del Estado, y de la que, en todo caso, ni internacionalistas, ni constitucionalistas, podemos prescindir, o que, por el contrario, se la afirme como una de las manifestaciones estructurales posibles

de la otra variante de lo que, por ejemplo, Louis Le Fur⁸²⁵ denominaba *système d'États* (en oposición, clara, nítida, radical y definitiva, al *État composé* que se corresponde con lo que nosotros venimos llamando Estado políticamente descentralizado), y que, en definitiva, se concretaría en su consideración como una auténtica *Staatenbund*, ya sea en su forma arcaica, ya en su forma moderna; ello por la muy simple razón de que, como también venimos afirmando, de manera reiterada, en este escrito, la organización internacional y la Confederación de Estados, diferenciadas tan sólo por razones de carácter cuantitativo, tienen la misma naturaleza jurídica, y ésta no es otra que la de ser unos entes políticos y jurídicos supraestatales— una innegable e incontrovertida unión de Estados de derecho internacional, adoptase, sin embargo, soluciones normativas que respondiesen a la lógica propia e inherente de la democracia constitucional. Lo que, según nuestro modesto parecer, no ha de ser muy difícil de entender, comprender y compartir. En el fondo, lo que sucede es que esto último resulta conveniente en la medida en que, como ya ha quedado apuntado, se trata de una exigencia misma de la posibilidad de la propia operatividad de la técnica del federalismo. Recuérdense, a este respecto, que, como nos recuerdan, de una u otra suerte, autores tan relevantes en el ámbito de las ciencias del Estado y de las ciencias del derecho del Estado, como son, por ejemplo, Kelsen,⁸²⁶ Mouskheli,⁸²⁷ Durand,⁸²⁸ Wheare,⁸²⁹ Friedrich,⁸³⁰ Pound,⁸³¹ Loewenstein,⁸³² La Pergola,⁸³³ Hesse,⁸³⁴ De Vega⁸³⁵ y De Vergottini,⁸³⁶ el federalismo, que sólo puede ser entendido como un proceso dinámico en el que se procede a la distribución, territorial y funcional, del poder político entre dos unidades de decisión y acción política y jurídica,⁸³⁷ únicamente puede operar, y tanto si esta técnica se aplica a una unión de Estados de derecho constitucional o a una unión de Estados de derecho internacional, cuando la existencia y subsistencia política de las dos instancias de decisión y acción jurídica y política se encuentran garantizadas en una norma jurídica a la que se le reconoce la condición de ser la *Lex Superior* de la comunidad política de que se trate.

Ahora bien, si esto es así, y no existen motivos para que todos los profesionales universitarios de las ciencias jurídicas, y de una manera muy particular y especial aquellos que se dedican al estudio del derecho internacional público y del derecho constitucional, puedan discrepar de lo anterior, nos encontramos con que existe, y así lo hace, como sabemos, constar el doctor La Pergola, un motivo más que impone el que la actual Unión Europea, en tanto en cuanto que una estructura político-jurídica supraestatal integrada tanto por Estados soberanos como por ciudadanos, debiera articular y fundamentar su funcionamiento con base en la lógica, jurídica y política, de

la democracia constitucional. Incluso, este segundo motivo tendría una mayor importancia, todavía, que la anterior. Nos referimos, ni que decir tiene, y para todos ha de ser evidente, a la entrada en escena de la “ciudadanía comunitaria” o “ciudadanía europea”, siquiera sea como una posición derivada de la circunstancia de que un individuo tenga, con carácter previo e ineludible, de ser ciudadano de alguno de los Estados comunitarios.

Piénsese, a este respecto, que si la adopción del federalismo, en lugar del primigenio funcionalismo, como criterio inspirador, fundamentador, vertebrador y articulador de la Unión Europea hacía, como acabamos de ver, que resultase conveniente, y altamente conveniente, beneficioso y provechoso, el que la normativa fundamental del ente supraestatal europeo, manteniéndose, insistamos en ello, como un ordenamiento jurídico supraestatal, adoptase soluciones derivadas de la lógica de la democracia constitucional, nos encontramos con que la aparición del concepto de “ciudadanía europea” hace que no nos hallemos ya ante una mera conveniencia, sino que se convierte en una necesidad ineludible e inexorable. Esto, según nuestro parecer, no ha de ser muy difícil de comprender, aceptar y compartir. No lo será, en efecto, para todos aquellos que, cualquiera que sea su dedicación profesional, acepten que, como se desprende, y así lo hemos hecho constar ya, del más sólido, firme y consolidado pensamiento político democrático —entendiendo aquí por este término no sólo el que se corresponde con lo que, por lo menos a partir de la célebre conferencia de Benjamín Constant, se identifica con la ideología democrática en sentido estricto, sino, por el contrario, y atendiendo a lo que nos enseñó, en 1926, Hermann Heller,⁸³⁸ como un término genérico, en el que, por tener los mismos fundamentos teóricos e ideológicos, quedarían englobados tanto el liberalismo político como el democratismo, democratismo radical y el socialismo democrático—, el hecho de que una determinada estructura político-jurídica de carácter territorial tenga como sujetos a los distintos hombres y mujeres que conforman el cuerpo político obliga a que la comunidad política se vea obligada a atender, garantizando y haciéndolos efectivos y reales, el problema de determinar el ámbito de la libertad de la que van a gozar aquéllos por disfrutar de la ciudadanía de esa determinada comunidad política. Lo que, como ha de ser para todos inconcuso, y de un modo muy particular para todos los que se dedican al estudio de las ciencias jurídicas, incluso aunque presten su atención a aquellas ramas del ordenamiento que no se encuentran integradas en el *Staatsrecht*, remite a la problemática de los derechos fundamentales.

Ninguna dificultad ha de existir, desde la óptica anterior, para entender, aceptar y compartir nuestra aseveración sobre la circunstancia de que, como consecuencia de la aparición de la ciudadanía europea, resulta ya obligado el que la nueva unión de Estados de derecho internacional europea —para nosotros, y lo decimos sin ningún ánimo de generar estériles polémicas, y mucho menos de ofender a nadie, un patente ejemplo de lo que el maestro La Pergola ha conceptualizado como “Confederación de Estados en su forma moderna”— incorpore no sólo soluciones normativas, sino la propia lógica y esencia de la democracia constitucional, no obstante las dificultades que plantea el hecho de tener que proyectar esta última a una entidad jurídica y política regulada por normas de carácter convencional. Bastará, en efecto, para ello con tomar en consideración la importancia, trascendencia, sentido y significado que tienen las declaraciones de derechos fundamentales —en contraposición a las declaraciones de derechos humanos relativas a la esfera de derechos y libertades que corresponden a los hombres por el mero hecho de ser hombres, y no en su condición de ser ciudadanos de un determinado Estado frente a cuyas autoridades podrían hacer valer aquéllos y donde, de cualquiera de las maneras, la eficacia y pleno disfrute de los derechos por parte de los individuos adquieren auténtica realidad—⁸³⁹ para la propia existencia del derecho constitucional.⁸⁴⁰

No es menester, según nuestro parecer, dedicar mucho espacio a la tarea de justificar la centralidad que tienen las declaraciones de derechos para la formación del concepto moderno, técnico y actual de Constitución. En efecto, no es necesario, y en orden a demostrar esta trascendencia y, al mismo tiempo, hacerla comprensible para todos, incluso para todos aquellos que no se dedican profesionalmente al estudio de las ciencias jurídicas, el entretenernos aquí a exponer el proceso histórico de conceptualización y fundamentación que, partiendo, aunque, como ya hemos indicado, Constant no pudiera o, con toda probabilidad, no quisiera entenderlo, de los esquemas del iusnaturalismo contractualista, determinaron el que los primeros revolucionarios liberal-burgueses americanos y franceses, y desde la clara y patente concepción del constitucionalismo como un gran sistema de garantía de la libertad de los individuos, y de los grupos en los que éste se integra, frente a la actividad de los titulares del poder político ordinario en el Estado,⁸⁴¹ procedieran, aceptando plenamente los esquemas intelectuales que, como sabemos, había formulado el reverendo John Wise sobre la mecánica del proceso constituyente, a declarar, en primer lugar, la esfera de libertad de la que iban a poder gozar los hombres y mujeres una vez que, convertidos en ciudadanos de esa determinada comunidad política, el Esta-

do hubiese sido creado y comenzase a operar, procediendo en un segundo momento a la consagración del principio de división de poderes para tratar de hacer real y efectiva esa esfera de libertad individual que se había reconocido a los ciudadanos del Estado.⁸⁴²

Del mismo modo que, creemos honradamente, tampoco es necesario el detenernos a consignar, o, más bien, recordar, que si bien es verdad que a uno y otro lado del Atlántico se procedió a aprobar, y a proclamar de manera enfática, las tablas de derechos fundamentales, contenido, junto con el principio de la división de poderes, esencial, como nadie puede ignorar, del principio liberal como principio inspirador del constitucionalismo moderno, es lo cierto, sin embargo, y como, con una gran sagacidad, supo comprender el francés Paul Bastid,⁸⁴³ que fue bien distinta la fortuna que corrió la problemática de la eficacia de los derechos fundamentales en la tradición jurídico-constitucional estadounidense y lo que fue, de una manera muy principal, la dinámica jurídica y política del Estado constitucional liberal en Europa. Aunque, sin duda, en modo alguno resultará ocioso el indicar, aquí y ahora, que fue, de una manera muy concreta, en relación con la eficacia jurídica de los derechos fundamentales y libertades públicas donde se produjo una de las mayores divergencias entre la tradición jurídico-constitucional estadounidense y la dinámica jurídico-política desarrollada en la Europa de finales del siglo XVIII, todo el XIX y los primeros años del XX. Diferencia ésta que fue brillantemente puesta de manifiesto por el iuspublicista francés Edouard Laboulaye cuando, enfrentado al estudio del ordenamiento constitucional estadounidense y comparándolo con la situación jurídica y política europea, escribió que en Europa, y a diferencia de lo que ocurría en los Estados Unidos de América,

...[la] constitución declaraba que la libertad individual será respetada, que nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales y que los acusados serán juzgados por el jurado. Tiene lugar un motín, o una asonada y se hará una ley para enviar á [sic] a los ciudadanos ante los consejos de guerra. Apelarán á [sic] a los tribunales mostrándoles la constitución, y estos [sic] responderán que no conocen mas [sic] que la ley.⁸⁴⁴

Lo que, de cualquiera de las maneras, no es muy difícil de entender. En efecto, lo que sucede es que al no haber procedido, en uno de los más evidentes supuestos de lo que La Pergola denomina *residui contrattualistici*, y desde la idea de que, como nos dice, por ejemplo, Amar,⁸⁴⁵ no era necesario abordar esta labor no obstante el hecho de que se estaba procediendo a la creación de un nuevo cuerpo político, los *Founding Fathers* a la constitu-

cionalización de los derechos fundamentales de los que iban a ser titulares los hombres en su condición de ciudadanos federales —siguiendo, como veremos con posterioridad, la lógica que sobre esta problemática rige en el ámbito de las uniones de Estados de derecho internacional, de las que la preexistente Confederación estadounidense no era más que una mera manifestación estructural concreta—, y haber sido el legislador de reforma constitucional el que procedió a su definitiva consagración y una vez que el texto constitucional había sido ya aprobado y había entrado en vigor, lo que sucede es que en los Estados Unidos de América no tuvo vigencia alguna la que, por ejemplo, Carré de Malberg⁸⁴⁶ ha denominado la concepción iusnaturalista de la libertad civil individual, en virtud de la cual, y como ningún jurista, sea cual sea el objeto específico de su especialización científica, puede desconocer, se entendían los derechos fundamentales como algo anterior, superior, y, en todo caso, y en cierta manera, ajeno al Estado y, desde luego, a su poder, de suerte tal que —e innecesario debiera resultar afirmar que esta fue una de las mayores contradicciones en las que incurrió el Estado constitucional liberal europeo, en donde, como, con meridiana claridad, gran contundencia, innegable rigor y total acierto, señala el maestro De Vega,⁸⁴⁷ los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos estaban destinados a disolverse en el ámbito de la retórica y de las buenas intenciones, y no a gozar de una auténtica eficacia jurídica obligatoria y vinculante para todos— su eficacia jurídica dependía del doble dato de que, por un lado, hubiese sido reconocida de forma solemne en las declaraciones de derechos, y, de otro, que hubieran sido desarrollados por la legislación ordinaria, emanada, ni que decir tiene, de poderes constituidos que eran, justamente, contra quienes, en vía de principio, se había procedido a la proclamación enfática, y solemne, de esa esfera de libertad individual frente al poder político. Lejos de esto, lo que sucede en los Estados Unidos de América es que, por haberse incorporado la libertad civil al contenido de la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant*, se entendió, y desde el primer momento, que los preceptos constitucionales declarativos de derechos y libertades de los ciudadanos eran auténticas normas jurídicas que, por ser la expresión normativa de la voluntad del sujeto titular del ejercicio de la soberanía del pueblo, resultaban jurídicamente obligatorias y vinculantes, y, por ello mismo, es por lo que, y como, y muy en contra de lo que había afirmado Otto Bachof⁸⁴⁸ en relación con el régimen constitucional creado por el Constituyente de Weimar, ya llamó la atención sobre este particular el propio Kelsen,⁸⁴⁹ se entendió, y se afirmó, y también desde el primer momento, que tales preceptos constitucionales, y sin necesidad de poner en

marcha lo que Mauro Cappelletti⁸⁵⁰ había definido con el término de la “jurisdicción constitucional de la libertad” —articulada, básicamente, y como ningún profesional universitario de las ciencias jurídicas puede desconocer, a través del control de constitucionalidad de las leyes y de institutos como el juicio de amparo mexicano, la *Verfassungsbeschwerde* alemana, o el recurso de amparo establecido en las Constituciones españolas de 1931 y 1978—, podían ser alegados directamente ante los tribunales de justicia por parte de los ciudadanos, y que los jueces, atendiendo a la célebre sentencia —que, como está generalmente reconocido por parte de los constitucionalistas (z. gr., M. Cappelletti,⁸⁵¹ B. F. Wright,⁸⁵² P. de Vega⁸⁵³), constituyó la primera teorización y conceptualización de la justicia constitucional— de Alexander Hamilton,⁸⁵⁴ conforme al cual el juez ha de preferir siempre la Constitución, en cuanto que expresión normativa del soberano, a cualquier norma jurídica ordinaria, expresión de la voluntad de los poderes constituidos, tendrían que tomarlos en consideración a la hora de emitir su fallo.

Frente a esta situación, lo que el derecho constitucional liberal europeo ofreció fue todo lo contrario. En efecto, al operar en Europa esa concepción iusnaturalista de los derechos fundamentales, lo que sucedió es que lo que caracterizó al constitucionalismo europeo de finales del siglo XVIII, todo el XIX y los primeros años del XX, es la circunstancia de que, como escribió, por ejemplo, Herbert Krüger, “los derechos únicamente valían en el marco de las leyes”.⁸⁵⁵ E importa señalar —y soy plenamente consciente de que, al hacerlo, puede faltar quien interprete mi afirmación como un manifiesto ejemplo de sectarismo, derivado de mi muy firme adscripción al democratismo radical— que esta situación, y a pesar de los ya conocidos planteamientos doctrinales —que, por lo demás, no hacen más que poner de manifiesto las grandísimas contradicciones que se derivaban de la actuación desde la falaz distinción (H. Triepel) entre la “realidad jurídico unión normativa” y la “realidad política e histórica”, y que resultan innegables si se toma en consideración que, de un modo muy diferente a lo que defendían, como estudiosos de las ciencias del Estado y de las ciencias del derecho del Estado el Estado, en su condición de miembros de la Constituyente de Weimar,⁸⁵⁶ tanto el Preuss militante del *Deutsche Demokratische Partei* (quien, no obstante el hecho de, siendo un firme partidario de la configuración de la República de Weimar como un Estado unitario, haber obviado en el primer proyecto de Constitución la consagración de los derechos fundamentales en el documento de gobierno,⁸⁵⁷ había defendido la comprensión de la declaración de derechos fundamentales como un programa de acción común inmediata, cuyas disposiciones habrían de contar con una eficacia jurídica

inmediata) como Richard Thoma (que sentaría el principio de que cuando media una disposición en materia de derechos fundamentales deberá presumirse que se está en presencia de un derecho directamente aplicable), y que, a la postre, fueron los elementos que permitieron empezar a la judicatura, y pese al hecho de que hasta 1925, como consecuencia de la sentencia del *Reichsstaatsgericht* del 4 de noviembre, no se les reconoció normativamente una tal misión, a aplicar directamente los preceptos declarativos de derechos fundamentales en los procesos ordinarios, así como sirvieron también para que se comenzase a plantear doctrinalmente la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*,⁸⁵⁸ gracias a la cual el respeto a los derechos fundamentales se impone no sólo al poder público, sino también, y con igual importancia, a los poderes privados— de los más firmes partidarios del positivismo jurídico formalista, y ahí están, a título de ejemplo, las afirmaciones sobre la eficacia de los derechos fundamentales en la República de Weimar hechas por Anschütz⁸⁵⁹ y Thoma,⁸⁶⁰ y que dieron lugar, como nadie debiera desconocer, a que Smend⁸⁶¹ denunciase que, a pesar de la significación que tenía el hecho de que se había verificado la revolución de 1918-1919 con la que se producía la ruptura total con los esquemas jurídicos y políticos que habían operado en el Imperio guillermino, y de un modo muy particular en lo que se refiere a la problemática de la libertad civil, en donde, como advierte, por ejemplo, Heller, el Constituyente weimariano había tomado conciencia de que el

...núcleo de las ideas liberales ha implantado..., un gran número de instituciones político-jurídicas y sociales, que sin duda alguna están tan arraigadas en el complejo de nuestra cultura, que sólo con ella podrán desaparecer. Aún una comunidad socialista habrá de edificarse sobre esas bases, y reconocer los Derechos humanos del individuo. La Constitución de Weimar ha apreciado la gran importancia actual de los Derechos fundamentales,⁸⁶²

parecía que los derechos fundamentales, reducidos en su proclamación constitucional a meras normas programáticas, seguían siendo en cuanto a su eficacia real parte del derecho técnico ordinario, y que se instalase, y además muy firmemente, en el imaginario colectivo tanto de los constitucionalistas alemanes⁸⁶³ como no alemanes,⁸⁶⁴ la idea de que el gran fallo de la Constitución alemana de 1919 era haber dejado los preceptos declarativos de derechos fundamentales sin su necesaria fuerza obligatoria y vinculante desde el punto de vista jurídico, comenzaría a corregirse con la entrada en escena del Estado constitucional democrático y social, para consolidarse, y

ya de manera definitiva, en el constitucionalismo de la segunda posguerra mundial.

Sea de ello lo que sea, la centralidad de los derechos fundamentales para la definición misma de la Constitución en su sentido moderno, técnico y actual es algo que, nos atrevemos a decir, nadie puede discutir. Basta, en este sentido, con tomar en consideración los siguientes datos: en primer lugar, y ya en el plano puramente normativo, nos encontramos con que fueron los primeros revolucionarios liberal-burgueses franceses quienes, con la redacción dada al celeberrimo artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, elevaron la propia garantía de los derechos fundamentales a la condición de ser un elemento basilar y nuclear del propio régimen constitucional, el cual, por ello mismo, tenía que ser explicitado de manera formal y solemne, ya fuera en el propio código constitucional, ya en un documento escrito formal y solemne aprobado con anterioridad incluso a la propia Constitución. Pero si esto es así, y efectivamente lo es, no puede olvidarse que, partiendo de la anterior consideración, han sido muchos los constitucionalistas, y tanto entre la doctrina clásica (G. Arnoult,⁸⁶⁵ G. Jellinek,⁸⁶⁶ A. Esmein-H Nézard,⁸⁶⁷ R. Carré de Malberg,⁸⁶⁸ H. Haug,⁸⁶⁹ F. Fleiner-Z. Giacometti,⁸⁷⁰ P. de Vega,⁸⁷¹ etcétera) como en la contemporánea,⁸⁷² quienes han afirmado que las tablas de derechos fundamentales y libertades públicas constituyen un inequívoco, indiscutido e indiscutible supuesto de lo que, como sabemos, Jorge Vanossi⁸⁷³ denomina “límites estructurales”, lo que, traducido en otros términos, significa que la problemática de la regulación constitucional del ámbito de libertad individual de los ciudadanos va a afectar, inexorablemente, a toda la actividad constituyente. Lo hace, y, de cualquiera de las maneras, de forma difícilmente cuestionable, en relación con el ejercicio de ésta en cuanto que facultad jurídica reglada y, necesariamente, limitada, formal y materialmente, por la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant*, en el sentido de que si es verdad que el legislador de reforma constitucional se encuentra legitimado para proceder a la modificación formal del código constitucional en esta materia para o bien llevar a cabo una revisión constitucional tendente a perfeccionar desde el punto de vista técnico-jurídico alguno de los preceptos constitucionales declarativos de derechos fundamentales y libertades públicas, o bien para operar una ampliación, de ordinario impuesta por la propia dinámica histórica, del catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas primigeniamente consagrado por el legislador constituyente, es lo cierto, sin embargo, que el legislador de revisión constitucional lo que nunca, y bajo ningún concepto, y en tanto en cuanto que una tal hipótesis

difícilmente podría ser reputada como una operación jurídica válida, lícita y legítima, que es, en definitiva, en lo que, y diferenciándose nítidamente del patológico fenómeno de lo que la doctrina constitucionalista francesa definió con el término de *fraude à la Constitution*, se traduce la *Verfassungsänderung*, podría hacer es llevar a cabo una reducción del catálogo de derechos inicialmente consagrado en el texto constitucional, y, mucho menos, el proceder a la definitiva eliminación de dicho catálogo. Y esto es así respecto del poder de reforma constitucional, que sólo, y siempre y cuando no quiera caerse en un total y absoluto absurdo,⁸⁷⁴ puede entenderse, y lo mismo da a estos efectos que se le comprenda como un sujeto distinto y claramente diferenciado del *Pouvoir Constituant* o —como hacen, por ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos, Crosa,⁸⁷⁵ González Encinar⁸⁷⁶ o mi muy querida y añorada condiscípula Rogelia Calzada Conde—⁸⁷⁷ se le configure como el mismo Poder Constituyente que aprobó la Constitución, pero actuando en un momento procesal distinto y obligado a respetar los límites que el mismo se impuso en cuanto que sujeto fáctico, político-existencial, soberano, absoluto e ilimitado en el contenido de su voluntad, como un sujeto político que no obstante ser extraordinario, se encuentra jurídicamente limitado. Y si esto es así respecto del poder de revisión constitucional, en cuanto que poder constituido que es, ocurre que, en cuanto que se trata de un límite estructural, él mismo también operará respecto del legislador constituyente originario, el cual, por lo menos si realmente es tal y, en consecuencia, tiene la pretensión de crear la normativa fundamental de un Estado constitucional que necesariamente, y por encima de cualquier consideración de carácter técnico-jurídica, ha de responder a las ideas de “democracia”, “libertad” e “igualdad” (P. de Vega), no podrá dejar de identificar el ámbito de derechos y libertades que van a corresponder a los individuos en su condición de ciudadanos de ese Estado.

No podemos, como es lógico, realizar aquí un estudio exhaustivo y pormenorizado de toda la rica problemática que plantea aquella “Declaración Europea de Derechos Fundamentales”, que, aprobada, con el nombre oficial de “Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en 2001, negándole una fuerza jurídica obligatoria y vinculante directa, se incorporó, finalmente, al llamado “Tratado de Lisboa”, atribuyéndole, en cuanto que parte integrante de la normativa fundamental de la Unión Europea, esa eficacia jurídica obligatoria y vinculante. Y, por lo demás, tampoco reviste un especial interés, por lo menos a los efectos que aquí, y ahora, nos importan, el entrar a discutir si los dirigentes institucionales del europeísmo oficial estuvieron, o no, acertados en los contenidos que

incorporaron a este documento escrito, formal y solemne. Aunque, en este sentido, no querría yo dejar de consignar que, según nuestro modesto parecer, hubiera cabido esperar que en una Declaración de Derechos Fundamentales aprobada inicialmente en 2001, y ratificada con su incorporación al Tratado de Lisboa, sus redactores hubieran sido especialmente sensibles a las materias que, ya desde los planteamientos teóricos de los autores del iusnaturalismo contractualista clásico, forman parte inexcusable, en cuanto a lo que, por ejemplo, Pufendorf y Thomasius denominaron “derechos innatos”,⁸⁷⁸ y Fichte, “derechos inalienables”,⁸⁷⁹ y que entre la doctrina constitucionalista moderna suele ser identificado con el término de “derechos inviolables”, de los derechos fundamentales, y, además, tal y como estos derechos inviolables, en conexión con el concepto puesto en circulación por Thomas Moro⁸⁸⁰ de la “dignidad humana”, comenzaron a ser comprendidos con la aprobación de la Constitución mexicana de 1917 y la alemana de 1919.⁸⁸¹ Esto es, que los autores de la Carta Europea de Derechos Fundamentales se hubiesen preocupado de hacer reales y efectivos, y no mantenerlos en la consideración de meras normas programáticas cuya efectividad depende de la buena voluntad de los poderes constituidos, los derechos sociales de los ciudadanos, y tanto en el nivel de los Estados comunitarios como en el de la propia Unión Europea. Y es de lamentar, a nadie puede ocultársele, que esta tarea no fue abordada por los dirigentes del europeísmo oficial. La mejor prueba de ello nos la ofrece, sin duda, el hecho de que la manera de abordar la grave crisis económica mundial iniciada en 2008 ha sido la de asegurar el que los titulares del gran capital transnacional, principalmente las entidades bancarias, sigan obteniendo pingües beneficios, o el establecer, con base en el principio de la libertad de mercado, precios mínimos de las mercaderías (por ejemplo, y cuando estoy redactando estas líneas, lo hecho en España respecto de la leche), en un claro detrimento de las condiciones de vida de los ciudadanos individualmente considerados, quienes no sólo han visto que sus salarios eran congelados o reducidos, sino que, al mismo tiempo, han visto cómo las autoridades estatales y comunitarias les privaban de derechos, tales como el de la asistencia sanitaria mínima, el derecho a un trabajo digno y bien remunerado, o, finalmente, el derecho a una vivienda digna.

De cualquiera de las maneras, hemos de decir que si todo lo anterior tenía un sentido, y una lógica, éstos eran el contribuir a hacer comprensible lo que realmente nos interesa en este apartado. Y esto último, como ha de ser para todos inconcuso y meridiano, no es otra cosa que el dejar constancia de que es, justamente, el hecho de que al haber entrado en escena

la ciudadanía europea, el nuevo ente supraestatal europeo se vea obligado a hacer frente a la problemática del estatus jurídico subjetivo de quienes forman parte, por ser ciudadanos de alguno de los Estados comunitarios, de dicha ciudadanía europea, una de las causas principales que nos llevan a aceptar la ya conocida tesis de Antonio La Pergola sobre la clara, manifiesta y patente insuficiencia que muestra el aparato conceptual elaborado por la clásica teoría del Estado y de la Constitución para definir y distinguir las formas políticas generales “unión de Estados de derecho constitucional” y “unión de Estados de derecho internacional”, para alcanzar una ponderada y cabal comprensión de la realidad jurídica y política de un ente político que, manteniendo, en todo caso, su naturaleza de unión de Estados de derecho internacional, se ve compelido a adoptar soluciones jurídicas más propias de la unión de Estados de derecho constitucional. Del mismo modo que, a nuestro juicio, es también esta circunstancia la que, en definitiva, viene a darle la razón en su, ya conocida, afirmación de que es absolutamente necesario el proceder a reformular la clasificación tradicional “uniones de Estados de derecho internacional”, articulada con base en la contraposición —siempre, y en modo alguno está de más el insistir en ello, atendiendo a criterios de carácter cuantitativo y no cualitativo— entre la organización internacional y la Confederación de Estados en su forma arcaica, para dar entrada en la misma a una nueva manifestación estructural de aquella forma política, a la que, como sabemos, el insigne constitucionalista italiano denomina “Confederación de Estados en su forma moderna”. Nueva manifestación estructural de la unión de Estados de derecho internacional cuya principal característica, como ya ha quedado reiteradamente señalado en este escrito, radicaría en el hecho de que, manteniendo su naturaleza de ser un ente político y jurídico de carácter internacional, la misma, analizada desde los esquemas de la clásica teoría del derecho constitucional respecto de las dos formas históricas del federalismo, se presentaría, en cuanto a sus soluciones normativas de carácter organizativo, como una realidad intermedia y equidistante entre lo que supone el viejo concepto de *Staatenbund* y el del *Bundesstaat*.

Importa señalar, a este respecto, que esta insuficiencia del aparato conceptual de la clásica teoría del Estado y de la Constitución denunciada por el profesor La Pergola para ofrecer una respuesta adecuada para la Unión Europea como consecuencia de las necesidades, impuestas por el propio devenir histórico y la evolución de las formas organizativas estatales basadas en la técnica del federalismo, se descubre, y se hace indiscutible, cuando la realidad jurídica y política de la propia Unión Europea se enfrenta al pro-

pio aparato conceptual elaborado por los autores clásicos de las ciencias del Estado y de las ciencias del derecho del Estado el Estado. En concreto, y por lo que ahora nos interesa, ningún profesional universitario de las ciencias jurídicas puede desconocer que fue un criterio firmemente instalado en el imaginario colectivo de los estudiosos de las ciencias constitucionales el de establecer uno de los elementos básicos para la contraposición entre la Confederación de Estados y el Estado políticamente descentralizado, en cualquiera de sus múltiples manifestaciones estructurales posibles, en lo relativo a la consagración jurídica de los derechos fundamentales de los individuos en su condición de ciudadanos de una determinada comunidad política. Y tampoco, estimamos, puede ignorarse que una tal diferenciación tomaba como punto de referencia inexcusable la muy distinta naturaleza jurídica que corresponde a cada una de las formas históricas de las estructuras estatales complejas articuladas con base en la técnica del federalismo: internacional en el caso de la Confederación de Estados en su forma arcaica, lo que se explica y justifica por el hecho de que la misma, al igual que ocurre con la mera organización internacional, se presenta como una simple unión jurídica y política de Estados soberanos, en la que los individuos aisladamente considerados tan sólo son tomados en consideración en su condición de ser ciudadanos de los distintos cuerpos políticos soberanos confederados; constitucional en el supuesto del Estado federal, el cual tiene como sujetos no a los distintos centros autónomos de decisión política democrática y legítima que en él existan, sino, por el contrario, a los ciudadanos federales.

Fue, en efecto, atendiendo a esta muy distinta naturaleza jurídica por lo que los autores clásicos del derecho constitucional sentaron el principio de que, en la medida en que la *Staatenbund*, por más que ésta cuente con una organización institucional propia, y distinta de la de los miembros, y le sea reconocida la personalidad jurídica internacional e interna, no constituye una comunidad política única, no era una finalidad prioritaria de la Confederación de Estados el atender la problemática de la libertad civil. Lo que, en primer término, se concretaba en el hecho de que ésta afecta a los individuos particulares y, además, y como venimos insistiendo en ello, en su condición de ser ciudadanos del cuerpo político, y éstos, por más que retóricamente se pudiese hablar de la existencia de una ciudadanía confederal, no se presentaban como sujetos del propio ente político y jurídico supraestatal. De donde, y como primera conclusión relevante, se desprende el que no era a la normativa fundamental de la Confederación de Estados, al menos en su forma arcaica, y, en todo caso, lo mismo sucede en relación con las organizaciones internacionales, a la que correspondía la tarea de identificar aque-

llos derechos y libertades de los que los hombres son titulares por pertenecer a un determinado Estado, sino que, por el contrario, esta labor se presentaba como un contenido inexcusable de la actuación de los distintos poderes constituyentes estatales. De esta suerte, y como segundo gran corolario de la propia definición conceptual de la forma política general “unión de Estados de derecho internacional”, nos encontramos con que era perfectamente posible en el marco de las confederaciones de Estados históricas, y también en las actuales organizaciones internacionales, el que existiesen tantos ámbitos de libertad civil diferenciados, cuantos Estados soberanos forman parte de la asociación internacional permanente. Esto es, no existía en las viejas confederaciones de Estados, y por su naturaleza de no ser una unión de ciudadanos, un estatus jurídico subjetivo único y común a todos los hombres y mujeres que, en cuanto que ciudadanos de alguna de las colectividades jurídicas y políticas confederadas, formaban parte del cuerpo social de la propia *Staatenbund*. Y no sólo esto, sino que se consideraba por parte de los clásicos un rasgo definidor de la unión de Estados de derecho internacional, y que, por lo demás, diferenciaba de manera nítida, absoluta, radical y total a esta forma de organización estatal de la unión de Estados de derecho constitucional, no sólo el que no existiese una igual esfera de libertad individual entre cada uno de los miembros, sino que los naturales de cada uno de ellos, y como consecuencia directa e inmediata del hecho de que les podía tan sólo corresponder en el territorio del resto de los Estados soberanos confederados la condición de ser “no ciudadanos”, únicamente podrían disfrutar del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Estado soberano en el que se encontrase si los poderes constituidos de este último les invitaban a ello, y, en consecuencia, en la medida en que éstos autorizaban ese posible ejercicio, y hasta el límite que libremente determinasen los poderes constituidos estatales. Régimen éste que, naturalmente, podría tener excepciones, las cuales, como no podría ser de otra manera, podrían ser establecidas por la vigencia y efectividad real del principio de la autonomía de la voluntad que, como hemos venido, principalmente de la mano de Le Fur, afirmando, se erige en el principio organizativo básico de una unión de Estados regida por normas de carácter convencional reconducibles, por ello mismo, al concepto de normas del derecho internacional público. Y, en todo caso, así lo pone de relieve el jurista francés cuando afirma que en la Confederación de Estados no existe un pueblo como una nacionalidad única, sino más bien una reunión de tantos pueblos y nacionalidades como miembros cuenta la Confederación (y lo mismo rezaría para la simple organización internacional),

...pero, bien entendido, como todos estos Pueblos están unidos entre sí por un mismo lazo, el pacto federal puede aportar y aporta las más de las veces la derogación del principio de que el ciudadano de uno de los Estados confederados sea considerado como extranjero en los otros estados. Es completamente natural que los Estados confederados se entiendan entre ellos para acordar a los nacionales de todos los miembros de la Confederación un trato de favor al que únicamente ellos tendrían derecho, excluyendo a los nacionales de Estados que no forman parte de la Confederación.⁸⁸²

Radicalmente distinto, y como consecuencia de ser una unión de ciudadanos, y no de Estados soberanos, tendría que ser, en opinión de la mayoría de los autores de la clásica teoría del derecho constitucional, el régimen de la libertad civil en el supuesto de la unión de Estados de derecho constitucional. Lo que, en definitiva, no resulta muy difícil de comprender, sobre todo si se toma en consideración que, como, con total acierto, puso de relieve, por ejemplo, Carl Friedrich,⁸⁸³ el Estado políticamente descentralizado, en cualquiera de sus variantes, y cualquiera que haya sido su proceso histórico de formación, no es más que una manifestación estructural concreta; es más, la primera en la historia de la forma política y jurídica general “Estado constitucional”. Nada de extraño tiene, desde la perspectiva anterior, que entendieran los clásicos que era una labor ineludible por parte del Poder Constituyente federal la de proceder a la identificación de cuáles iban a ser los derechos y libertades de los que podían disfrutar, en cuanto que titulares, los ciudadanos del Estado federal. E importa señalar que, como quiera que en este caso, y como ya hemos señalado, tan sólo existe una ciudadanía jurídicamente relevante, y ésta es la del Estado políticamente descentralizado, y no la de los distintos centros autónomos de decisión política democrática y legítima, que conforman un cuerpo político único, se entendiese también por parte de la doctrina clásica que, de un modo bien diverso a lo que sucedía en el supuesto de la unión de Estados de derecho internacional, debía ser también como en el ámbito de la libertad civil, en el sentido de que, de acuerdo con, por ejemplo, Louis le Fur,⁸⁸⁴ al igual que ocurre en el Estado constitucional constituido en un Estado unitario, la única diferencia admisible en el marco del *Bundesstaat* es la que se deriva de la condición de ser “ciudadano” o “no-ciudadano”, refiriendo, claro está, ambos conceptos a la pertenencia o no pertenencia a la comunidad política federal de que se trate. Del mismo modo, y a ningún profesional universitario de las ciencias jurídicas debiera sorprenderle, que entendieron los autores clásicos que, porque se trata de un cuerpo político único, y no de tantos cuerpos políticos como comunidades-miembro inte-

gran la Federación, constituía un principio básico de esta forma territorial del Estado la de que, en ella, no podía establecerse ninguna discriminación entre los ciudadanos, derivada de su procedencia territorial y de la zona del territorio federal donde se encontrasen.

En definitiva, nos encontramos, innecesario tendría que ser el aclararlo, ante un régimen jurídico de la libertad civil idéntico al que opera en el Estado unitario, y claramente diferenciable del que le corresponde en el marco de una unión de Estados de derecho internacional. Y es que, como nadie puede desconocer, la tabla de derechos contenida en el código constitucional federal tiene una doble virtualidad. Por un lado, nos encontramos con que aquélla ha de operar como instrumento jurídico de determinación de los derechos y libertades de los que todos y cada uno de los ciudadanos federales se presentan como titulares indiscutidos e indiscutibles, y que, de cualquiera de las maneras, han de ser iguales para unos ciudadanos que son jurídicamente iguales frente a la actuación de los poderes políticos, y ya sean los propios de la organización política central, ya los que pertenecen a las distintas organizaciones políticas regionales. Pero si esto es así, ocurre, por otro lado —y con ello comenzamos a identificar uno de los grandes problemas que plantea toda la problemática de la libertad civil en el marco del Estado políticamente descentralizado—, que en la medida en que la unión de Estados de derecho constitucional se define, caracteriza e individualiza por la circunstancia de que en ella el poder político y jurídico se encuentra dividido, territorial y funcionalmente, entre dos unidades de acción y decisión política y jurídica, y que se le reconoce a los miembros una cierta libertad para auto organizarse, la declaración de derechos fundamentales federal adquiere la condición de ser el mínimo de libertad de la que van a disfrutar los ciudadanos federales en cualquier parte del territorio federal.

El problema, como acabamos de indicar, se plantea por el hecho de que es lo propio y característico del Estado políticamente descentralizado el que se reconozca constitucionalmente la existencia, en los distintos centros autónomos de decisión política democrática y legítima, de un poder extraordinario legítimamente facultado para decidir el modo en que va a conducirse la vida de la colectividad-miembro. Debemos, a este respecto, indicar que ciertamente el problema es mucho más aparente que real. En efecto, lo que bajo ningún concepto debiera olvidarse es que este poder extraordinario, y tanto si se le otorga el nombre de “Poder Constituyente regional” o, por el contrario, “poder estatuyente” —que a pesar de la grandísima trascendencia que se le otorga en el marco de la confrontación político-ideológica partidista,⁸⁸⁵ carece desde el punto de vista jurídico y

político de toda relevancia y significación real (P. de Vega)—,⁸⁸⁶ cuya propia existencia, y cualquiera que sea el proceso de formación histórica del Estado políticamente descentralizado, se debe única y exclusivamente, y como, desde los más diversos posicionamientos políticos y metodológicos, afirmaron tan insignes e ilustres constitucionalistas, como fueron, por ejemplo, Heller,⁸⁸⁷ Kelsen⁸⁸⁸ y Carré de Malberg,⁸⁸⁹ a la voluntad soberana del legislador constituyente federal, es tan sólo, y a pesar del hecho de que no ha faltado quien le atribuya la condición de ser originario y, a la vez, derivado (L. Pinto Ferreira, J. A. R. Vanossi),⁸⁹⁰ un poder constituido y, como tal, jurídica y políticamente limitado por lo dispuesto en la Constitución federal (C. J. Friedrich, Ch. Durand, C. Schmitt).

No obstante lo anterior, el hecho de que entre las facultades atribuidas por el Constituyente federal a este poder constituido extraordinario de ámbito regional se encuentre la posibilidad de que el mismo proceda a reconocer derechos y libertades para los ciudadanos de su centro autónomo de decisión política democrática y legítima,⁸⁹¹ hace que surja ante nosotros uno de los principales problemas organizativos del Estado políticamente descentralizado, y cuya solución, de cualquiera de las maneras, no hace sino poner de manifiesto que, a pesar de las diferencias que puedan existir entre cada uno de los ordenamientos constitucionales concretos, es lo cierto que los llamados “Estado federal”, “Estado integral”, “Estado regional” y “Estado autonómico” o “Estado de las autonomías”, tienen una identidad que, a la postre, no hace sino demostrar que todos ellos no son más que manifestaciones estructurales concretas y específicas de esa forma política y jurídica general a la que la doctrina de la clásica teoría del Estado y de la Constitución identificó como una “unión de Estados de derecho constitucional” (A. La Pergola).

En relación con esto último, constituye para todos los profesionales de las ciencias jurídicas, así como para los prácticos de la política, una evidencia que en la mayoría de los supuestos, y porque en muchas ocasiones resulta difícil imaginar la posible constitucionalización de nuevos derechos (H. Kelsen),⁸⁹² lo que hace este poder constituido extraordinario regional es limitarse a reproducir la declaración de derechos fundamentales contenida en la Constitución federal. De esta suerte, nos encontramos con que nada de extraño tiene el que sean muchas las veces en las que a la hora de aprobar la norma institucional básica por la que se rige la vida de la colectividad-miembro, el Poder Constituyente regional o el poder estatuyente renuncien a consagrar en ésta un catálogo de derechos y libertades de los ciudadanos regionales, y opten por realizar una remisión genérica a la normativa fun-

damental de la propia Federación. Como es obvio, en una tal hipótesis no existen demasiadas dificultades para asegurar en el marco del Estado políticamente descentralizado de que se trate, y a pesar de la facultad constitucionalmente reconocida al poder constituido extraordinario regional para poder declarar derechos fundamentales, la necesaria homogeneidad social que, presentándose como una necesidad ineludible para la existencia misma del Estado constitucional (H. Heller), ha de existir inexcusablemente también, y como, aunque pueda resultar paradójico, supo comprender Carl Schmitt,⁸⁹³ en toda unión de Estados de derecho constitucional y, justamente, por cuanto que ésta se presenta como un Estado constitucional único.

El problema surge, para nadie puede ni debe ser un misterio, cuando, haciendo uso de esa potestad que legítimamente le corresponde, el poder constituido extraordinario decide legislar en materia de derechos fundamentales. De una manera mucho más concreta, cuando este último opta no sólo por reproducir en su propia declaración de derechos el catálogo federal, sino por aumentar la esfera de la libertad civil que había sido consagrada por la actuación soberana del Poder Constituyente federal. Es en este caso, como decimos, donde aparece el gran problema del Estado políticamente descentralizado, y que, a la postre, se concreta en el interrogante de si, siendo éste una verdadera unión de ciudadanos, y no de Estados soberanos, sería admisible el que, al igual que, como hemos visto, sí puede suceder en el marco de las confederaciones de Estados, y por cuanto que éstas son, y sólo pueden ser, una de las manifestaciones estructurales posibles de la forma política general unión de Estados de derecho internacional, pudiese existir un distinto nivel de derechos y libertades para los ciudadanos federales de acuerdo con su pertenencia a uno u otro centro autónomo de decisión política democrática y legítima y, además, si puede suceder que los ciudadanos federales de una determinada comunidad-miembro puedan ser excluidos, desde la consideración de que éstos, gozando de la ciudadanía común, y que es la jurídicamente relevante, del Estado federal en su conjunto, son, en cuanto que naturales de una concreta colectividad-miembro, “no ciudadanos” de las demás entidades públicas territoriales dotadas de autogobierno, del disfrute y ejercicio de esos nuevos derechos que han sido reconocidos por el poder constituido extraordinario regional de alguna colectividad jurídica y política particular de la que estos ciudadanos federales no son naturales. La doctrina clásica, de todos los estudiosos de las ciencias del Estado y de las ciencias del derecho del Estado debiera ser bien conocido, se pronunció claramente en contra de esta posibilidad. Louis Le Fur,⁸⁹⁴ que, como acabamos de ver, mantenía que sólo con base en el libre

juego del principio de la autonomía de la voluntad podría establecerse este mínimo de libertad común y el principio de igualdad de derechos y libertades entre todos los ciudadanos confederales en cualquier parte del territorio de la unión de Estados de derecho internacional, se mostraría, basándose en las construcciones de Brie,⁸⁹⁵ Borel⁸⁹⁶ y Jellinek⁸⁹⁷ en torno a la nacionalidad única como elemento característico de la unión de Estados de derecho constitucional, firme y radicalmente en contra de la posibilidad de que en un *Bundesstaat*, en cuanto que Estado constitucional único que es, pudiesen existir en una determinada comunidad-miembro derechos privativos y exclusivos de sus naturales, de cuyo ejercicio quedarían definitivamente excluidos el resto de los ciudadanos federales.

Tesis académica que, en todo caso, y como seguramente no podría ser de otra manera, se convierte en la regla general en el derecho constitucional comparado federal. En efecto, ante la eventualidad de que tal hipótesis pudiese llegar a plantearse en el ámbito de la práctica jurídica y política del Estado políticamente descentralizado, y en tanto en cuanto la misma rompería el principio básico del Estado constitucional de la igualdad entre todos sus ciudadanos, se preocuparon los distintos poderes constituyentes federales en articular una solución normativa que hiciera imposible la materialización de esta patológica hipótesis. Entran en juego, de esta suerte, las relaciones jurídicas de supra y subordinación, que fueron definidas, *v. gr.*, por el que fuera el primer presidente del Tribunal Constitucional español, y en una relación muy directa con el problema que, aquí y ahora, nos ocupa, en los siguientes términos:

Pero sobre estas relaciones de coordinación operan otras que afirman patentemente la supremacía de la Federación sobre los miembros hasta convertirla en sujeto exclusivo de la soberanía y bajo cuyo supuesto se desarrollan las anteriores relaciones de coordinación... Si bien los Estados miembros gozan de autonomía constitucional [o de autonomía estatuyente], esta autonomía no tiene lugar... en el cuadro, sobre la base e inmediateamente vinculada a la comunidad internacional, sino bajo las condiciones establecidas por la constitución federal, que limita la capacidad constituyente de los miembros no sólo negativamente..., sino también positivamente, imponiéndole las formas concretas de su existencia política... Este condicionamiento de las constituciones de los miembros por la constitución federal es esencial a tal tipo de Estado, pues sólo mediante ella se puede lograr una comunidad y homogeneidad de vida política que sirva de *substratum* a la unidad del Estado Federal.⁸⁹⁸

Según nuestra modesta opinión, esas relaciones jurídicas no son más que la aplicación específica y concreta del principio de supremacía constitu-

cional, derivado, de cualquiera de las maneras, de la vigencia efectiva y real del dogma político de la soberanía del pueblo (P. de Vega, G. Trujillo),⁸⁹⁹ en el caso de la unión de Estados de derecho constitucional del pueblo federal en su conjunto (C. J. Friedrich).⁹⁰⁰ De una manera muy básica, en lo que se traducen estas relaciones de supra y subordinación características de todo el derecho constitucional federal es en la circunstancia de que la voluntad soberana del Poder Constituyente federal impone al poder constituido extraordinario de las colectividades-miembro una serie de límites heterónomos, y tanto a la hora de aprobar la norma institucional básica del centro autónomo de decisión política democrática y legítima de que se trate, como a la hora de proceder a su modificación formal, cuya validez, efectividad y, todavía mucho más importante, legitimidad está reconocida por la generalidad de la doctrina de las ciencias constitucionales justificándolos, justamente, en la circunstancia de que los miembros de un Estado federal, y a diferencia de lo que sucede con los Estados que integran una unión de Estados de derecho internacional, ya sea una organización internacional, ya una Confederación de Estados, y tanto en su forma arcaica como en su forma moderna, se presentan tan sólo como titulares de derechos de autonomía y no, y bajo ningún concepto, como titulares de derechos de soberanía. Consideración esta última desde donde, desde la más elemental lógica jurídica y política, no cabe sino dar la razón a Mouskheli cuando pone en duda que, actuando con el más mínimo rigor científico, pueda afirmarse la existencia de una verdadera autonomía constituyente —que, para este autor, y con él la mayoría, por no decir la totalidad, de los estudiosos de las ciencias del Estado y de las ciencias del derecho del Estado, se concreta en el “derecho que tiene una colectividad jurídica de darse libremente una Constitución”,⁹⁰¹ así como el de proceder libremente a su revisión o, incluso, su supresión— en poder de las comunidades-miembro de un Estado políticamente descentralizado, y cualquiera que sea el nombre que a este último se le dé. Límites heterónomos éstos que se manifiestan tanto desde el punto de vista positivo, y que son los que tienen lugar cuando el Poder Constituyente federal impone al poder constituido extraordinario regional determinadas opciones políticas —la más frecuente, y con la única excepción relevante de la Constitución alemana de 1871,⁹⁰² es la de la obligatoriedad de consagrar en la normativa jurídica fundamental de los distintos centros autónomos de decisión política democrática y legítima la forma de gobierno republicana,⁹⁰³ pero que puede también manifestarse en el sentido de imponer un determinado sistema de gobierno, la obligación de proceder a la consagración de una organización institucional que tome como punto de referencia

la establecida en el código constitucional federal, o incluso el que el Poder Legislativo regional tenga una estructura concreta—,⁹⁰⁴ como en un sentido negativo, y que, de manera constrictiva e ineludible, se encuentra jurídica y políticamente obligado a consagrar en la norma institucional básica de su colectividad-miembro, tanto más cuanto que, como señala Le Fur,⁹⁰⁵ la observación por parte del poder constituido estatal de estos límites heterónomos es donde, en definitiva, se encuentra la verdadera garantía para el mantenimiento posterior de la norma institucional básica de la colectividad-miembro de que se trate.

No hace falta, en nuestra opinión, ser en exceso perspicaces para comprender que, a los efectos que en este trabajo importan, y mucho más con el asunto que constituye el objeto preferente de nuestra atención en este apartado, los límites heterónomos a la autonomía auto organizativa de las colectividades-miembro que realmente nos interesan son las negativas. Esto es, las que se concretan en las decisiones soberanas del Poder Constituyente federal en el sentido de excluir determinadas opciones políticas y jurídicas del haz de facultades de decisión legítima del poder constituido extraordinario regional. Y es menester señalar, a este respecto, y en primer lugar, que nos encontramos ante una materia que, en tanto en cuanto que son las mismas las limitaciones que se imponen al contenido material tanto del Poder Constituyente regional como del llamado poder estatuyente, y, en lógica y consecuente coherencia, ser también los mismos los controles que en uno y otro caso se establecen para otorgar auténtica eficacia a estos límites heterónomos (Ch. Durand),⁹⁰⁶ obliga a dar la razón a Carl Friedrich⁹⁰⁷ cuando, oponiéndose, y desde la, por lo demás acertada, idea de que en realidad el *Bundesstaat* es una realidad jurídica y política que, por su gran variedad, resulta indefinible, a los rígidos esquemas que se derivan de la comprensión formalista de esta forma territorial del Estado, y que, de modo usual, son los que defienden la existencia de un *tertium genus* en la tipología de las formas territoriales del Estado, advierte que no existe una diferencia radical, definitiva, absoluta, total y tajante entre los llamados “Estado federal” y “Estado regional” —empleando este término en su sentido más amplio y general, desde el cual se encuadrarían en él tanto el Estado integral, creado por la venerable Constitución de la Segunda República española, como el Estado regional italiano, y todos aquellos Estados políticamente descentralizados que se han formado con posterioridad al fin de la Segunda Guerra Mundial (G. de Vergottini)—, sino, por el contrario, grandes analogías entre ambos modelos y que, en definitiva, permiten el que, como venimos haciendo en este trabajo, y de manera reiterada, se entienda que todas

estas denominaciones son de una u otra suerte equiparables en la medida en que con ellas se está haciendo referencia a diversas manifestaciones estructurales posibles de una forma política y jurídica única a la que, de manera indistinta, podemos llamar “Estado federal” o “Estado políticamente descentralizado”, y que es la que se corresponde con lo que en la doctrina clásica de la teoría del Estado y de la Constitución habían identificado con el rótulo de “unión de Estados de derecho constitucional”, en contraposición a la unión de Estados de derecho internacional. Lo que, como veremos con algún detalle, queda confirmado con sólo tomar en consideración lo que verdaderamente sucede en el ámbito del derecho positivo de los distintos Estados políticamente descentralizados que en el mundo existen.

Sea de ello lo que sea, lo que nos importa es que el primero, y por lo demás el más evidente, de los límites negativos que se imponen al poder constituido extraordinario regional como consecuencia de las relaciones jurídicas de supra y subordinación, y que es, de cualquiera de las maneras, donde con más claridad se aprecia ese carácter de auténtica e innegable *Lex Superior* que le corresponde a la Constitución federal —y que, aunque muchas veces su realidad resulta oscurecida por los rígidos planteamientos mantenidos desde el más radical de los positivismos jurídicos formalistas, empeñado en resaltar y afirmar la existencia de un muy distinto sistema de relaciones entre las diversas normas jurídicas de un Estado federal y sus colectividades-miembro y las del Estado regional y sus distintos centros autónomos de decisión política democrática y legítima (por ejemplo, P. Biscaretti di Ruffia, I. de Otto, B. Aláez Corral),⁹⁰⁸ sin tomar en consideración que la supremacía de la Constitución federal está plenamente garantizada y que, además, y como, y pese al hecho de que dado el modelo paradigmático de Estado federal desde el que él partía y su particular enemiga al control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas (que se hace especialmente patente, y coincidiendo en ello con las tesis defendidas por Bilfinger,⁹⁰⁹ en relación con la posibilidad de articular la jurisdicción constitucional en el marco del Estado políticamente descentralizado, concebido éste como una asociación estatal regida por un contrato), puso de relieve Schmitt,⁹¹⁰ esto se encuentra perfectamente garantizado en la medida en que, por cuanto que en ningún Estado políticamente descentralizado puede considerarse la norma institucional básica de los centros autónomos de decisión política democrática y legítima independientemente de la Constitución federal, lo que sucede es que cuando se plantea un recurso de inconstitucionalidad contra una ley ordinaria regional respecto de su particular *norma normarum*, el juez constitucional no ha de limitar su examen

al problema de si aquélla ha sido aprobada observando todos los trámites necesarios para su validez formal, sino que, por el contrario, ha de fiscalizar si la norma jurídica ordinaria regional resulta materialmente conforme con lo dispuesto por el titular del ejercicio de la soberanía en esta determinada comunidad política: el Poder Constituyente federal—, es el de que, sin excepción alguna, se establece que no puede existir, en ningún momento, contradicción entre la Constitución federal y la norma institucional básica de las colectividades-miembro. Límite éste que, importa señalarlo, opera tanto en el momento de la aprobación, siempre condicionada, incluso cuando de lo que se trata es de confirmar la vigencia de un texto regional que se encontraba en vigor con anterioridad a la aprobación del código jurídico-político fundamental federal, a la voluntad del legislador constituyente federal permitiendo una tal hipótesis, de la norma institucional básica de la comunidad jurídica y política particular integrada en la Federación como a lo largo de la vida del Estado federal, en la cual puede llevarse a cabo tanto la modificación formal de la Constitución federal como la revisión de las normas institucionales básicas de los centros autónomos de decisión política democrática y legítima, pudiendo resultar que cualquiera de las dos operaciones jurídicas determinen el nacimiento de situaciones de incongruencia entre ambas normativas. Señala, en relación con esta problemática, Mouskheli,⁹¹¹ en su ciertamente espléndido escrito *Teoría jurídica del Estado federal*, que de este tipo de límite se derivan dos consecuencias para la teórica autonomía constituyente de los miembros. Por un lado, nos encontramos con que esta limitación se traduce en una garantía para el posterior mantenimiento de los documentos de gobierno regionales. Por otra parte, y porque, como decimos, se exige una adecuación constante entre ambos cuerpos normativos, la única consecuencia posible de este límite heterónimo es la de que, y tanto desde una óptica puramente política como desde una perspectiva jurídico-política, se está atribuyendo a la organización política central una facultad indirecta para modificar las leyes institucionales básicas de las comunidades-miembro.

La existencia de este tipo de límites, que como ya, y de acuerdo con el aparato conceptual acuñado por la más clásica y solvente teoría del derecho constitucional, ha quedado dicho, constituye un principio organizativo básico del Estado federal en cuanto que Estado constitucional, se hace evidente a la luz de los artículos 123 de la Constitución italiana, 12 de la Constitución Española de 1931 y 147.1 de la Constitución Española del 27 de diciembre de 1978. Piénsese, en efecto, que cuando en este último artículo se dice que “Dentro de los términos de la presente constitución, los

Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma”, lo que el legislador constituyente de 1977-1978 pretendió, como ha de ser para todos evidente, es establecer el deber de permanente adecuación y concordancia de los estatutos de autonomía con la Constitución. Lo que, traducido en otros términos, significa, al menos, y a pesar de lo ocurrido con la aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, como principio fundamental desde el punto de vista jurídico-formal, que las normas institucionales básicas de los centros autónomos de decisión política democrática y legítima únicamente podrán ser aprobadas, y tendrán validez y vigencia plena, cuando su texto sea conforme, formal y materialmente, a las disposiciones contenidas en la Constitución. De donde se desprende, sin dificultad, que las normas estatutarias perderán su validez y eficacia cuando, en virtud de una posible reforma de la Constitución o de los estatutos, y de la misma manera que sucedería si se les reconociese un Poder Constituyente regional a las colectividades-miembro españolas y, por ello mismo, su norma institucional básica recibiese el nombre de “Constitución” y no el de “Estatuto de Autonomía”, dejen de estar en concordancia con los mandatos constitucionales.

Es menester advertir, y de manera inmediata, que, en este punto, existe una sustancial diferencia entre estas tres Constituciones. En este sentido, debe señalarse que mientras que en el caso de los estatutos ordinarios italianos⁹¹² el que la norma regional se adecuó a la Constitución conlleva, por lo menos desde una perspectiva puramente jurídico-normativa formal,⁹¹³ la automática aprobación del estatuto de autonomía por el Parlamento italiano, en los dos supuestos españoles no sucede lo mismo. En efecto, fue Nicolás Pérez Serrano⁹¹⁴ quien advirtió que, pese a lo que parece desprenderse del artículo 12 del texto de 1931 y, de algún modo —ha de tenerse en cuenta, a este respecto, que en opinión de Vandelli y Muñoz Machado,⁹¹⁵ la hipótesis constitucionalizada en 1931 ha sido excluida, por lo menos en su manifestación más plena, en la Constitución de 1978, en la medida en que las Cortes Generales, que tienen, sí, y de forma innegable, un amplísimo haz de facultades en su poder de enmienda sobre los textos regionales, lo que no pueden hacer es suprimir el contenido autonómico mínimo—, la no contradicción entre el Proyecto de Estatuto y la Constitución, no obliga a las Cortes Generales a aprobar la norma institucional básica de las comunidades autónomas tal y como lo fue en sede regional.

Mayor importancia, y trascendencia, tiene para este trabajo el segundo de los límites heterónomos negativos que la propia lógica de las relaciones jurídicas de supra subordinación ponen al poder constituido extraordina-

rio de los centros autónomos de decisión política democrática y legítima. Y es que, como debiera ser bien conocido de todos, éstos se concretan en la problemática de la libertad civil de los individuos que forman parte del Estado federal, y tanto en su condición de ciudadanos federales como de ciudadanos regionales. Como ya hemos señalado, el principio general en el derecho constitucional federal comparado es el de que, porque estamos en presencia de un cuerpo político único, no pueden establecerse discriminaciones entre los ciudadanos federales derivadas de su pertenencia a una u otra comunidad-miembro, y que se manifestarían en los supuestos en los que el natural de una determinada colectividad particular se encontrase en el territorio de otro centro autónomo de decisión política democrática y legítima. Para lograr eludir este patológico fenómeno, son, de manera fundamental, dos los instrumentos de los que se valen las distintas Constituciones federales. El primero, fácil ha de ser descubrirlo, se encuentra en última relación con ese carácter de ley suprema que, como acabamos de ver, le corresponde a la Constitución federal, de suerte tal que, situada por encima de la dicotomía organización política central/organizaciones políticas regionales, obliga a todos los poderes constituidos del Estado a su cumplimiento, y, además, y como no podría ser de otra manera, en todos sus contenidos incluido, claro está, el respeto por parte de todos los poderes constituidos del Estado, ya sean ordinarios o extraordinarios —y recuérdese que estamos incluyendo entre los poderes constituidos extraordinarios tanto el poder de revisión federal como el legislador que aprueba la norma institucional básica de la colectividad-miembro de que se trate, y aquel otro que legítimamente aparece facultado, de acuerdo con la Constitución y con su propia normativa fundamental, para proceder a la modificación formal de la norma institucional básica regional—, a los preceptos constitucionales declarativos de derechos fundamentales y libertades públicas en el nivel normativo federal. Mouskheli se ha referido a esta circunstancia, y lo ha hecho de una manera tan clara en su exposición, como acertada en su contenido. Motivo por el cual no ha de resultar difícil de entender el que acudamos a lo dicho por este autor para identificar el primero de los contenidos de los límites negativos que en materia de la libertad civil impone el sistema federal al poder normativo extraordinario de los miembros. Señala, en efecto, este autor que es propio de los sistemas federales el que la “Constitución federal obliga de igual manera a que las Constituciones particulares admitan la igualdad de los derechos políticos de los ciudadanos federales en todos los Estados particulares... En casi la totalidad de los

casos [la Constitución federal] enumera los derechos individuales de los ciudadanos, cuyo respeto impone a los Estados-miembros”.⁹¹⁶

La finalidad perseguida con esta medida, y que, por constituir la regla general del derecho constitucional comparado, la doctrina de la clásica teoría del Estado y de la Constitución elevó al rango de principio medular de la propia organización política estatal basada en la técnica del federalismo, no puede ser, a nuestro juicio, más clara. Con ello, innecesario debiera ser aclararlo, lo que se pretende es crear una auténtica comunidad de ciudadanos mediante el establecimiento de un único, e idéntico, estatus jurídico subjetivo para todos los hombres y mujeres que forman el cuerpo social de la Federación. Pretensión ésta que tan sólo puede hacerse real y efectiva cuando, en el más alto nivel normativo del Estado: el código jurídico-político fundamental federal, se adoptan dos medidas fundamentales. A saber: en primer lugar, lo que se hace es imponer a los legisladores regionales, y ya se trate de un poder constituido extraordinario al que se le otorga el nombre de Poder Constituyente regional o de poder estatuyente, o ya se trate del sujeto encargado de ejercer el Poder Legislativo ordinario en el centro autónomo de decisión política democrática y legítima, el deber de respetar los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en la Constitución federal, lo que, traducido en otros términos, significa que los preceptos constitucionales federales declarativos de derechos fundamentales y de libertades públicas determinan, al modo y manera en que, como hemos visto, lo proclamaba la inmensa mayoría de los autores de la clásica teoría del derecho constitucional, en el derecho positivo de los distintos Estados políticamente descentralizados, cuál va a ser el mínimo de libertad del que, en todo caso, y en cualquier parte del territorio federal, van a poder disfrutar los ciudadanos federales. En segundo término, es también propio del derecho constitucional federal, y así nos lo enseña, por ejemplo, el constitucionalista positivista Charles Durand,⁹¹⁷ el que el código constitucional obligue a las comunidades-miembro a que, si en sus respectivas normativas fundamentales, cualquiera que sea el nombre que éstas reciban desde el punto de vista formal, hubieran ampliado la tabla de derechos federal, admitan si no como titulares de los mismos, sí al menos en el disfrute de sus nuevos derechos, y además, y esto es lo realmente importante, y lo que impone la lógica de estar en el marco de un auténtico Estado constitucional único, y no en el de una unión de Estados de derecho internacional, en pie de absoluta igualdad con sus naturales, a todos los ciudadanos de la Federación.

Nos encontramos, de nuevo, y en modo alguno, y a pesar de que ello parezca alejarnos de nuestro objeto de estudio en este apartado concreto

de este trabajo, resulta ocioso el ponerlo de manifiesto, ante una solución jurídico-normativa de carácter constitucional que, a la postre, no hace sino identificar en cuanto a su naturaleza jurídica formal y en cuanto a su realidad político-jurídica, a esas dos manifestaciones estructurales concretas del Estado políticamente descentralizado que llamamos, empleando los términos con un carácter muy general y englobador de distintas variantes estructurales posibles, “Estado federal” y “Estado regional”. Y es que, como ha de ser conocido por todos los profesionales de las ciencias jurídicas, constituye una evidencia que estas dos medidas características y propias, como decimos, de aquellas estructuras políticas estatales organizadas desde la técnica del federalismo como proceso que todos, cualquiera que sea el método de estudio del derecho constitucional que se emplee, reconocemos como indiscutibles manifestaciones concretas de la forma política territorial del Estado tradicionalmente llamada “unión de Estados de derecho constitucional” o, si se prefiere, *Bundesstaat*, han sido también adoptadas por los constituyentes de las comunidades políticas estatales únicas complejas a las que se les suele aplicar el nombre de “Estado integral”, “Estado regional” y “Estado autonómico” o “Estado de las autonomías”. Lo que, por comodidad, vamos a ejemplificar refiriéndonos tan sólo a lo establecido sobre este particular en la Constitución Española del 27 de diciembre de 1978. Así, nos encontramos con que de la mera redacción de los artículos 9.1 y 53.1 se desprende la obligación de los poderes públicos regionales de respetar los derechos reconocidos por el legislador constituyente de 1977-1978. De este modo, se viene a garantizar la existencia de un mínimo de libertad igual para todos los ciudadanos españoles, y en cualquier parte del territorio nacional. Garantía ésta que no es únicamente formal, sino que, y como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional,⁹¹⁸ tiene una eficacia real, ya que si bien es cierto que, en la medida en que su potestad legislativa puede satisfacer, en principio, cualquier reserva de ley establecida por el Constituyente, los centros autónomos de decisión política democrática y legítima españoles pueden proceder a regular todos los derechos fundamentales que no se encuentran expresamente reservados a la Ley Orgánica, nuestra ley constitucional vigente garantiza ese mínimo de libertad igual para todos, al atribuir en su artículo 149.1.1a. a la organización política central la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

Pero no es ésta, y ni mucho menos, la única medida establecida por el último Constituyente español para garantizar la igualdad de todos los ciu-

dadanos en el disfrute de los derechos fundamentales, con independencia de la colectividad-miembro a la que pertenezcan, y la zona del territorio nacional donde éstos se encuentren. A esta finalidad responden también, y en efecto, los artículos 138.2 y 139.1. De su mero tenor literal se desprende, sin duda posible alguna, que si alguno de los estatutos de autonomía hubiera reconocido —y, como nadie ignora, esta hipótesis se ha verificado ya en la práctica con la apertura de los nuevos procesos estatuyentes a partir de 2003— derechos no contemplados en la Constitución, la titularidad y libre ejercicio de estos últimos corresponderían a los ciudadanos de la comunidad autónoma cuya norma institucional básica ha reconocido estos nuevos derechos, y todos los ciudadanos españoles que no tengan la condición de ciudadanos de esta última comunidad autónoma han de poder disfrutar de estos derechos en pie de absoluta igualdad con los naturales de la misma.

No hace falta ser en exceso sagaz y perspicaz para darse cuenta de que, como muy bien había afirmado, y así lo hemos hecho constar, Antonio La Pergola, la entrada en escena del concepto de ciudadanía europea determina, y además de manera ineludible, indefectible y constrictiva, a que la solución normativa que sobre la libertad civil se adopte en el marco de la Unión Europea se aleje de la que, desde el aparato conceptual de la clásica teoría del Estado y de la Constitución, caracterizaba el régimen de esta problemática en el ámbito de las organizaciones internacionales y de las confederaciones de Estados en su forma arcaica, para acercarse, y de manera más que sobresaliente, a las soluciones normativas propias, características y definidoras de la forma política y jurídica general “unión de Estados de derecho constitucional”. Conclusión ésta que, según nuestro parecer, no ha de ser muy difícil de entender, comprender y compartir por parte de cualquier profesional universitario de las ciencias del derecho internacional público y de las ciencias constitucionales. De cualquier manera, vamos a tratar de explicarlo, siquiera sea brevemente, pero con un cierto detenimiento.

No vamos a reiterar aquí la exposición de cómo se articulaba la problemática de los derechos de los ciudadanos en las formas históricas de las uniones de Estados de derecho internacional. Bástenos con recordar que, porque no estamos en presencia de una comunidad política estatal única, no existen las organizaciones internacionales ni en las confederaciones arcaicas, una ciudadanía única. De donde se desprende que, como vimos más arriba, pudieran los individuos del ente supraestatal gozar de distintos niveles de libertad civil.

Sí debemos, sin embargo, detenernos, e insistir, en la consideración de la solución que esta problemática recibía, y recibe, en el marco de las

uniones de Estados de derecho constitucional. Solución que, como a ningún constitucionalista e internacionalista puede ocultársele, es bien diversa a la del supuesto anterior. En la medida en que, salvo, como sabemos, para Calhoun y Von Seydel, la unión de Estados de derecho constitucional se presenta como una unión, y como se afirma desde la antidemocrática idea del *foedus*, no de Estados, sino de ciudadanos libres, consubstancial a la forma política “Estado federal” o, si se prefiere, “Estado políticamente descentralizado”, es el de que el estatuto jurídico de todos sus integrantes ha de ser igual, y, además, con absoluta independencia de la colectividad-miembro a la que pertenezcan, y de la colectividad particular en la que en cada momento concreto se encuentren. Lo que, en último extremo, se deriva del hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en las uniones de Estados de derecho internacional, en el Estado federal, por constituir un cuerpo político único, existe tan sólo una ciudadanía relevante, y que ésta, como, recordémoslo, afirma mayoritariamente la doctrina, es la federal.

Evidente resulta, desde esta óptica, que uno de los principales problemas organizativos que presenta el *Bundesstaat* es, justamente, el cómo asegurar que todos sus ciudadanos van a disfrutar de una misma cuota de libertad civil. Y bien conocido es, o, al menos, debiera serlo, que para lograr hacer efectivo este principio se articuló en los sistemas federales una solución que se presentaba en dos etapas. La primera se concretaba en la consideración de que era una tarea ineludible del *Pouvoir Constituant* federal la de identificar en el texto constitucional cuáles son los derechos de los que, por ser ciudadanos de ese concreto y determinado Estado federal, son titulares los distintos individuos, y cuyo respeto pueden, por esa misma causa, exigir tanto a las autoridades de la organización política central como a las de las distintas organizaciones políticas regionales. La declaración de derechos federal se convierte, de esta suerte, en el contenido mínimo, y común, de la libertad civil de los ciudadanos federales. Y, en todo caso, corresponde a los poderes centrales la misión de lograr que esa libertad civil sea real y efectiva en todo el territorio federal.

La segunda etapa, por su parte, y que por lo demás, se presenta como un claro ejemplo de la ausencia de una auténtica autonomía constituyente en las colectividades-miembro, se materializará tomando en consideración la capacidad de autogobierno de los distintos centros autónomos de decisión política democrática y legítima. Y es que forma parte de la lógica del Estado políticamente descentralizado el que estos últimos, respetando siempre ese contenido mínimo de la libertad civil determinado por el texto constitucional federal (M. Mouskheli), pueden proceder al reconocimien-

to de nuevos derechos, y, en todo caso, pudiendo cada uno de sus poderes constituidos extraordinarios regionales recoger unos derechos distintos. Ahora bien, sucede que si esto es así, lo que se establece para garantizar la obligada igualdad entre todos los miembros de esa ciudadanía federal única es que, muy en contra de lo pretendido por el catalanismo político en los albores del proceso estatuyente catalán de 2003-2006, esos nuevos derechos reconocidos en una de las colectividades-miembro no pueden tener la consideración de derechos exclusivos de los naturales de ese determinado centro autónomo de decisión política, democrática y legítima. Antes al contrario, lo que se establece es que, en el caso de que este supuesto llegue a verificarse, todos los ciudadanos federales, incluso aunque en su colectividad particular no estén reconocidos, podrán disfrutar del ejercicio de esos nuevos derechos mientras estén en el territorio del miembro donde se reconocieron y, además, y esto es lo importante y lo que ha de ser destacado, en condiciones de absoluta igualdad con los ciudadanos de este último.

Enfrentando, en 1992 —y conviene precisar la fecha, aunque sea tan sólo por cuanto que únicamente puede alcanzarse una ponderada y cabal comprensión de todas y cada una de las ramas del derecho del Estado cuando su análisis se realiza teniendo aquellas fundamentales categorías de “espacio” y “tiempo” que fueron felizmente recuperadas por Heller y Smend para el estudio del derecho constitucional (P. de Vega)—, la realidad jurídica y política del nuevo ente supraestatal europeo a estos dos modelos, La Pergola no puede dejar de realizar dos constataciones, las que, aunque, por obvias e indiscutibles, pueda parecer superfluo e inútil el hacerlo, no podemos dejar de tomar en consideración. A saber:

1) Que al nuevo ente jurídico-político europeo no le resulte aplicable el régimen jurídico de la libertad civil propio, y característico, de la Confederación de Estados en su manifestación arcaica. Y, además, esta inaplicabilidad se produce de un modo radical. Lo que, estimamos, no ha de ser muy difícil de comprender. Como tampoco debiera existir problema alguno para compartir la opinión de La Pergola. Bastará, en nuestra opinión, para ello con tener en cuenta las singulares peculiaridades que caracterizan a la actual unión supraestatal europea. Si así se hace, todos, en particular los constitucionalistas e internacionalistas, podremos convenir en la consideración de que aquel régimen era perfecto, e idóneo, para atender el problema de los derechos de los individuos en el marco de las viejas uniones de Estados de derecho internacional, en las cuales —y como contenido medular y basilar de su propia esencia—, al no constituir una comunidad política única, existen tantas ciudadaníaes como cuerpos políticos integren aquéllas.

De igual manera, tendremos que convenir también, constitucionalistas e internacionalistas, en que aquel sistema no resulta útil para resolver la problemática de los derechos en el ámbito de la Unión Europea. Circunstancia que, en última instancia, se explica por el hecho de que ésta, manteniéndose como una unión de Estados de derecho internacional, pretende, empero, configurarse no como una mera asociación permanente, destinada a la satisfacción y consecución de unos intereses y unos fines generales comunes, de Estados soberanos, que es, como ya hemos tenido ocasión de señalar, lo propio de las organizaciones internacionales y de las confederaciones arcaicas, sino también, y al mismo tiempo, como una auténtica unión de individuos. Y es, justamente —y no importa insistir en ello—, porque esta pretensión determina la aparición no, ni mucho menos, de un pueblo europeo único, pero sí, y de forma incontestable, la de una ciudadanía única, por lo que, en definitiva, ya no resulta admisible, ni democráticamente tolerable, el que los diversos ciudadanos comunitarios disfruten de un distinto nivel de libertad civil en función del Estado comunitario del que sean naturales.

2) Constata, asimismo, el profesor La Pergola que siendo cierto lo anterior, ocurre, no obstante, que, en 1992, era formalmente inviable en la aplicación estricta de la solución federal en la Unión Europea. Imposibilidad ésta que no se debía tan sólo, aunque también, y con una grandísima importancia, al hecho de que, por no haber tenido lugar del contrato social althusiano-rousseauiano, la Comunidad/Unión Europea, a diferencia del *Bundesstaat*, no constituía una comunidad política estatal única.

Además de la circunstancia de que no estamos ante un cuerpo político único, ni siquiera en su manifestación de Estado políticamente descentralizado, que es ya, y de manera inconcusa, de por sí un dato extraordinariamente relevante, la imposibilidad de atender en el ente supraestatal europeo la problemática de la libertad civil de acuerdo con la solución federal, venía determinada por otro motivo, que, en todo caso, resultaba de una fundamental importancia. Y éste no es otro que el de que, insistamos en ello, en 1992, y hasta la aprobación, en 2001, de la llamada “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, no existía en la Unión Europea ninguna norma jurídica declarativa de derechos. Es más, ocurría, aunque ello pueda parecer paradójico, que ni siquiera la Convención Europea de Derechos Humanos, de 1950, que había sido válidamente ratificada por todos los Estados integrantes del ente jurídico-político supraestatal europeo, formaba parte del acervo jurídico comunitario.

Lo de menos, como ha de ser para todos meridiano, sería el detenernos, aquí y ahora, a indicar que el anterior problema fue, de uno u otro modo,

solventado en la práctica jurídica y política de la propia Unión Europea. Aunque, no obstante, acaso no resulte ocioso advertir que la solución a este problema vino de la mano de la aplicación de lo que, inspirándose en la fórmula acuñada por Josep Kunz⁹¹⁹ del *International Law by analogy*, La Pergola, continuando con la idea que ya había expuesto en 1969,⁹²⁰ denominó el “federalismo por analogía”.⁹²¹ Nos referimos, fácil debiera ser para todos comprenderlo, al hecho de que, pese a la ausencia de una norma comunitaria específica que determinase, clara, nítida, tajante y definitivamente, cuál debía ser el contenido mínimo común de la libertad civil de la que podían gozar los individuos en su condición de ciudadanos comunitarios, es lo cierto, sin embargo, que se garantiza una cierta igualdad entre todos ellos. Lo que, en última instancia, se conseguía al aplicar, y al hacer obligatorias las consecuencias jurídicas que de ello se derivan, el segundo de los mecanismos por los que, como consecuencia directa e inmediata de las relaciones jurídicas de supra y subordinación, se garantiza en el derecho constitucional federal la igualdad de derechos de todos los ciudadanos de la unión de Estados de derecho constitucional, y en todo el territorio.

Nos encontramos, de esta suerte, ante uno de los problemas jurídicos derivados del proceso de integración europea, respecto de los cuales, y en contra de lo que les gustaría poder imponer a algunos internacionalistas, los constitucionalistas no podemos considerarnos ajenos a su estudio científico. Y ello porque, como a nadie puede ocultársele, la adopción por parte de la Unión Europea de esta medida, que es propia y característica de la forma política Estado federal, en lo que termina traducéndose es en la inevitable verificación de mutaciones constitucionales —entendidas como facultades que se ejercitan dentro de una determinada Constitución, y que resultan válidas, lícitas y legítimas cuando la alteración de ese código constitucional se lleva a cabo con el mayor respeto a la voluntad del legislador constituyente originario— de la normativa fundamental de cada uno de los Estados miembros de la moderna Confederación de Estados europea. Piénsese, en este sentido, que, por este fenómeno al que nos referimos, son no pocos los preceptos contenidos en el título I de la Constitución Española de 1978 que, manteniendo, por supuesto, su literalidad original, han recibido un sentido y un significado distinto al que les había otorgado el Poder Constituyente cuando los aprobó. Lo que, ni que decir tiene, se hace patente en cuanto a la problemática de la titularidad y disfrute de los derechos y libertades en ellos consagrados. En efecto, nos encontramos con que todos estos preceptos habían sido aprobados desde la idea de que mientras que los españoles no sólo serían los únicos sujetos que podrían presentarse como los titulares

de estos derechos, sino que, en cuanto que ciudadanos del Estado español, tendrían garantizado el pleno, y pacífico, disfrute de los mismos, los “no españoles” tan sólo podrían gozar del ejercicio de éstos en la medida en que los poderes públicos españoles les invitasen a ello y, en todo caso, con los requisitos y limitaciones que estos últimos les impusiesen. Pues bien, esta diferenciación respecto de la libertad civil es la que, como decimos, ha sufrido una gran conmoción como consecuencia de la profundización y desarrollo del proceso de unificación y centralización de la estructura supranacional. Siendo así, resulta hoy obligado interpretar estas normas constitucionales no desde la primigenia diferenciación, sino atendiendo a una triple distinción: 1) los ciudadanos españoles, cuyo estatus jurídico subjetivo no ha variado en el interior del Estado; 2) los “no españoles”, pero sí “ciudadanos comunitarios”, quienes, por el mero hecho de ser naturales de alguno de los Estados de la Unión, podrán ejercitar, y hacer valer, estos derechos en condiciones de igualdad absoluta con los españoles, y 3) los “no españoles” y “no ciudadanos comunitarios”, que continuarán sometidos a las mismas condiciones que existían en el momento de aprobarse el actual texto español.

De cualquier manera, lo que a nosotros interesa, realmente, aquí es conocer las consecuencias que saca La Pergola de la situación jurídica y política antes descrita. Entiende, y no sin falta de razón, el doctor La Pergola que porque la Unión Europea quiere ser una asociación tanto de Estados soberanos como de individuos, habría de ser una tarea primordial, prioritaria, fundamental e ineludible de la propia entidad jurídico-política supraestatal y supraindividual la de determinar, y con la mayor claridad y precisión posible, cuál es el estatuto jurídico subjetivo de todos aquellos hombres y mujeres a los que atribuye la condición de ser ciudadanos comunitarios. Lo que, como ha de ser para todos obvio, comporta la obligación de proceder en el ámbito de la Unión Europea, y actuando ésta como un sujeto distinto y, en cierta medida, contrapuesto a cada una de las comunidades políticas estatales que la componen, a la aprobación de una declaración de derechos, que, al igual que sucedió en el caso de los Estados-nación, debería ser recogida, como imperativo derivado del racionalismo jurídico, en un documento escrito formal y solemne.

Ocurre también, y en el mismo orden de consideraciones, que es plenamente consciente el maestro La Pergola de que para que esa esfera de libertad absoluta sea verdaderamente eficaz, no basta, y en modo alguno, con que los derechos reconocidos aparezcan consignados en un documento escrito que, aunque sea formal y solemne, tenga el carácter de una mera

declaración formal. Y ello por cuanto que, como viene a confirmar la historia del derecho constitucional europeo, en un tal supuesto los derechos y libertades reconocidos se verían irremediabilmente destinados, como le sucedió a todas aquellas muy enfáticas y solemnes declaraciones de derechos aprobadas en la etapa del Estado burgués de derecho, a disolverse en el ámbito de la retórica y de las buenas intenciones, que es, por cierto, a lo que, hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, habían condenado los administradores del europeísmo institucional a la Declaración Europea de Derechos Fundamentales al rechazar la propuesta realizada por el europarlamentario socialista español, y catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, López Garrido, de que la misma se incorporase a un tratado dotado de una auténtica fuerza jurídica obligatoria y vinculante.

Es menester, en consecuencia, y como, con total acierto, comprendió el constitucionalista italiano, que, si de verdad quiere hacerse real y efectiva la libertad civil de los ciudadanos comunitarios, al igual que sucede en el interior de los Estados, esa declaración de derechos y libertades sea establecida en el más alto nivel normativo de la comunidad política. En este caso, es necesario, imprescindible, obligado e inexcusable el que aquélla se incorpore a la normativa fundamental por la que se rige la moderna unión de Estados de derecho internacional europea.

Resultado de todas las consideraciones anteriores es, en definitiva, el que Antonio La Pergola se viera abocado a afirmar que, porque esto es así, inconcuso resulta que, por sus propias particularidades, la Unión Europea no puede seguir conduciendo su vida ordinaria mediante normas que respondan a un concepto tradicional de tratado internacional. Tal alternativa resultaba aceptable y plausible en aquellas etapas en las que el ente supraestatal europeo se configuraba como Mercado Común o como Comunidad Económica Europea. Pero no lo es, en efecto, cuando aquél trata de constituirse como una unión política y jurídica de Estados soberanos y de ciudadanos. De esta suerte, lo que sucede, siempre en opinión del profesor italiano, es que, porque necesariamente esa norma fundamental al incluir, junto con los tradicionales contenidos de los tratados de las uniones de Estados de derecho internacional, esa declaración de derechos y libertades, debe aprobarse en la Unión Europea por una norma que, por su función y sus contenidos, se aproxime al concepto de Constitución.

Ni que decir tiene que todo este panorama cambia, por lo menos desde el punto de vista jurídico-formal, con la incorporación de la declaración europea de derechos fundamentales a un tratado fundacional. Ahora, en

efecto, nos encontramos con que también en el ámbito de la Unión Europea puede hablarse, y en cierto modo sería correcto, de la consagración en el plano normativo de un mínimo de libertad común para todos los ciudadanos europeos. Pero, como a nadie puede ocultársele, el hecho de que se trate de una norma de carácter convencional, es decir, del derecho internacional público, aunque sea especial y particular, y no del derecho constitucional, plantea una serie de problemas que, en tanto en cuanto vienen a dificultar la correcta articulación de la problemática de la libertad civil desde los esquemas del federalismo estatal, no podemos dejar de plantear.

Nadie discute, ni, por lo demás, podría hacerlo, por lo menos si actúa de una manera cabal, ponderada y objetiva, que contamos hoy, desde 2001 y, sobre todo, desde la aprobación del Tratado de Lisboa, con una norma jurídica del derecho de la Unión Europea que reconoce, y proclama, la existencia de una esfera de libertad civil para todos los hombres y mujeres que, en cuanto que ciudadanos de alguno de los Estados comunitarios, gozan de la condición de ser ciudadanos de la Unión Europea. Norma ésta que, como de una u otra suerte ha quedado ya dicho, presenta ciertas peculiaridades respecto del resto de las normas jurídicas declarativas de derechos que existen tanto en el marco del derecho internacional público general, como en el de ese derecho internacional público particular y especial por el que se rige la vida de otras uniones de Estados de derecho internacional actuales y que, de manera indisputable, se corresponden plenamente con el concepto que de estas últimas había formulado la clásica teoría del Estado y de la Constitución. Y es que, en efecto, y como nadie puede desconocer, la declaración europea de derechos fundamentales se caracteriza por el hecho de que, frente a lo que hacen estas últimas normas internacionales a las que estamos aludiendo, reconoce a los hombres y mujeres europeos como titulares de una serie de derechos y libertades, y les reconoce y garantiza su pleno y total disfrute, no en cuanto que hombres y mujeres, sino por su condición de ciudadanos de la propia Unión Europea.

Porque esto es así, bien podemos afirmar, y siguiendo, una vez más, las tesis de La Pergola sobre el hecho de que la actual Unión Europea, en la que se ha aceptado como criterio inspirador, vertebrador, fundamentador y articulador el federalismo, se presenta como una singular forma de organización política supraestatal que, manteniéndose como un ente político y jurídico de carácter internacional, se aproxima, o al menos debe aproximarse, mucho en sus soluciones normativas a las que son propias de las uniones de Estados de derecho constitucional, que contamos hoy en el marco de la Unión Europea con ese mínimo de libertad común a todos los ciudadanos

que, como sabemos, es característico de la forma jurídica y política general “Estado federal”, y que se concreta, obviamente, en todos aquellos preceptos del Tratado de Lisboa declarativos de derechos. Siendo así, y situados en la órbita de lo que este gran constitucionalista italiano llamó, como sabemos, “el federalismo por analogía” —que, en rigor, no es más que actuar de un modo bien diverso a lo que habían defendido, por ejemplo, un Bilfinger⁹²² o un Jerusalem⁹²³ en el sentido de que en no pocas ocasiones las relaciones internas del Estado federal, que es un Estado constitucional único, debían ser explicadas de acuerdo con la lógica propia e inherente al derecho internacional público—, cabría comprender que las normas declarativas de derechos y libertades de los ciudadanos europeos contenidas hoy en el Tratado de Lisboa, y a las que se les atribuye el carácter de ser normas jurídicas obligatorias y vinculantes tanto para los dirigentes institucionales del europeísmo oficial como para los poderes constituidos de los distintos Estados comunitarios y para todos los individuos que conforman la masa social de la Unión Europea, vienen a ocupar en el ámbito de la nueva Confederación de Estados en su forma moderna europea el lugar que en las clásicas uniones de Estados de derecho constitucional le corresponde a la tabla de derechos federal. Por lo menos, y si nosotros hemos entendido bien las construcciones del maestro La Pergola, habría que concluir esto desde un punto de vista lógico y jurídico-formal.

Ahora bien, incluso admitiendo lo anterior, esto es, que la tabla de derechos y libertades contenida en el Tratado de Lisboa desarrolle la misma función, y desde el punto de vista jurídico-político y jurídico-formal, en esta materia que la que le corresponde a los preceptos declarativos de derechos y libertades en las Constituciones de los distintos Estados políticamente descentralizados, aparece ante nosotros el interrogante de cuál es, en realidad, y en rigor, el valor jurídico que ha de atribuirse a tales preceptos contenidos en un cuerpo normativo que, aunque particular y especial, no deja de ser reconducible al clásico, y todavía válido, concepto de norma del derecho internacional público. Dicho de otra manera, el interrogante que se nos plantea es el de la eficacia jurídica de tales normas declarativas de derechos y libertades. Problema éste que, como a nadie puede ocultársele, adquiere una especial importancia en relación con aquellos Estados constitucionales que forman parte de la Unión Europea y que, como sucede, por ejemplo, en el supuesto español, reconocen en sus respectivos códigos constitucionales una esfera de libertad civil mucho más amplia que la que ha sido consagrada en el ámbito de la normativa fundamental del ente supraestatal europeo. Pero, es menester advertir, y de manera inme-

diata, que el mismo interrogante se plantea también en los demás Estados comunitarios. Y este último, en definitiva, no es otro que el de determinar el si, a pesar de su denominación como declaración europea de derechos fundamentales, nos encontramos ante unos verdaderos derechos fundamentales en el sentido que esta expresión tiene en la mayoría de los autores de la teoría del derecho constitucional, o si, por el contrario, se trata, y a pesar de esa ya aludida singularidad de que esos derechos y libertades consagrados en la normativa fundamental de la Unión Europea se reconocen para los ciudadanos europeos o ciudadanos comunitarios, y sólo para ellos, de una singular, atípica y especial, consecuencia inmediata, como nadie puede ocultársele, de las particulares notas caracterizadoras de la propia Unión Europea en cuanto que moderna manifestación estructural de la forma política y jurídica general “unión de Estados de derecho internacional”, declaración de derechos y libertades que ha de ser remitida al viejo concepto de las declaraciones de derechos humanos, lógicamente, en el sentido que a esta expresión le otorgaba la clásica teoría del Estado y de la Constitución. Interrogante este último que, y me interesa dejarlo claro, en modo alguno se plantea con la intención de negar la decisiva y categórica importancia y trascendencia que tiene el hecho de que, por fin, se haya procedido en la Unión Europea a la consagración, en lógica y consecuente coherencia con su pretensión de ser al mismo tiempo, y por igual, una unión de Estados soberanos y una unión de ciudadanos, de la determinación precisa de cuáles son los derechos y libertades de los que van a poder disfrutar los individuos que integran la ciudadanía europea, y que, en todo caso, y por la propia lógica interna de la democracia constitucional en relación con la libertad civil, van a ser los que estos ciudadanos comunitarios deberían poder oponer a las pretensiones de quienes en cada momento histórico ocupen el poder en el aparato institucional central del ente supraestatal europeo.

Como ha de ser para todos evidente, la respuesta a la pregunta anterior podrá tan sólo ser hallada desde el planteamiento de este problema en el marco del proceso de conceptualización y fundamentación que, a lo largo de la historia, se ha venido formulando y que, en definitiva, constituye el transfondo teórico-ideológico que permitió la aparición histórica de la propia institución de los derechos fundamentales, así como el que determinó el que éstos llegasen a tener, y en muy buena medida como consecuencia de que al aceptarse sin ambages de ningún tipo la propia eficacia de las ideas y del principio democrático (P. de Vega), se abandonase la que, por utilizar la terminología acuñada por Carré de Malberg, a la que ya hemos hecho referencia en este trabajo, llamó la “concepción iusnaturalista de los derechos

fundamentales”, una verdadera eficacia jurídica. Y en este sentido, debemos recordar que son unas afirmaciones prácticamente unánimes entre los constitucionalistas, y, por lo que yo sé, también muy generalizadas entre el resto de los profesionales universitarios de las ciencias jurídicas, las de que, en primer término, no cabe afirmar que los derechos fundamentales y libertades públicas naciesen en la Gran Bretaña de 1215, y como consecuencia de la aprobación de la *Magna Charta*,⁹²⁴ en tanto en cuanto que este documento, inequívoco supuesto de lo que, por ejemplo, el doctor García-Pelayo⁹²⁵ denominó, de un modo no excesivamente preciso desde el punto de vista del concepto moderno, técnico y actual de los códigos constitucionales, “Constituciones estamentales”, lo que en realidad hacía, y ello es difícilmente cuestionable, era hacer expresos los acuerdos alcanzados por el rey con los *meliores et majores terrae*, categoría ésta de la que quedaban excluidos, nadie puede ignorarlo, la mayoría de los hombres y mujeres que formaban parte de la comunidad política. En segundo lugar, también está aceptado generalmente entre los constitucionalistas la idea de que tampoco puede hablarse de la existencia de una verdadera libertad civil en la etapa del Estado absoluto. Lo que, según nuestro modesto parecer, resulta fácilmente comprensible. Al fin y al cabo, lo que sucedía en esta manifestación estructural concreta de la forma política Estado es que el privilegio, mucho mejor que los derechos, se presentaba como una concesión graciosa del monarca a las clases política, social y económicamente más poderosas.

Nada de particular tiene, en este contexto, que exista, como ya quedó indicado más arriba, una idea firmemente instalada, como mínimo —aunque he de señalar, en este sentido, que estoy persuadido de que lo mismo sucede en relación con el resto de los profesionales de las ciencias jurídicas—, en el imaginario colectivo de los constitucionalistas, y del resto de los estudiosos de las ciencias del Estado y de las ciencias del derecho del Estado, la de que tenía toda la razón Jellinek⁹²⁶ cuando afirmó que la historia de los derechos fundamentales comienza con la aprobación, el 12 de junio de 1776, del *Bill of Rights* de Virginia. Ahora bien, decir esto es, en verdad, decir muy poco y, de cualquiera de las maneras, resulta de una muy poca utilidad para encontrar la solución al problema que, aquí y ahora, nos ocupa. Lo que en realidad interesa es poner de manifiesto cuál es el substrato teórico e ideológico que inspiró la aprobación de las distintas declaraciones de derechos fundamentales realizadas en los Estados particulares de los Estados Unidos de América, y que, como nadie puede desconocer, tomaron como modelo el documento escrito formal y solemne de los revolucionarios liberal-burgueses virginianos, y que, como, entre otros, ha

puesto de relieve Egon Zweig,⁹²⁷ es el mismo que determinó la aprobación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 en la Francia revolucionaria. Y éste, innecesario debiera ser aclararlo, y más en el ámbito de los estudios relativos a las ciencias constitucionales, no es otro, y, como nos indican Borgeaud, Arnoult, Carré de Malberg y De Vega, a uno y a otro lado del Atlántico, que el que se deriva de aquella primera, y con toda probabilidad la más lúcida teorización que, bajo una más que sobresaliente influencia del puritanismo calvinista, había realizado John Wise, en 1717, sobre la mecánica del proceso constituyente y que, como seguramente no podría ser de otra manera, se encontraba inspirada en la lógica interna del iusnaturalismo contractualista.

De una manera mucho más concreta, es para todos una absoluta evidencia el que la aparición histórica de los derechos fundamentales se realiza tomando como punto de referencia teórico inexcusable el que Wise había llamado el “momento de la libertad” y que, como nadie desconoce, se presentaba como la primera etapa del proceso constituyente revolucionario. Como sabe todo constitucionalista que no renuncia al estudio de los procesos de conceptualización y fundamentación del Estado constitucional mismo, la esencia de esta etapa del proceso constituyente, a la que Adams, el “conspicuo mentor de la revolución”,⁹²⁸ identificó con el rótulo de “momento de la libertad”, no puede ser más clara en el escrito del reverendo Wise.⁹²⁹ Aunque, no obstante, en modo alguno resulta ocioso el volver a ponerlas de manifiesto. Partiendo de la idea, típica y común, a pesar de que Benjamín Constant no pudiese o, seguramente, no quisiese comprenderlo, a todos los autores del iusnaturalismo contractualista, de que la ordenada, correcta y pacífica ordenación de la vida política y jurídica de la comunidad política requería el que, respetando siempre, y sin excepción posible, los derechos inalienables, cada uno de los hombres y mujeres que iban a crear, de manera libre y voluntaria, el Estado renunciase a una parte de su libertad, comprendió Wise que el primer hito que debía culminarse para la creación del propio cuerpo político era el de determinar, y lo más claramente que fuera posible, cuáles iban a ser los derechos y libertades que los ciudadanos del naciente Estado iban a conservar en su poder, y que, por ello mismo, iban a ser los que, de manera exclusiva, podrían oponer frente a las pretensiones de los gobernantes, y sobre todo cuando éstos, por utilizar aquella terminología que resultaba tan ingrata tanto a Juan de Salisbury como a los monarcómanos, mostrasen una propensión a convertirse en tiranos. Para tal fin, estableció John Wise una fundamental distinción, que es, por lo demás, y como debiera ser reconocido por parte de cualquier profesional de las

ciencias jurídicas, incluso aunque su objeto de investigación lo constituyan aquellas ramas del ordenamiento jurídico que no se encuentran adscritas al derecho del Estado, y de un modo muy particular a las ciencias constitucionales, sobre la que sigue todavía gravitando toda la rica problemática de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los hombres. Afirmó, en efecto, y a este respecto, el revolucionario calvinista que era no sólo conveniente, sino imprescindible, el proceder a diferenciar los derechos y libertades que integraban lo que Wise llamaba la “libertad natural”, y aquellos otros que definían y particularizaban la “libertad civil”. La primera, ni que decir tiene, aparecía, en los esquemas mentales desde los que operaba el reverendo Wise, referida a todos aquellos derechos y libertades de los que los hombres son titulares por el mero hecho de ser hombres. De ahí, justamente, el que Wise sentenciara que la libertad natural era, y debía ser, igual en todas partes, lo que, por lo demás, no es sino la lógica consecuencia de la clara y contundente afirmación del más sólido y consolidado pensamiento político democrático, en virtud de la cual los hombres, que nacen iguales, han de ser iguales en cualquier parte del globo terrestre. Frente a esta “libertad natural”, levanta John Wise el concepto de “libertad civil”. Lo característico de esta última, que, en opinión de nuestro autor, habría de consistir como mínimo en la que disfrutaban los ingleses, es el que estaría integrada por aquella parte de la libertad natural a la que no han renunciado los hombres para adquirir la condición de ciudadanos del nascente cuerpo político. Lo que, traducido en otros términos, significa que los derechos y libertades que conforman la esfera de la “libertad civil” no le corresponden a los hombres, y ni mucho menos, por su condición de ser tales hombres, sino, por el contrario, por disfrutar de la ciudadanía del Estado de que se trate. De esta suerte, a nadie puede extrañar que llegase a la conclusión Wise de que mientras que, como acabamos de decir, la libertad natural debía ser igual en todas partes, la libertad civil podría, sin embargo, variar, y de forma sustancial, de una comunidad política a otra comunidad política.

Aparecía, de este modo, y esto es lo que, por lo menos en primera instancia, nos interesaba destacar, la contraposición entre los que en el Continente Europeo solemos llamar “derechos fundamentales”, y que en el ámbito iberoamericano suelen ser identificados con el término de “derechos humanos”, que son, como ha de ser fácilmente deducible para todos los juristas, los que se corresponden con el concepto de “libertad civil” acuñado por el célebre reverendo de Nueva Inglaterra, y lo que los juristas europeos llamamos “derechos humanos”, las usualmente denominadas “libertades naturales” por nuestros colegas iberoamericanos —no hace falta

ser en exceso sagaz para llegar a la conclusión de que, dada esta variedad terminológica, al mismo tiempo que esta identidad sustancial en las instituciones, en modo alguno podría considerarse descabellado, y mucho menos servir como excusa para la total descalificación científica, el seguir apelando a la figura de la “libertad civil” con la que, como estamos diciendo, Wise puso en marcha, y siquiera sea de manera implícita, el concepto mismo de “derechos fundamentales”—. E importa señalar, a este respecto, que desde el momento mismo en el que el de Nueva Inglaterra desarrolló su concepción del momento de la libertad, y procedió a establecer la distinción entre la “libertad civil” y la “libertad natural”, se presentó como algo evidente el que, en tanto en cuanto son éstos los que los individuos, en su condición de ciudadanos, pueden oponer y actuar frente al poder político —y como gran conquista del Estado constitucional democrático y social, y, en nuestra opinión, como consecuencia directa e inmediata de que en este último se habían aceptado definitivamente los planteamientos del “Ciudadano de Ginebra”, desde donde la libertad de los hombres solamente será posible, real y efectiva cuando la comunidad política se organice desde la lógica inherente a las ideas y el principio democrático,⁹³⁰ también frente al poder privado—, la idea de los derechos fundamentales ha estado siempre referida a su posible ejercicio en el marco del Estado.

Es, obviamente, desde la anterior óptica, desde donde comenzamos ya a estar en condiciones de comprender cuál es el gran problema que plantea la naturaleza jurídica de la declaración europea de derechos fundamentales. Y es que el interrogante que se nos plantea es el de si los derechos y libertades que la normativa fundamental de la Unión Europea reconoce a los ciudadanos comunitarios pueden ser, o no, considerados como una manifestación clara e inequívoca del concepto de “libertad civil”, en el sentido que a esta expresión, y desde la más absoluta de las coherencias con la propia lógica de la teoría del derecho constitucional, le estamos dando en este escrito. Cuestión que resulta compleja en la medida en que, como, de forma reiterada, y de la mano de Antonio La Pergola, estamos afirmando la Unión Europea, y esto es indiscutible, y sobre lo mismo existe un total acuerdo entre los profesionales universitarios de las ciencias del derecho internacional público y los de las ciencias constitucionales, no es, ni, por cuanto que no se ha verificado en el ámbito geográfico del ente supraestatal europeo ese contrato social althussiano-rousseauiano, un Estado constitucional único, sino que, como también resulta inobjetable, existen en el seno de la actual Unión Europea tantos cuerpos políticos diferenciados como Estados soberanos la integran, y, además, ocurre que la misma no está llamada a constituirse en

un Estado constitucional único, sino a permanecer, para asegurar de esta suerte su propia subsistencia, como una unión de Estados de derecho internacional, a la que, por ser la manifestación estructural más perfecta que ha existido en la historia, nosotros somos partidarios de identificar como una Confederación de Estados en su forma moderna.

En tales circunstancias, parece claro que no es correcto, desde los clásicos esquemas de la teoría del Estado y de la Constitución, el afirmar que los preceptos declarativos de derechos y libertades de los ciudadanos europeos contenidos en la normativa fundamental de la Unión Europea puedan, y deban, ser reconducidos a la noción de “derechos fundamentales” que, como acabamos de ver, remite siempre a la existencia de un Estado soberano. Se trata entonces, y pese a la especialidad derivada de la propia naturaleza del ente supraestatal europeo, de la declaración de un ámbito de libertad privativo para un ente político y jurídico de carácter internacional y que, en definitiva, se encontraría mucho más cerca de la noción de la “libertad natural” o de los “derechos humanos” que de la de los “derechos fundamentales”, que es la categoría que, en vía de principio, ha de operar siempre en las relaciones que puedan establecerse entre los individuos aisladamente considerados y los diversos Estados soberanos de los que aquéllos no son ciudadanos.

Francamente —y con esto ya acabo—, he de indicar que, en este confuso panorama jurídico y político, no sabría yo pronunciar, y de forma categórica, tajante y concluyente, sobre si la Carta Europea de Derechos Fundamentales, incorporada hoy a un tratado fundacional del ente supraestatal europeo y que, en cuanto que parte de este último, goza de una cierta fuerza jurídica obligatoria y vinculante, constituye en verdad una auténtica e indiscutible declaración de derechos humanos del derecho internacional público, o si, por el contrario, y en la medida en que aquélla restringe la titularidad y libre ejercicio de los derechos reconocidos a quienes, por ser naturales de alguno de los Estados comunitarios, disfrutan de la enfáticamente proclamada ciudadanía europea, la misma, no obstante el hecho de que su ámbito de aplicación no es un único Estado constitucional soberano, sino una unión de Estados de derecho internacional, ha de ser considerada como un supuesto especial, peculiar y singular de la figura de las declaraciones de derechos fundamentales. Ahora bien, si esto es así, sobre lo que no tengo duda alguna es sobre el hecho de que todos estos derechos y libertades que se reconocen a los ciudadanos europeos están incorporados a una norma jurídica que, aunque sea especial y particular, es, dado su carácter innegablemente convencional, una norma del derecho internacional público.

Es, en definitiva, desde esta consideración desde donde podemos tratar de dar una respuesta cabal y ponderada al interrogante que antes nos formulábamos en relación a cuál es el valor que ha de reconocerse a la declaración europea de derechos fundamentales desde el punto de vista interno, así como a la de cuál es su verdadera eficacia jurídica en el interior de cada uno de los Estados soberanos que se encuentran integrados en la Unión Europea, y sobre todo en relación con aquellos que en su Constitución han consagrado un ámbito de libertad civil más amplio que el establecido por la normativa fundamental de la nueva Confederación de Estados en su forma moderna europea. Y la respuesta a estas cuestiones se presenta, según nuestro parecer, y sobre todo tomando en consideración que el propio Tratado de Lisboa, por un muy buen acuerdo de sus autores, determina que la tabla de derechos en él contenida jamás puede implicar una merma en la titularidad y pleno disfrute, en el caso de los ciudadanos de cada uno de los Estados comunitarios, y en el libre ejercicio, y en pie de igualdad con los naturales de esta comunidad jurídica y política particular, por parte de los ciudadanos europeos que se encuentren en el territorio de alguno de los Estados comunitarios que se encuentren en el supuesto al que estamos aludiendo, de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en el derecho constitucional estatal, como una tarea relativamente sencilla. A saber: que porque se trata de algo establecido en una norma del derecho internacional público, aunque sea especial y particular, y que bajo ningún concepto, y porque así lo dispone la propia normativa fundamental europea, y, por lo demás, ha reconocido el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su pronunciamiento conocido como “Sentencia Melloni” en relación directa con la normativa del derecho de la Unión Europea,⁹³¹ puede comportar una disminución del ámbito de la libertad civil conquistada por los ciudadanos en el marco de su propio Estado soberano, lo que sucede, y lo que únicamente, y desde la más elemental lógica jurídica y política, puede suceder en el caso de los Estados constitucionales cuyo ordenamiento constitucional reconoce y garantiza a sus ciudadanos y a los ciudadanos europeos un amplio elenco de derechos fundamentales y libertades públicas, es que a la Carta Europea de los Derechos Fundamentales habrá de aplicársele el régimen jurídico que corresponde, de acuerdo con su propio y privativo código jurídico-político fundamental, a cualquier norma internacional declarativa de derechos. En el caso español, éste viene identificado por lo dispuesto por nuestro legislador constituyente de 1977-1978 en el artículo 10.2, en virtud del cual “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce,

se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Dos son, de manera fundamental, los corolarios que se desprenden de lo anterior. El primero es el de que, como, aunque refiriéndose de manera general a las normas del derecho internacional público declarativas de derechos y en relación con lo dispuesto en el artículo 10.1, y que, en nuestra opinión, sería plenamente aplicable al supuesto que aquí y ahora nos ocupa, aunque sólo sea por analogía, sentó el Tribunal Constitucional español⁹³² —interpretación ésta que, en todo caso, vendría avalada, según nuestra opinión, tanto por lo dicho por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el *caso Bananas* (Resolución 7/2000) como lo afirmado por el supremo custodio constitucional español en la STC 28/1991, que, por lo demás, no hacen más que confirmar el criterio sentado en la ya citada STC 120/1990, como lo que se desprende de la interpretación conjunta de la STC 58/2004 (“es claro también que, en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE”), y del ATC 86/2011, fundamentalmente en lo que se refiere a los apartados “b” y “c” del fundamento jurídico 4o., en donde se afirma, sin ambages de ningún tipo, que la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional estatal jamás puede verse disminuida por un estándar de protección jurisdiccional—, la posible violación de alguno de los derechos y libertades de los ciudadanos europeos consagrados por el Tratado de Lisboa, por parte de los poderes públicos españoles, y tanto si se trata de los correspondientes a la organización política central, o si, por el contrario, la vulneración procede de la actuación de las autoridades de las organizaciones políticas regionales, no abre, y salvo que tal conculcación pueda ser referida de manera expresa y directa a la violación de alguno de los preceptos constitucionales comprendidos entre los artículos 14 a 29 y 30.2, por sí misma la posibilidad de interponer un recurso de amparo ante la jurisdicción constitucional.

La segunda consecuencia, por su parte, y que acaso sea lo que permita comprender adecuadamente el motivo del corolario anterior, es la de que, porque, al fin y al cabo, se trata de una norma del derecho internacional público relativa a la libertad civil, su verdadera virtualidad en el terreno ju-

rídico, y en todos los órdenes, es la que se corresponde con todas las demás normas del derecho internacional público a las que nuestro último Constituyente se refirió en el mencionado artículo 10.2. De esta suerte, y atendiendo tanto a lo dispuesto en este último precepto constitucional como a lo que, como hemos señalado ya, determina el propio Tratado de Lisboa, con lo que nos encontramos es con que la carta europea de derechos fundamentales, al igual que sucede con los preceptos que sobre esta materia existen en el del derecho internacional público y que han sido válidamente ratificados por el Estado español, se convierten, como, con total acierto, rigor y claridad, señaló mi muy estimado amigo y colega Raúl Canosa, en “los elementos interpretativos más importantes, en cuanto que coadyuvan en primerísimo plano a la resolución de los problemas hermenéuticos planteados a causa de dudas sobre la aplicación de las libertades y derechos reconocidos por la vigente Constitución”.⁹³³

Notas

⁸²⁴ Cfr. J. Hatschek, *Allgemeine Staatsrecht auf rechtsvergleichender Grundlage*, cit., t. II, p. 7.

⁸²⁵ Cfr. L. Le Fur, *État Fédéral et Confédération d’États*, cit., pp. 493 y 494, en nota.

⁸²⁶ Cfr. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 371.

⁸²⁷ Cfr. M. Mouskheli, *Teoría jurídica del Estado federal*, cit., p. 163.

⁸²⁸ Cfr. Ch. Durand, *Les États Fédéraux. Étude de Droit Constitutionnel Positif*, cit., pp. 93, 94, 336 y 337; “El Estado federal en el derecho positivo”, cit., p. 180.

⁸²⁹ Cfr. K. C. Wheare, *Federal Government*, cit., p. 27.

⁸³⁰ Cfr. C. J. Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, cit., pp. 388 y 389; *El hombre y el gobierno. Una teoría empírica de la política*, cit., pp. 636 y 637.

⁸³¹ Cfr. R. Pound, *Federalism as a Democratic Process*, cit., 1942, p. 29.

⁸³² Cfr. K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 384 y 385.

⁸³³ Cfr. A. La Pergola, *Residui “contrattualistici” e struttura federale nell’ordinamento degli Stati Uniti*, cit., pp. 192 y 193; “Federalismo y regionalismo: el caso italiano”, cit., p. 170; “Federalismo y Estado regional. La técnica italiana de las autonomías a la luz del derecho comparado”, cit., p. 193; “La técnica constitucional de la autonomía: aspectos de derecho comparado”, cit., p. 31.

⁸³⁴ Cfr. K. Hesse, “Bundesstaatsreform und Grezen der Verfassungsänderung”, cit., pp. 1 y ss., 14 y ss., y 18 y ss.; *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 277 y ss.

⁸³⁵ Cfr. P. de Vega, “Poder Constituyente y regionalismo”, cit., p. 361.

⁸³⁶ Cfr. G. de Vergottini, “La distribución territorial del poder político”, cit., p. 64.

⁸³⁷ Cfr., en este sentido, y por todos, C. J. Friedrich, *Tendencias del federalismo en teoría y en práctica*, cit., p. 19; *El hombre y el gobierno. Una teoría empírica de la política*, cit., pp. 635, 636 y 638; *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, cit., vol. I, p. 386. Cfr., también, A. La Pergola, “El «empirismo» en el estudio de los sistemas federales: en torno a una teoría de Carl Friedrich”, cit., p. 53; “El federalismo como proceso”, cit., p. 22.

⁸³⁸ Cfr. H. Heller, *Las ideas políticas contemporáneas*, cit., pp. 71 y 72.

⁸³⁹ Cfr., en este sentido, P. de Vega, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, cit., pp. 818 y 819.

⁸⁴⁰ En este sentido, y por ahora, cfr., por todos, E. W. Böckenförde, “La democracia como principio constitucional”, en E. W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, 2000, pp. 48, 49 y 51.

⁸⁴¹ Cfr. Ch. Borgeaud, *Établissement et révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, cit., pp. 48, 53 y 54. H. Heller, *Teoría del Estado*, cit., pp. 292 y 293. P. de Vega, “Constitución y democracia”, cit., pp. 68 y 69; “Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español”, cit., pp. 400 y 401.

⁸⁴² Cfr., en este mismo sentido, y por todos, F. Battaglia, “Declaraciones de derechos”, en F. Battaglia, *Estudios de teoría del Estado*, Madrid, 1966, pp. 184-188. K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 192, en relación con lo dicho en p. 189. N. Pérez Serrano, *Tratado de derecho político*, cit., p. 462. P. de Vega, “Constitución y democracia”, cit., p. 69; “Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español”, cit., p. 401.

⁸⁴³ Cfr. P. Bastid, *L'idée de Constitution*, cit., p. 15.

⁸⁴⁴ E. Laboulaye, *Estudios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, Sevilla, 1869, t. 2, p. 201. En general sobre el tema que aquí ocupa, véase, también, pp. 195-224.

⁸⁴⁵ Cfr. A. R. Amar, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, Harrisonburg, 1998, pp. 124 y ss.

⁸⁴⁶ Cfr. R. Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, cit., p. 1167.

⁸⁴⁷ Cfr. P. de Vega, “Constitución y democracia”, cit., pp. 71 y 72; “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social”, cit., p. 125.

⁸⁴⁸ Recuérdense, en este sentido, que Bachof, haciéndose eco de los ya conocidos, y sobre los que volveremos a hablar de manera inmediata en el texto, planteamientos defendidos en el ámbito doctrinal por los más destacados constitucionalistas alemanes adscritos al positivismo jurídico formalista radical, negaría la fuerza jurídica obligatoria y vinculante de los preceptos constitucionales weimarianos declarativos de derechos justamente por la circunstancia de que la Constitución alemana de 1919 no había establecido ningún recurso jurisdiccional específico que permitiese a los ciudadanos el reaccionar jurisdiccionalmente frente a la conculcación de su estatus jurídico subjetivo por parte del poder político. Siendo así, nos encontramos con que para este insigne constitucionalista alemán, la eficacia jurídica de los derechos fundamentales quedaba ciertamente limitada en la República de Weimar, toda vez que “Mientras las reglas del control judicial estuvieron vagamente formuladas, sujetas a dudas en cuanto a su obligatoriedad y entregadas a la discreción de legislador en cuanto sentencia en el tiempo, el control judicial tuvo que permanecer siendo un arma sin filo e ir a parar finalmente al vacío”. Véase O. Bachof, *Jueces y Constitución*, Madrid, 1985, p. 42; véase, también, pp. 39-41.

- ⁸⁴⁹ Cfr. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 315 y 316.
- ⁸⁵⁰ Cfr. M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, 1955. Sobre la misma, véase, también, J. L. Cascajo Castro, "La jurisdicción constitucional de la libertad", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 1995, pp. 149 y ss.
- ⁸⁵¹ Cfr. M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto Comparato*, 1a. ed., 8a. reimpr., Milán, 1979, pp. 29-31, 45 y 59-61.
- ⁸⁵² Cfr. B. F. Wright, *The Growth of American Constitutional Law*, Nueva York, 1926, pp. 23-26.
- ⁸⁵³ Cfr. P. de Vega, "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", cit., p. 93.
- ⁸⁵⁴ Cfr. A. Hamilton et al., *El federalista*, cit., núm. LXXVIII, p. 332.
- ⁸⁵⁵ H. Krüger, *Grundgesetz und Karllergesetzbund*, cit., p. 12.
- ⁸⁵⁶ Sobre esto, cfr., por todos, O. Bühler, "Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos", cit., pp. 267 y ss.
- ⁸⁵⁷ Cfr., sobre este particular, W. Jellinek, "El proceso de elaboración de la Constitución de Weimar" (1930), en el vol. *La Constitución de Weimar. La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, Madrid, 2010, pp. 97 y ss.
- ⁸⁵⁸ Cfr., a este respecto y por todos, P. de Vega, "La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)", cit., p. 806. En el mismo sentido, cfr., por todos, J. Ruipérez, *Libertad civil e ideología democrática. De la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación liberalismo-democracia*, cit., pp. 98-100; "El derecho constitucional a la vivienda y la problemática de su ordenamiento en el Estado social (un estudio de teoría del Estado y de la Constitución como ciencia conceptual y ciencia práctica)", cit., pp. 38 y ss.
- ⁸⁵⁹ Cfr. G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11 August 1919*, cit., p. 584.
- ⁸⁶⁰ Cfr. G. Anschütz y R. Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, cit., vol. 2, p. 616.
- ⁸⁶¹ Cfr. R. Smend, "Constitución y derecho constitucional", cit., pp. 228 y 229.
- ⁸⁶² H. Heller, *Las ideas políticas contemporáneas*, cit., p. 89.
- ⁸⁶³ Cfr., a este respecto, y por todos, K. Hesse, "Significado de los derechos fundamentales", cit., pp. 151 y 152; *Derecho constitucional y derecho privado*, cit., pp. 49-51. H.-P. Schneider, *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991, pp. 16 ("Democracia y Constitución. Orígenes de la Ley Fundamental"), 79 ("Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales"), 123, 124 y 133 ("Peculiaridades y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático").
- ⁸⁶⁴ Cfr., en este sentido, y por todos, G. Lombardi, "La querrela Schmitt/Kelsen: consideraciones sobre lo vivo y lo muerto en la gran polémica sobre la justicia constitucional del siglo XX", cit., pp. XXXI-XXXIII; J. L. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988, p. 19; P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., pp. 71-227.
- ⁸⁶⁵ Cfr. G. Arnould, *De la révision des Constitutions. Établissement et révision des Constitutions françaises. Systèmes de révision des Constitutions étrangères*, cit., p. 280.
- ⁸⁶⁶ Cfr. G. Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución*, cit., pp. 9 y 10
- ⁸⁶⁷ Cfr. A. Esmein y H. Nèzard, *Éléments de Droit Constitutionnel français et comparée. I. La Liberté moderne: Principes et institutions*, cit., pp. 560 y ss.

⁸⁶⁸ Cfr. R. Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, cit., pp. 1.243-1.246.

⁸⁶⁹ Cfr. H. Haug, *Die Schranken der Verfassungsrevision*, cit., p. 293.

⁸⁷⁰ Cfr. F. Fleiner y Z. Giacometti, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich, 1949, p. 706.

⁸⁷¹ Cfr. P. de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, cit., pp. 268-270.

⁸⁷² Cfr., en este sentido, y sin ánimo de ser exhaustivos, R. Calzada Conde, “La garantía normativa de la rigidez: ¿especial protección de los derechos fundamentales y libertades públicas?”, en *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, 1988, vol. I. pp. 393 y 394. V. A. Wong Meraz, “Los derechos fundamentales y humanos como límite a la reforma constitucional desde la perspectiva democrática y humanista”, en I. Cervantes Bravo y V. A. Wong Meraz (eds.), *Control de constitucionalidad y convencionalidad. Temas selectos*, México, 2013, pp. 301-346. J. Ruipérez, “Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales”, cit., p. 264; *Reforma versus revolución. Consideraciones desde la teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*, cit., pp. 290 y 291; *El título X de la Constitución Española de 1978 a la luz de las funciones de la reforma constitucional (un estudio de teoría del derecho constitucional en cuanto que ciencia conceptual y ciencia práctica)*, cit., p. 351.

⁸⁷³ Véase *supra*, nota 542.

⁸⁷⁴ Nos estamos refiriendo aquí, innecesario debiera ser aclararlo, a las formulaciones de todos aquellos estudiosos del derecho constitucional que, como hace, *v. gr.*, el constitucionalista italiano Paolo Biscaretti di Ruffia [cfr. P. Biscaretti di Ruffia, *Derecho constitucional*, cit., pp. 282-284], identifican, siguiendo de una u otra suerte los planteamientos realizados por Frochot en su discurso, del 3 de septiembre de 1791, ante la Asamblea Constituyente francesa, éste con el mismo Poder Constituyente que aprobó la Ley Fundamental, el cual de manera voluntaria admite la limitación en cuanto a las formas de expresión de su voluntad que, empero, continúa siendo ilimitada en su contenido material. Tesis ésta que, por lo demás, y por lo menos en lo que hace al procedimiento de reforma previsto en el artículo 168 de la CE de 1978, y como consecuencia de exigirse en éste el que la reforma sea aprobada finalmente en un referéndum popular obligatorio, ha encontrado, según nuestro modesto parecer, y dicho sea con todos los respetos, de manera poco acertada [cfr., sobre este particular, y por comodidad, J. Ruipérez, *Reforma versus revolución. Consideraciones desde la teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*, cit., pp. 198-200; “Algunas consideraciones sobre las dificultades en la política y el derecho constitucional español para la comprensión de la reforma constitucional como una operación jurídicamente ilimitada. Especial referencia a algunos de los problemas planteados por el artículo 168 de la Constitución de 1978”, cit., pp. 73-78], un cierto eco y aceptación en la España de 1978, e incluso entre algún muy destacado constitucionalista positivista, como es, por ejemplo, Manuel Aragón [cfr. M. Aragón, *Constitución y democracia*, Madrid, 1989, pp. 38 y 46], quien no duda en afirmar que, porque en este supuesto se requiere la participación del cuerpo electoral en el *amending process*, el poder de revisión llamado a actuar el procedimiento legal-constitucionalmente sancionado en el artículo 168, y a diferencia del que operaría en el supuesto de una reforma constitucional llevada a cabo en los términos del artículo 167, se presenta como un auténtico “Poder Constituyente juridificado”. Formulación ésta que, como a nadie puede ocultársele, y mucho menos debiera hacerlo a los profesionales universitarios de las ciencias jurídicas, conduce al más absoluto de los absurdos. Debemos, en este sentido, al doctor De Vega una observación fundamental: “En cualquier caso [escribe el maestro] se trata de un poder autolimitado en

el procedimiento, pero absolutamente libre y soberano en el objeto y en el contenido de su voluntad. Y, naturalmente, un poder que conserva sus plenas facultades soberanas y es libre en el objeto, por necesidad seguirá siendo un poder constituyente... Su condición de poder constituido en la forma y en el procedimiento no dependería, en definitiva, de la Constitución, sino de su propia voluntad. Igual que como poder libre y soberano, en determinados momentos, puede acatar los procedimientos de actuación establecidos en la norma fundamental, en otras circunstancias puede no hacerlo. Lo que equivale a indicar que las reformas constitucionales no serían explicables, en ningún caso, como resultado de la supremacía de la Constitución, capaz por sí misma de legalizar el cambio y controlar sus propios procesos de transformación, sino como producto de la voluntad autónoma y libre del poder constituyente. Llevando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias, todo esto quiere decir que, cuando la revisión se concibe como obra de un poder soberano en el objeto, aunque se presente como constituido y limitado en el procedimiento, la propia institución de la reforma constitucional, en cuanto expresión de la continuidad jurídica del ordenamiento, deja de tener sentido”. Véase P. de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, cit., pp. 229 y 230.

⁸⁷⁵ Cfr. E. Crosa, *Diritto Costituzionale*, Turín, 1937, p. 441.

⁸⁷⁶ Cfr. J. González Encinar, “La Constitución y su reforma. Con motivo del libro de Pedro de Vega: *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985”, cit., p. 369

⁸⁷⁷ Cfr. R. Calzada Conde, *La reforma constitucional y las mutaciones en el ordenamiento constitucional*, cit., vol. II, pp. 808 y 809.

⁸⁷⁸ Véase *supra* notas 184 y 185.

⁸⁷⁹ Véase *supra* nota 186.

⁸⁸⁰ Véase *supra* nota 194.

⁸⁸¹ Cfr. C. Mortati, “Problemi di politica costituzionale”, cit., p. 325; P. de Vega, “La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social”, cit., p. 124.

⁸⁸² L. Le Fur, *État Fédéral et Confédération d’États*, cit., p. 505, nota 1.

⁸⁸³ Cfr. C. J. Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, cit., vol. I, p. 777.

⁸⁸⁴ Cfr. L. Le Fur, *État Fédéral et Confédération d’États*, cit., p. 693, nota 1.

⁸⁸⁵ Baste, en este sentido, con recordar la decisiva y trascendental importancia que se concedió a este problema, en realidad terminológico, en el marco de la constituyente italiana, en donde, como nos dice La Pergola, y desde la, lamentablemente, más generalizada equiparación entre los miembros de la clase política entre las formas políticas generales *Staatenbund* y *Bundesstaat*, se privó a las regiones autónomas de la titularidad de un Poder Constituyente propio para “evitar cualquier sospecha de que pudiera constituirse un sistema de autonomías regionales similar a la Federación de Estados-miembros” [A. La Pergola, “Federalismo y regionalismo: el caso italiano”, cit., p. 178]. Argumentación ésta que, como nadie puede ignorar, estuvo también muy presente en el proceso constituyente español de 1977-1978. Véase, sobre este último particular, y por todos, J. J. Solozábal Echevarría, “Sobre el modelo de organización territorial el Estado según la Constitución de 1978”, cit., pp. 55, 58 y 59.

⁸⁸⁶ Sobre la cuestión de que la atribución de uno u otro término, que puede tener, y tiene, una muy gran importancia en el ámbito de la confrontación político-ideológica partidista, pierde en la práctica toda su relevancia, y tanto desde el punto de vista político como estrictamente jurídico, *cf.*, por todos, P. de Vega, “Poder Constituyente y regionalismo”, *cit.*, p. 376.

⁸⁸⁷ *Cfr.* H. Heller, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, *cit.*, p. 141.

⁸⁸⁸ *Cfr.* H. Kelsen, *Teoría general del Estado*, *cit.*, pp. 274 y 275.

⁸⁸⁹ *Cfr.* R. Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, *cit.*, p. 129.

⁸⁹⁰ *Cfr.* L. Pinto Ferreira, “El sistema federal brasileño”, en *Los sistemas federales del Continente americano*, México, 1972, pp. 134; J. A. R. Vanossi, *Teoría constitucional. I. Teoría constituyente. Poder Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*, *cit.*, p. 452.

⁸⁹¹ En relación con este problema, y en el marco del derecho constitucional español —donde, como nadie puede ignorar, se produjo una muy amplia polémica entre los iuspublicistas españoles sobre su posibilidad o no, y en la que, siquiera sea por razones de espacio, no podemos entrar aquí—, bástenos con indicar que el problema se plantea porque la Constitución de 1978, siguiendo una práctica común en los sistemas federales [*cf.* H. Kelsen, *Teoría general del Estado*, *cit.*, p. 274], contiene la regulación de las líneas fundamentales de los estatutos, que se concreta en la enumeración del contenido de los mismos en el artículo 147.2. De esta suerte, lo que ocurre es que el interrogante que nos estamos planteando, esto es, si los poderes estatuyentes pueden, o no, proceder a la aprobación de una tabla de derechos, igual o superior, pero en todo caso distinta a la que se consagra en el texto constitucional habrá de resolverse respondiendo a la cuestión de si la enumeración de las materias estatutarias establecidas en el precitado artículo es exhaustiva o, por el contrario, existen otras materias que pueden formar parte del contenido de los estatutos de autonomía. Y hemos de señalar, a este respecto, que en nuestra opinión, que es coincidente con la de, por ejemplo, Javier Pérez Royo [*cf.* J. Pérez Royo, *Las fuentes del derecho*, *cit.*, pp. 136-142], la solución correcta es la de que este precepto contiene únicamente la enumeración del contenido necesario mínimo de la norma estatutaria, pero que no agota, sin embargo, toda la materia estatutaria.

⁸⁹² *Cfr.* H. Kelsen, *Teoría general del Estado*, *cit.*, p. 274.

⁸⁹³ *Cfr.* C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *cit.*, p. 356.

⁸⁹⁴ *Cfr.* L. Le Fur, *État Fédéral et Confédération d'États*, *cit.*, pp. 692-701.

⁸⁹⁵ *Cfr.* S. Brie, *Theorie der Staatenverbindungen*, *cit.*, p. 113.

⁸⁹⁶ *Cfr.* E. Borel, *Étude sur la souveraineté et l'État Fédératif*, *cit.*, pp. 183 y ss.

⁸⁹⁷ *Cfr.* G. Jellinek, *Die Lehre von der Staatenverbindungen*, *cit.*, pp. 268 y ss.

⁸⁹⁸ M. García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, *cit.*, pp. 237 y 238.

⁸⁹⁹ *Cfr.* P. de Vega, “Constitución y democracia”, *cit.*, pp. 71 y 72; *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, *cit.*, p. 25. G. Trujillo, “La constitucionalidad de las leyes y sus métodos de control”, *cit.*, p. 17.

⁹⁰⁰ *Cfr.* C. J. Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, *cit.*, vol. I, p. 390.

⁹⁰¹ M. Mouskheli, *Teoría jurídica del Estado federal*, *cit.*, p. 272.

⁹⁰² *Cfr.*, sobre este particular, y por todos, *ibidem*, p. 167.

⁹⁰³ Cfr. L. Le Fur, *État Fédéral et Confédération d'États*, cit., p. 702.

⁹⁰⁴ Cfr. M. Mouskheli, *Teoría jurídica del Estado federal*, cit., pp. 167, 168, 273 y 274.

⁹⁰⁵ Cfr. L. Le Fur, *État Fédéral et Confédération d'États*, cit., p. 703.

⁹⁰⁶ Cfr. Ch. Durand, “El Estado federal en el derecho positivo”, cit., p. 191.

⁹⁰⁷ Cfr. C. J. Friedrich, *Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique*, cit., p. 158.

⁹⁰⁸ Cfr. P. Biscaretti di Ruffia, *Derecho constitucional*, cit., p. 628. I. de Otto, “La naturaleza del Estado de las autonomías y la relación entre Constitución y estatutos”, cit., p. 18; *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., pp. 246-237, 266 y 267. B. Aláez Corral, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española*, cit., pp. 356 y 357.

⁹⁰⁹ Cfr. C. Bilfinger, *Der Einfluss der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens*, Tubinga, 1923, pp. 9 y ss.

⁹¹⁰ Cfr. C. Schmitt, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, cit., p. 105.

⁹¹¹ Cfr. M. Mouskheli, *Teoría jurídica del Estado federal*, cit., pp. 169, 274 y 275.

⁹¹² Sobre los mismos, cfr., por todos, C. Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, cit., t. II, p. 920; V. Crisafulli, *Lezioni di Diritto Costituzionale*. II. 1. *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, 5a. ed. enteramente revisada y puesta al día, Padua, 1984, p. 108.

⁹¹³ Interesa advertir, a este respecto, que, como nos enseña, por ejemplo, Gustavo Zagrebelsky, la dinámica jurídica y política italiana ha transcurrido separándose de las disposiciones que sobre este particular había establecido expresamente el *Pouvoir Constituant*, en el sentido de que, en realidad, en la práctica la tramitación de los estatutos de autonomía ordinarios, respecto de los cuales el Poder Legislativo de la organización política central, en cuanto que titular del Poder Legislativo ordinario del Estado italiano, carece de un auténtico poder de enmienda, ha conocido un procedimiento viciado desde su mismo origen, según el cual, y apartándose claramente de lo que sería la tramitación de este tipo de fuente del derecho de conformidad a los mandatos de la kelseniana *Reine Rechtslehre*, se introdujo una fase de negociación entre el Consejo Regional y una delegación del Senado de la República, de cuyo resultado, positivo o negativo, y no de su conformidad material y formal o contradicción, también formal y material, con el código constitucional, se hacía depender la aprobación o el rechazo del Estatuto por parte del Parlamento italiano. Cfr. G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del Diritto*, cit., pp. 243 y 244.

⁹¹⁴ Cfr. N. Pérez Serrano, *La Constitución Española (9 diciembre de 1931). Antecedentes. Texto. Comentarios*, Madrid, 1932, p. 93.

⁹¹⁵ Cfr. L. Vandelli, *El ordenamiento español de las comunidades autónomas*, Madrid, 1981, p. 231; S. Muñoz Machado, *Derecho público de las comunidades autónomas*, cit., vol. I, pp. 270 y 271.

⁹¹⁶ M. Mouskheli, *Teoría jurídica del Estado federal*, cit., pp. 168 y 169.

⁹¹⁷ Cfr. Ch. Durand, *Confédération d'États et État Fédéral. Réalisation acquises et perspectives nouvelles*, cit., p. 49.

⁹¹⁸ Cfr. STC 37/1981, de 16 de noviembre, *F. J.* 2o. En relación con todo esto, y por comodidad, cfr., por todos, J. Ruipérez, “La problemática de los derechos fundamentales en el Estado unitario-federal: el caso español”, en *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, 1988, vol. I, pp. 573-589, particularmente pp. 881 y 882, en relación con las facultades nor-

mativas de los poderes constituidos ordinarios de las comunidades autónomas en materia de derechos fundamentales, y pp. 585-579 para lo que se refiere al poder estatuyente.

⁹¹⁹ Cfr. J. Kunz, “International Law by analogy”, *American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, p. 334.

⁹²⁰ Cfr. A. La Pergola, *Residui “contrattualistici” e struttura federale nell’ordinamento degli Stati Uniti*, cit., pp. 169 y 179, en nota.

⁹²¹ Cfr. A. La Pergola, La Unión Europea entre el Mercado Común y un tipo moderno de Confederación. Observaciones de un constitucionalista”, cit., pp. 155 y ss.

⁹²² Cfr. C. Bilfinger, *Betrachtungen über politisches Recht. I. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Berlín, 1930, p. 30.

⁹²³ Cfr. F. W. Jerusalem, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, cit., pp. 97 y ss.

⁹²⁴ Una opinión relativamente distinta a la tesis aquí mantenida es la de Felice Battaglia. En efecto, para éste, no obstante mostrarse de acuerdo con la modernidad del propio concepto de “derechos fundamentales”, con la aprobación de la *Magna Charta*, Enrique II, por su propia voluntad, y como, en rigor, auténtica concesión u otorgamiento, procedió al reconocimiento no de privilegios para las clases política, social y económicamente más poderosas, sino, por el contrario, de verdaderos derechos y libertades; aunque, eso sí, a diferencia de lo que hacen las modernas declaraciones de derechos, ese reconocimiento no se hacía a favor “del hombre o de los hombres, o del ciudadano o de los ciudadanos en general, sino de barones y condes, eclesiásticos y obispos, de mercaderes y de campesinos” [F. Battaglia, “Los derechos fundamentales del hombre, del ciudadano y del trabajador: esencia, evolución, perspectivas futuras”, en F. Battaglia, *Estudios de teoría del Estado*, Madrid, 1966, p. 160; véase, también, p. 157]. De ahí, justamente, el que Battaglia no dude en afirmar que, en la medida en que se presentaba, de una u otra forma, como “*fundamentum libertatis Angliae*”, la Carta Magna de 1215 deba ser tenida en cuenta, y mucho, como el primer documento escrito formal y solemne en el que se procedía al reconocimiento de la esfera de libertades de los que podrían gozar los hombres, en el sentido de que “Por costumbre, entre pasado el futuro, se toma... como central, pero el criterio de elecciones relativo, ya que el movimiento continuo, desde los orígenes, inmemoriales, hasta nuestras cada vez más claras de una voluntad racional, en que aparecen valores de libertad en formas más elaboradas de tutela y un orden del Estado en el sentido del derecho” [F. Battaglia, “Declaraciones de derechos”, cit., p. 184].

⁹²⁵ Cfr. M. García-Pelayo, “La Constitución estamental” (1949), en el vol. *Escritos políticos y sociales*, Madrid, 1989, pp. 103-117.

⁹²⁶ Cfr. G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbjetivi*, cit., p. 391; *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. 93; *Teoría general del Estado*, cit., p. 391.

⁹²⁷ Cfr. E. Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht des französischen Revolution*, cit., p. 343.

⁹²⁸ Cfr., en este sentido, y por todos, P. de Vega, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, cit., p. 28.

⁹²⁹ Cfr. J. Wise, *A Vindication for the Government of the New England Churches. A Drawn from Antiquity; the Light of Nature; Holy Scripture; its Noble Nature; and from the Dignity Divine Providence has put upon it*, cit., pp. 30 y ss.

⁹³⁰ Cfr. J. Ruipérez, *Libertad civil e ideología democrática. De la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación liberalismo-democracia*, cit., pp. 110 y ss.

⁹³¹ En concreto, lo que, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español sobre si, en virtud del artículo 53 podría aplicar un estatus mayor de protección jurídica que el que aporta la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, afirma, en su sentencia del 26 de febrero de 2013, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es que “Acerca de ello, el Tribunal remitente expone de entrada la interpretación según la cual el artículo 53 de la Carta autoriza de forma general que un Estado miembro aplique el estándar de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución cuando sea más elevado que el derivado de la Carta, y oponerlo en su caso a la aplicación de disposiciones del Derecho de la Unión. Esa interpretación permitiría en particular que un Estado miembro sometiera la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía a condiciones cuyo objeto fuera evitar una interpretación limitadora de los derechos fundamentales reconocidos por su Constitución o lesiva de éstos, aun cuando la aplicación de esas condiciones no estuviera autorizada por el artículo 4o. bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584. No puede acogerse esa interpretación del artículo 53 de la Carta. En efecto, dicha interpretación del artículo 53 de la Carta menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado”.

⁹³² *Cfr.* STC 120/1990, de 27 de junio, F. J. 4o.

⁹³³ R. Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política*, cit., p. 193.