

SOBERANÍA CONSTITUCIONAL E INTEGRACIÓN EUROPEA

Benito Aláez Corral

Introducción. I. La "positividad" y la "autorreferencialidad" como aspectos positivo y negativo, respectivamente, de la soberanía del sistema jurídico: su trascendencia respecto de la integración europea. 1. El aspecto positivo de la soberanía: la "positividad" como condición funcional de la validez del sistema jurídico. La "positividad" del ordenamiento comunitario dentro del ordenamiento nacional. 2. El aspecto negativo de la soberanía: la "autorreferencialidad" como condición funcional de validez del sistema jurídico. La necesaria dependencia del ordenamiento comunitario del nacional. II. La "soberanía estatal" (staatliche Souveränität) como "soberanía constitucional" (Verfassungshoheit). 1. "Estatalidad" y "soberanía" como un único concepto jurídico. 2. La primacía del ordenamiento jurídico estatal. 3. "Soberanía constitucional" e interpretación "constitucionalmente adecuada". A) Disolución de la soberanía constitucional en el ordenamiento internacional. B) Soberanía exclusiva de la "Supra-constitución material". C) Soberanía plena de la "Constitución formal". III. "Estatalidad", reforma constitucional e integración europea. IV. Principio democrático, reforma constitucional e integración europea.

Introducción.

El proceso de construcción de una entidad política europea, que, tras la conclusión del Tratado de la Unión Europea celebrado en Maastricht en 1992 (en adelante TUE) y su reforma por el Tratado de Amsterdam de 1997(1), se encuentra en uno de sus puntos críticos, apareció desde un primer momento ligado a una paulatina transmutación del concepto político de soberanía del Estado, manejado desde los albores del siglo XVII hasta la segunda mitad de este siglo. Aunque inicialmente esa mutación no se manifestase con toda su virulencia -y algunas de sus manifestaciones, como la crisis de la silla vacía, se intentasen atajar de forma radical-, hoy, tras la creación de la Unión Europea (en adelante UE) ya no cabe duda alguna de que la soberanía de los Estados miembros, no ya política sino principalmente jurídica, se ve determinantemente afectada por el proceso de integración Europea hasta cotas en un principio poco imaginables. De ahí que se haga necesaria una reflexión, por somera que sea, sobre las consecuencias que tiene respecto de la soberanía estatal y, en particular, como veremos, respecto de la soberanía constitucional, el proceso de integración europea.

En este sentido, el debate teórico tanto en la jurisprudencia constitucional de los países miembros de la Unión Europea(2), como en la doctrina científica, principal aunque no exclusivamente la nacida a la luz de la BVerfGE 89, 155, se ha centrado de forma más o menos abierta en dos núcleos temáticos muy concretos: la preservación de la soberanía estatal y el respeto al principio democrático(3).

A nuestro entender, estos dos núcleos temáticos, si bien no reflejan conceptual ni dogmáticamente los auténticos contenidos de la soberanía en un sentido jurídico, sí ponen de relieve, como veremos, la influencia que la interrelación entre el ordenamiento estatal y el comunitario produce sobre estas calificaciones del ejercicio de la soberanía, comúnmente asumidas por los ordenamientos estatales en sus normas supremas, lo que hace necesaria su consideración.

Estas reflexiones teóricas, no son, sin embargo, elucubraciones meramente hipotéticas de ingeniería constitucional, carentes de trascendencia práctica para la vida del ciudadano. Determinar en qué consiste la soberanía y en qué medida se ve jurídicamente afectada ésta o algunas de las calificaciones de su ejercicio aquí referidas,

puede convertir (en el plano meramente lingüístico, claro está) en lícita o ilícita una disposición normativa comunitaria aplicable directamente a un ciudadano y que afecte a alguno de los ámbitos de libertad de éste, constitucionalmente garantizados.

La forma jurídica «Constitución», en aquellos ordenamientos estatales en que existe(4), es la cúspide de un sistema normativo, el jurídico; sistema normativo caracterizado por dos rasgos interdependientes entre sí: su «positividad» y su «autorreferencialidad», condiciones funcionales de la existencia diferenciada del sistema jurídico en el sistema social global. De ahí, que en torno a estos dos conceptos y a su traducción a nivel constitucional gire la soberanía jurídica de un ordenamiento y, por consiguiente, hayan de definirse los límites, si es que los hay, al proceso de integración europea.

Tanto el Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante BVerfG), principal aunque no exclusivamente en la BVerfGE 89, 155, como el Consejo Constitucional Francés (en adelante CC), en sus tres decisiones sobre el Tratado de Maastricht (Decisiones 92-308 de 9.04.1992; 92-312 de 02.09.1992; y 92-313 de 23.09.1992), pusieron sobre la mesa los tres grandes problemas que se plantean en el Derecho constitucional actual en torno a la influencia del proceso de integración europea sobre la soberanía de los Estados miembros. El primero se halla íntimamente vinculado a la relación entre las normas comunitarias y las normas constitucionales estatales, y hace referencia al *mantenimiento de la soberanía de la Constitución*, lo que implica su preservación como norma jurídica suprema respecto de toda norma jurídica con pretensiones de aplicabilidad en su ámbito normativo. Para su solución es preciso, en primer término, desentrañar el significado del concepto soberanía en un sistema jurídico caracterizado por su «positividad» y su «autorreferencialidad».

El segundo, más propio de la teoría del Estado, y bajo el cual se enmascara el primero de los problemas mencionados debido a la mezcla de los planos político y jurídico, gira en torno a la *pervivencia del carácter estatal (soberano) de la unidad política Estado*. Su solución depende ciertamente de la respuesta concreta que se haya dado al problema de cómo han de regirse las relaciones entre el Derecho comunitario y la Constitución interna de cada Estado.

El tercero, finalmente, referido a la *salvaguardia del principio democrático*, también se resuelve sobre la base de la solución que se halla dado al primero de los problemas planteados, y a él se halla conexo el de la salvaguarda de los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, dado que buena parte de ellos son concreciones normativas que articulan el mandato de optimización en que consiste aquel principio estructural.

El único punto de partida idóneo en su análisis crítico, siempre que no se quiera transformar en discurso político -el mantenimiento de la soberanía de cualquiera de los Estados de la Unión Europea- lo que, desde nuestra óptica no debe ser más que discurso jurídico, es, por tanto, realizar una construcción jurídica, constitucionalmente adecuada, de las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho constitucional interno. Cuando los intereses políticos de la integración europea y de la soberanía de los Estados se hallan enfrentados de forma tan evidente y la solución de dicho conflicto, sea por vía de su conciliación, sea por vía de la exclusión de uno u otro, tiene como árbitro a un conjunto de normas jurídicas, se hace necesaria la previa exégesis en el ordenamiento de la dogmática constitucionalmente adecuada sobre la que se sustente la correcta resolución de los tres puntos conflictivos antes referidos entorno a los cuales gira la tensión soberanía-integración. Para ello será preciso, determinar, en un primer

momento, la concreta significación que adquieren los conceptos sistema jurídico, «positividad» y «autorreferencialidad», como sus características funcionales, respecto de los cuales se predica la alteración de la soberanía constitucional, la «estatalidad» (soberanía estatal) o el carácter democrático del Estado por obra del proceso de integración comunitaria(5). Después se pasará al análisis de cada uno de estos tres frentes de tensión concretos sobre la base de la concepción de ordenamiento jurídico que previamente se haya determinado.

I.- La «positividad» y la «autorreferencialidad» como aspectos positivo y negativo, respectivamente, de la soberanía del sistema jurídico: su trascendencia respecto de la integración europea.

El sistema jurídico está compuesto de un tipo característico de operación comunicativa, la norma jurídica o programa normativo, que dota de contenido a una estructura o código binario, cadena de validez, que permite distinguir las operaciones comunicativas pertenecientes al mismo de aquéllas que corresponderían a otro subsistema social, llámese sistema moral, religioso, económico o político(6). El ordenamiento jurídico constituye un sistema(7), porque, como se verá más adelante, sus operaciones comunicativas, las normas jurídicas(8), están entrelazadas y dotadas de unidad mediante un código binario de validez, código que les permite autodiferenciarse de las demás operaciones comunicativas que tienen lugar a otro nivel social y cumplir la función específica -garantizar expectativas normativas- en la que se han especializado(9). Esta función a cumplir dentro del sistema social global es, pues, el elemento diferenciador del sistema jurídico respecto de los demás subsistemas sociales, y por tanto el elemento que pone en marcha su existencia como sistema (la validez circular de sus normas)(10).

Ahora bien, el cumplimiento de esta función sólo es posible si en el sistema jurídico están presentes dos condiciones que denominaremos «funcionales» en atención a su servidumbre respecto de la función diferenciadora del sistema, cuales son la «positividad» y la «autorreferencialidad», a las que nos referiremos seguidamente.

1.- El aspecto positivo de la soberanía: la «positividad» como condición funcional de la validez del sistema jurídico. La «positividad» del ordenamiento comunitario dentro del ordenamiento nacional.

El sistema jurídico es operativamente cerrado: solo son normas jurídicas las creadas conforme a un código binario de validez dotado de contenido, a su vez, por otras normas jurídicas; pero es, también, cognitivamente abierto(11): interioriza el medio que le rodea y sus operaciones internas tienen repercusión en el medio exterior(12). De este modo, el sistema pretende obtener estabilidad dentro del sistema social global en el que interacciona con los demás sistemas que representan su medio(13). La legitimidad del sistema -y de sus operaciones-, entendida como la implantación de la disponibilidad de los sujetos a aceptar las decisiones normativas adoptadas por las instancias competentes sobre expectativas normativas(14), se potencia, precisamente, mediante una optimización de la clausura operativa y de la apertura cognitiva del sistema.

A la realización de la apertura cognitiva sirve la característica funcional del sistema que hemos llamado «*positividad*». Un sistema jurídico que pretenda ser válido, es decir, existir diferenciadamente de su medio ambiente, debe institucionalizar la posibilidad de cambio en las expectativas normativizadas por sus operaciones comunicativas(15) para, de este modo, insertarse eficazmente en el sistema social global que constituye su medio, esto es, ser eficaz en su conjunto(16).

Un ordenamiento que institucionaliza el cambio, que es, en este sentido, plenamente positivo(17), sirve mejor al cumplimiento de la función de garantía de expectativas que tiene atribuida, porque las nuevas expectativas, fruto de la creciente variabilidad de una sociedad compleja, no necesitan imponerse a través del medio (llámese sistema político o sistema moral), sino que disponen de los mecanismos comunicativos para poder establecerse y estabilizarse. Cuestión bien distinta es que no sean sólo el Derecho, como instrumento director de comportamientos, y, en particular, la Constitución mediante su función selectiva, sino, además y primordialmente, otros sistemas sociales, como son el sistema político, el moral y el ideológico, dirigidos equivalentemente al cumplimiento de aquellas otras funciones accesorias del sistema jurídico(18) y en los que también este último puede influir, los que se encarguen de que se generen o no estas expectativas y de que éstas sean más o menos probables. Pero es el Derecho el sistema social que, diferenciándose de aquellos otros por su específica función -la garantía de las expectativas normativas socialmente generadas-, se ve requerido por las condiciones necesarias para el cumplimiento de aquella función distintiva para renunciar a la invariabilidad de contenidos o de expectativas, y para sustituirla por la variabilidad que traen consigo la «*positividad*» y la «*autorreferencialidad*»(19). El ordenamiento jurídico, en la medida en que pretende ser un «subsistema social positivo», tiende, pues, a ser dinámico, porque ha de permitir la sustitución del contenido de cualquier forma jurídica por un contenido diferente que sirva a la garantía de la misma o de una nueva expectativa normativa; dinamismo que se sirve de la continuidad en las formas jurídicas en cuyo seno se acogen los nuevos contenidos normativos garantes de las nuevas expectativas(20).

Sólo un sistema jurídico que tiene existencia diferenciada puede ser considerado válido (y, por tanto, soberano), pues de otro modo no sería sino una mera creación intelectual o histórica, o tendría un modo de existencia positiva distinto al jurídico.

La aparición de nuevas expectativas nacidas en el medio social, sea en el subsistema moral, económico, político, etc..., que deseen ser impuestas contrafacticamente, se encauzará a través de su incorporación al contenido de los programas normativos, la cual sólo podrá tener lugar si el sistema jurídico, aún operativamente cerrado, se mantiene cognitivamente abierto, institucionalizando la posibilidad del cambio en el contenido de sus normas. Apertura ésta que le permite disfrutar de la eficacia general necesaria para considerarle inserto eficazmente en el sistema social global y preservar, así, su diferenciación funcional. En este sentido, la apertura *ad extra* de nuestro ordenamiento estatal a la creación normativa por sujetos no directamente previstos por su norma suprema (como lo son los de las organizaciones supranacionales en las que nuestro Estado participe), puede considerarse una expectativa de la que se hizo eco autorreferencialmente la Constitución de 1978, incorporándola a su contenido normativo en el artículo 93.

No obstante, es un problema sociológico y no jurídico, determinar cuando un ordenamiento jurídico esta inserto eficazmente en el medio y, por tanto, es posible presuponer su validez circular, o, por el contrario, no lo está, bien por falta de diferenciación respecto al medio (ineficacia) y confusión con otros sistemas (político,

moral, etc...), bien por inutilidad (eficacia absoluta de sus normas)(21) al no ser necesaria su diferenciación funcional y operativa respecto de los demás subsistemas sociales, que es lo que justifica su existencia diferenciada(22).

La soberanía, por tanto, es una cualidad exclusivamente formal del ordenamiento jurídico(23). Su aspecto positivo reside, precisamente, en su «positividad», en la institucionalización de la posibilidad de cambio del contenido de sus normas(24), para de este modo preservar el grado mínimo de inserción eficaz en el medio social; no en un cúmulo de competencias que deban permanecer en manos de los órganos del Estado, o en alguno de ellos, personificación de éste(25), sino en la posibilidad de modificar autónomamente las expectativas que se erigen en contenido de sus normas. Sobre este aspecto, no obstante, habremos de abundar posteriormente al analizar la influencia de la apertura *ad extra* del ordenamiento jurídico sobre el carácter estatal de su soberanía.

2.- El aspecto negativo de la soberanía: la «autorreferencialidad» como condición funcional de validez del sistema jurídico. La necesaria dependencia del ordenamiento comunitario del nacional.

Hasta el momento, se han puesto de manifiesto las distintas implicaciones que tiene la «positividad» respecto del sistema en que se organizan las normas jurídicas. Un sistema jurídico positivo es, pues, una estructura social cuyas operaciones comunicativas tienen por substrato actos de voluntad, emanados por los sujetos integrantes del medio social en el que se realizan, e institucionalizan la substitución de las expectativas garantizadas por otras futuras mediante operaciones integradas en el mismo sistema, institucionalización de la posibilidad de cambio en la que se encarna el aspecto positivo de la soberanía.

También se ha puesto de manifiesto cómo el sistema jurídico es un subsistema dentro del sistema social global, que se relaciona con otros subsistemas (político, moral, económico, ideológico, etc...), y que debe estar inserto en aquél, que es su medio, de forma eficaz, es decir, que sus operaciones comunicativas han de ser, en general y en conjunto, capaces de cumplir su función garantizadora de expectativas normativas.

Aquella capacidad depende en buena medida de la forma en que el sistema jurídico articule su relación con los demás subsistemas que componen su medio(26). Estas relaciones se articulan, por lo menos desde su punto de vista, conforme a las condiciones normativas (operaciones) por él mismo autorreferencialmente impuestas tanto para la interiorización de elementos del medio, externos al sistema(27), como para la exteriorización de aquellos otros elementos que se pretende que influyan sobre el medio externo(28).

El ordenamiento jurídico, pues, en tanto que sistema, es un sistema operativo cerrado(29), es decir, sólo construye nuevas operaciones -lo que hemos visto es una necesidad estructural para su existencia como sistema funcional y estructuralmente diferenciado-, a partir de sus propias operaciones, las normas jurídicas. Sólo autogenerándose puede mantener su identidad y distinguirse del medio que le rodea. Para ello requiere poder institucionalizar su propio cambio, proceso que tiene lugar mediante la programación, la creación normativa, que llena de contenido un código binario por medio del cual, a su vez, podemos saber qué programación es válida y sirve a la autogeneración del sistema y cuál, por el contrario, no lo es. Para no incurrir en el círculo vicioso de que la programación dependa de la existencia de un código y éste, a

su vez, sólo pueda ser dotado de contenido por la programación, hemos de distinguir la norma que rompe la asimetría, que es aquella que adopta las decisiones de programación («*programmierendes Entscheiden*») mediante las cuales se dota de contenido primario al código, de aquellas decisiones programadas («*programmiertes Entscheiden*») que establecen el contenido secundario del código, contenido que está sometido a aquel primario. Son las primeras decisiones, aquellas adoptadas por la norma suprema, sea la Constitución u otra forma jurídica suprema, las que rompen la simetría del código, pues su referencialidad no es mensurable a la luz de ningún contenido del código.

El código no debe ser, sin embargo, confundido con el programa, como la validez no debe ser confundida con la norma jurídica misma. La diferenciación entre lo que es propio del sistema jurídico y lo que le es extraño, que implica la existencia de un código, es decir, la existencia de una cadena de validez, sólo puede ser productiva si existe, a su vez, una programación, una normación autogenerativa, que permita al sistema la adaptación constante a las variaciones del medio, alterando sus contenidos, pero manteniendo invariable la forma y respetando, con ello, la existencia del código(30). La continuidad en la programación conforme al código sirve para dar identidad al sistema jurídico, perpetuando su unidad, que se pone en peligro cuando hay discontinuidad en la secuencia de la programación, debida a rupturas jurídicas, tanto más graves cuanto más elevado es el nivel jerárquico en el que se producen(31). En este último supuesto, no se sabe qué se debe observar para saber lo que está de un lado del código y lo que está del otro, por lo cual se pone en peligro la autogeneración del sistema, su «*autorreferencialidad*»(32), elemento que le permite diferenciarse de otros sistemas con un menor grado de reflexividad(33) como el religioso o el moral.

La unidad del sistema jurídico no se puede fundamentar, por tanto, en ningún elemento externo al sistema mismo, sino en su propia «*autorreferencialidad*», y aquí reside la soberanía del ordenamiento jurídico en su aspecto negativo. El sistema crea normas para poder seguir creando normas(34) (aspecto, como hemos visto, positivo de la soberanía), pero son las operaciones comunicativas, las mismas normas jurídicas, las que hacen la diferencia entre el medio (política, moral, lógica, economía, etc...) y el ordenamiento jurídico como sistema(35), pues su validez, su pertenencia al sistema es autorreferencial, depende de ellas mismas y no deriva de ningún otro sistema (aspecto negativo de la soberanía). La validez se convierte en un símbolo de la estabilidad dinámica del sistema, pues permite de un lado, reconocer aquellas operaciones que forman parte del sistema, identificándolo respecto a su medio, y, de otro, permite al sistema funcionar estabilizado dinámicamente en el medio que le rodea(36). La fundamentación de la validez de cada norma debe tener lugar siempre en otra norma jurídica, cuya pertenencia al sistema se fundamenta en su incardinación en la cadena de validez, y no en ningún valor o hecho externo.

Este *regresus ad infinitum* termina con la Constitución(37) en aquellos ordenamientos en que esta exista como forma jurídica suprema o con la norma que ocupe dicha posición de supremacía en aquellos en los que la misma no existe. La Constitución es la decisión normativa de contenido *programático*(38), que, dotando de contenido primario al código binario, programa la futura producción de nuevas operaciones del sistema. Pero, a un tiempo, es la norma que ordena la «*autorreferencialidad*» del sistema, transformando la simetría absoluta que todo sistema binario origina, en una asimetría, pues la misma -cuando se trata de la primera Constitución o aquella fruto de una ruptura con el contenido del código binario

precedente- no se basa en otra operación del sistema, sino que su pertenencia al mismo debe ser presupuesta como una exigencia metalógica(39) de aquél. Sin la Constitución, o uno de sus equivalentes funcionales, como primeras operaciones del sistema, nada es posible jurídicamente hablando. La Constitución cierra el sistema jurídico; es la forma jurídica a través de la cual el sistema jurídico institucionaliza su propia soberanía, autodiferenciándose, así, del sistema político, y, por ello, sólo es comprensible en términos de «positividad»(40). Por ello, las normas jurídicas en las que se formaliza esta institucionalización de la posibilidad de cambio, que en los ordenamientos con Constitución son las cláusulas de reforma constitucional, representan el contenido esencial inalienable de la soberanía. Conservándolas en su poder, el ordenamiento como unidad, más exactamente la norma cúspide del mismo, continua siendo soberana, no derivando su validez de ninguna otra fuente que no sea su propia existencia como sistema y manteniendo el dominio sobre el código binario, es decir, sobre la validez misma. Cediéndolas a otra fuente, o bien la representación de la soberanía del sistema deja de residir en la Constitución y es trasladada a la norma en cuyo poder se encuentra aquella competencia, o bien el ordenamiento cedente se ha disuelto en el cesionario y ha dejado de existir como sistema, al haber perdido su soberanía tanto en su aspecto positivo, su «positividad», como en su aspecto negativo, su «autorreferencialidad», sustituida por una «heterorreferencialidad». Esta es una cuestión, a la que habrá que dar respuesta más adelante cuando se aborde el problema del monismo o el dualismo en el análisis de las relaciones entre ordenamientos.

La «autorreferencialidad» es, por consiguiente, una condición funcional de la existencia del sistema jurídico, pues es necesaria para poder seguir manteniendo la identidad de aquél y el cumplimiento por el mismo de su función de garantía de expectativas(41).

La apertura *ad extra* de nuestro ordenamiento, realizada al amparo del artículo 93 CE, presupone, en virtud, precisamente, de este mismo fundamento, la soberanía del ordenamiento jurídico español, representada en la Constitución de 1978, cuya existencia sólo puede derivarse autorreferencialmente del ordenamiento del que es cúspide. Esto, como se pondrá de manifiesto más adelante, impedirá considerar que el acto normativo de apertura *ad extra* o el mismo proceso de creación normativa por medio del cual ésta se realiza puedan llevar a cabo modificaciones de la norma constitucional; a no ser que ésta misma lo haya autorizado, es decir, impedirá, a salvo de disposición constitucional expresa en contrario, considerar susceptible de cesión la competencia de reforma constitucional, regulada en el título X de nuestra norma constitucional(42), pues la cesión de esta competencia equivale a la cesión de la soberanía no sólo en su aspecto negativo sino también en el positivo. El ordenamiento internacional en general, y el comunitario, en tanto que derivación de éste, en particular, deben considerarse un escalón inferior, sometido a la norma suprema del ordenamiento nacional.

En conclusión, la soberanía, por tanto, ha de ser considerada como una cualidad formal del ordenamiento jurídico, es decir, de las normas que lo integran, que refleja, desde un punto de vista positivo, la capacidad del sistema de adaptarse a las variaciones del medio institucionalizando la posibilidad de cambio de las expectativas garantizadas, insertándose así de un modo eficaz en aquél, y, desde un punto de vista negativo, la absoluta independencia de sus operaciones, las normas jurídicas de cualquier elemento que no sean ellas mismas, en el cumplimiento de aquella función. Será la forma jurídica que ostente la posición de supremacía en el interior del sistema jurídico (llámese Constitución escrita, Ley o Costumbre constitucional), la que encarne dicho carácter

soberano, tanto en su aspecto positivo como en su aspecto negativo.

II.-La «soberanía estatal» (*staatliche Souveränität*) como «soberanía constitucional» (*Verfassungshoheit*).

Una vez delimitados los precisos términos en los que es necesario entender la soberanía como característica de un sistema jurídico-positivo autorreferencial, procede abordar su deslinde de los calificativos con los que tradicionalmente ha sido confundida: en concreto su consideración como una cualidad predicable exclusivamente del Estado, en tanto que unidad política, y como una cualidad predicable únicamente del sujeto ideal Pueblo, reflejo de la implantación normativa del principio democrático. Como se intentará demostrar, ambas no son sino cualidades posibles, mas no necesarias, con las que el ordenamiento jurídico en ejercicio de su soberanía puede caracterizar la creación normativa, pero de las cuales puede prescindir si es concebido como una unidad.

1.-«Estatalidad» y «soberanía» como un único concepto jurídico.

Se ha dicho que tanto la Unión Europea, tal y como es configurada en el Tratado de Maastricht, como también las tres Comunidades Europeas a las que «sucede», representan una amenaza para la soberanía de los Estados miembros(43). Dicho así, podría sugerírsele al lector lo desmesurado de esta afirmación, sobre todo en lo que a las Comunidades Europeas respecta, mas el equívoco puede deshacerse si se precisan los términos de la misma.

Si por Estado no se considera, como en un primer momento pudiera parecer, la unidad política, jurídicamente organizada(44), sino exclusivamente el ordenamiento jurídico vigente en un determinado territorio(45), en cuya cúspide se halla una norma suprema, que en nuestro círculo jurídico europeo-continental se identifica con la Constitución positiva. Si la soberanía, por su parte, no se identifica conforme a un concepto político clásico de la misma -ligado tradicionalmente al concepto jurídico-político de Estado-, con la existencia de un poder ilimitado *ad intra* e independiente de otros poderes *ad extra*, sino que, en consonancia con la juridificación del concepto de Estado, su contenido se refiere únicamente a la supremacía e independencia jurídica respecto de otros ordenamientos(46); si, por consiguiente, se dota de un contenido jurídico a ambos conceptos, la afirmación inicial quizás no parezca tan descabellada.

La definición positiva de la soberanía como la «capacidad exclusiva de autodeterminación y autovinculación jurídica»(47)-sobre la que por otra parte se apoyan los detractores de una integración económica y política europea mayor, se ha entendido tradicionalmente como referida a una de las funciones estatales -la legislativa-(48). Quizás, en esta significación «positiva», así entendida, resida la conexión que entre soberanía estatal y principio democrático se pretende en relación con la Unión Europea. La creación de una Unión Europea, tal y como la configura el TUE, podría vulnerar esta mal entendida soberanía de los Estados, pues dejaría sin contenido (legislativo) competencial suficiente al órgano representativo de la soberanía popular: el Parlamento nacional. La solución a este déficit -y aquí ya aparece la confusión entre soberanía estatal y principio democrático- precisaría, como ha puesto de manifiesto el BVerfG en su sentencia sobre el Tratado de Maastricht, de dos mecanismos más complementarios que alternativos: el mantenimiento de suficiente caudal competencial en las manos de los Parlamentos estatales, y la atribución de suficientes competencias (legislativas) de

soberanía al único órgano que en la relación entre ambos ordenamientos puede encarnar la soberanía popular, el Parlamento Europeo(49).

Esta paradigma de razonamiento jurisprudencial se asienta en una premisa, la soberanía estatal, a nuestro entender, erróneamente apreciada. La soberanía del Estado es la soberanía del ordenamiento, y ésta no tiene su expresión en la capacidad de un órgano del mismo -el Parlamento-, representante de la colectividad abstracta «pueblo», a quien se atribuye un poder omnímodo, para crear normas jurídicas, por mucho que mediante su actuación el ordenamiento logre un mayor grado de imputación entre la voluntad creadora de las normas y aquel sujeto que ha de soportarlas. La soberanía supone esencialmente la supremacía normativa del ordenamiento del que se predica, en este caso del estatal(50), es decir, de un lado, la imposibilidad de derivar la existencia de dicho ordenamiento -en cuya cúspide se halla la Constitución- de ningún otra fuente normativa, y, de otro, en consonancia con ello, la posibilidad para aquel ordenamiento de dotarse de cualquier contenido mediante la institucionalización de la posibilidad de modificación de sus normas, para así insertarse eficazmente en el medio social que le rodea. La capacidad de autovinculación y autodeterminación jurídica debe reconducirse no a la función legislativa, sino a la función constituyente, pues es de esta función de la que depende la existencia de la norma suprema del ordenamiento jurídico(51); para que, así, el aspecto positivo y el negativo de la soberanía se fundan en uno y ésta sí pueda ser vista como una cualidad estrictamente jurídica. Pretender garantizar la «estatalidad» no puede significar sino querer garantizar el carácter soberano, inderivable jurídicamente del ordenamiento positivizado.

2.-La primacía del ordenamiento jurídico estatal.

Si bien la asunción del concepto de soberanía expuesto no plantea hoy en día mayores problemas respecto de los ordenamientos estatales, es en el marco de las relaciones internacionales donde quizás se plantee con mayor acritud la crisis del mismo, con especial relevancia en el caso de las organizaciones internacionales de integración europea. Es, en principio, posible predicar «positividad» y «autorreferencialidad» de las normas del ordenamiento estatal y reconducir su soberanía a la de la norma cúspide que las dota de unidad y sistematicidad, la Constitución.

Sin embargo, existen normas tanto primarias como secundarias, las internacionales(52), que no han sido creadas por órganos ni por procedimientos directamente regulados por las normas estatales, sino por sujetos y por procedimientos, que en tanto no sean interiorizados por el sistema forman parte del medio externo a éste(53) y carecen de su «positividad» y «autorreferencialidad». O bien, inversamente, se puede considerar que se trata de órganos y procedimientos de creación normativa que dan unidad al sistema jurídico y, respecto de los cuales, los órganos y procedimientos estatales de cualquier nivel no son más que su expresión delegada a los que les prestan, además, aquella «positividad» y «autorreferencialidad». ¿Cuál es, por tanto, la juridicidad de las normas internacionales y las comunitarias? ¿De dónde deriva su pertenencia al sistema jurídico? ¿Hay acaso un único sistema o plurales sistemas jurídicos? Se hace necesario proceder a un análisis, por somero que sea, de las posturas dogmáticas desde las que dar respuesta a estos interrogantes y afrontar el problema de la relación entre las normas comunitarias (las internacionales, en general) y las normas estatales, en particular, la Constitución(54).

A partir de posiciones dualistas(55), de diferenciación nítida entre los ámbitos de validez del ordenamiento estatal y del ordenamiento internacional o comunitario, difícilmente puede provenir la solución a nuestro problema. El dualismo (habría que hablar más propiamente de pluralismo) no permite dar una respuesta única y coherente a la confrontación internormativa que puede surgir entre dos normas pertenecientes a dos ordenamientos distintos si no es la del mantenimiento objetivo de esa confrontación(56). Si dos o más sistemas normativos (como lo son el ordenamiento jurídico comunitario y los ordenamientos jurídicos nacionales) se presuponen simultánea y -sobre todo- autónomamente válidos, los problemas derivados de la interrelación entre los mismos, sólo se podrán resolver de forma unilateral y enfrentada, es decir, desde el punto de vista de una primacía arbitrariamente determinada de cada uno de los sistemas, lo que no constituye una respuesta jurídica al problema planteado(57). Quienes sostienen que la separación de los ordenamientos opera sólo en el plano de la validez y no en el de la aplicabilidad, actuando en éste último el principio de primacía de las normas constitucionales, por lo menos de aquellas que constituyen el núcleo identificativo del orden constitucional(58), no admiten realmente un pluralismo de sistemas, sino que fundan la unidad a un nivel superior, el de aquellos principios intangibles de una «Supra-constitución material», cuya aplicabilidad no puede ser afectada por el principio de primacía del ordenamiento comunitario(59). Quienes, por contra, afirman la supremacía absoluta del ordenamiento jurídico comunitario en todo caso, incluso respecto de las disposiciones constitucionales nacionales, hay que entender que se posicionan dogmáticamente en el campo del monismo con primacía jurídica del derecho internacional (comunitario)(60), pues de no ser así, sólo cabría entender que realizan un mero análisis político-jurídico de lo que es políticamente más o menos «necesario para el mantenimiento y consecución de una Europa unida o de estos o aquellos objetivos pactados a nivel comunitario», no admitiendo en ningún caso que los Estados miembros se amparasen en sus disposiciones constitucionales para entorpecerlos. Las normas jurídicas, sin embargo, gozan de su carácter de tales por su carácter prescriptivo respecto, en último extremo, del uso de la fuerza física. No se puede dejar la efectividad genérica de un ordenamiento -y con ello su validez- al albur de que los sujetos obligados -los Estados miembros- estén dispuestos por razones de política interior o exterior a cumplirlas, sin posibilidad de ejercer un uso de la fuerza propio(61). O bien la prescripción estatal es tal por mor de la prescripción internacional, y a ella ha de plegarse en último extremo, o a la inversa, y ha de ser ésta última la que se adecue en todo caso a determinadas prescripciones jurídicas internas. La respuesta a este interrogante dependerá de dónde se realice una de las condiciones que habíamos denominado funcionales del sistema jurídico, la «positividad», el aspecto positivo de la soberanía. Debemos fundar la unidad del sistema en aquél conjunto normativo en el cual el ordenamiento encuentre su principal cauce de inserción eficaz en el medio -lo cual puede venir tanto de la propia imposición coactiva de las normas jurídicas ante su incumplimiento como de su cumplimiento por su legitimidad-; allí es donde debe hallarse la norma cúspide del ordenamiento en torno a la cual organizar su unidad.

La adopción de posturas monistas en la comprensión del ordenamiento jurídico como un todo, sea a partir de la subordinación del ordenamiento jurídico estatal al ordenamiento jurídico internacional, sea a la inversa(62), podría hacernos pensar, por el contrario, en lo infundado de los temores aquí suscitados respecto de la soberanía estatal. Así pues, o bien la soberanía del ordenamiento estatal sería relativa y, por consiguiente, una falsa soberanía desde un punto de vista jurídico, o bien se encontraría siempre en peligro, dado que la soberanía sólo es predicable de todo el ordenamiento en

su conjunto y la norma estatal suprema podría en todo caso disponer de su supremacía en favor del ordenamiento jurídico internacional(63). Lo primero sucederá si se considera que la validez del ordenamiento estatal deriva de una norma de Derecho internacional general, «el principio de eficacia»(64), residenciándose por tanto en este principio la cúspide del ordenamiento y con ello en cierta medida la soberanía(65). Lo segundo por el contrario acontecería en el supuesto de que la supremacía, residenciada en el ordenamiento estatal, sea puesta por éste a disposición del ordenamiento internacional a quien se atribuye el ejercicio de la competencia constituyente-constituida(66).

A pesar del reconocimiento de la singularidad y autonomía del ordenamiento jurídico comunitario, que se predica desde la doctrina comunitarista, no cabe duda que el mismo tiene, normativamente hablando, un origen jurídico internacional. Sus normas institucionales básicas, los Tratados originarios y los Tratados modificativos de éstos suscritos por los Estados con posterioridad, constituyen todos ellos actos de Derecho internacional(67). Las posibles objeciones suscitadas respecto de la naturaleza jurídico-internacional del Derecho comunitario, una vez constituidas las organizaciones europeas, en nada empañarían este origen jurídico internacional del Derecho comunitario(68), así como la pervivencia de algunas de sus consecuencias en la existencia misma del Derecho comunitario, como si la transformación de los Tratados en Derecho «constitucional» de la Unión sólo supusiese la ampliación a una doble naturaleza de los mismos.

Resultaría paradójico, desde una perspectiva dogmático-jurídica más amplia, fundamentar la validez del ordenamiento jurídico estatal en una norma del sistema normativo internacional, el «principio de eficacia», cuando su contenido, en tanto «realidad empírica» y no «normatividad ideal», se ha de constituir en la condición necesaria para poder conceder validez a un sistema jurídico-normativo(69), y el sistema jurídico internacional está ciertamente debilitado en su eficacia general hasta el punto de que puedan haber serias dudas acerca de si la misma alcanza un punto suficiente para poder concederle validez(70).

La eficacia mínima de un ordenamiento en su conjunto, si bien no es fundamento de validez de las normas del mismo, sí es condición de ésta. La eficacia del ordenamiento internacional, no existe como tal, sino que sólo lo es como eficacia del ordenamiento interno. Las normas internacionales sólo son eficaces en la medida en que son normas estatales internas y es en el seno de este último ordenamiento en el que aquel ordenamiento alcanza su eficacia mínima necesaria. La «positividad» del sistema jurídico se alcanza, por tanto, a través del cauce de las normas estatales y en el seno del medio (sistema social global) de la sociedad estatal, no a la inversa. El medio social en el cual se insertan eficazmente las normas de derecho internacional o de derecho comunitario es el de la sociedad estatal, no el de la sociedad internacional.

La eficacia mínima de un ordenamiento en su conjunto -como pretende el internacional-, no puede venir asegurada por otro ordenamiento, so pena de confundir la eficacia de éste con la de aquél, y esto aún más, cuando a su vez el «principio de eficacia» se convierte en norma del ordenamiento cuya eficacia se pretende afirmar. La perspectiva que concede primacía al ordenamiento internacional a la hora de fundamentar la unidad del ordenamiento jurídico en su conjunto se convierte en este punto en tautológica, pues resulta cuando menos dudosa la propia existencia jurídico-positiva de dicho ordenamiento al margen de los ordenamientos estatales(71), condición necesaria para que una de sus normas, el «principio de eficacia», pueda erigirse en fundamento de validez de los respectivos ordenamientos de los Estados.

La unidad del ordenamiento ha de fundarse, por consiguiente, desde la perspectiva inversa, la de la primacía del ordenamiento jurídico estatal(72). Es el ordenamiento estatal el que concede al ordenamiento jurídico internacional la única validez que éste realmente posee, que es la validez interna(73). El Derecho internacional representaría, así, el Derecho externo del Estado(74). *Externo* porque ha sido creado por sujetos y mediante procedimientos no expresamente establecidos por él ni en su norma suprema ni en sus normas subordinadas, mas *Derecho del Estado* pues su única validez, su única obligatoriedad, la interna, deriva del ordenamiento estatal(75), desde el momento en que éste puede sujetar las normas internacionales al respeto de unos determinados contenidos que se erigen así en su condición material de validez(76). Esta validez es a un tiempo la única realmente existente, pues es exclusivamente como Derecho estatal interno como las proposiciones normativas del Derecho internacional dejan el ámbito genérico de la «normatividad ideal» y pasan a convertirse en «realidad jurídico-positiva», es decir, en normatividad jurídicamente efectiva(77). El Derecho internacional, en general, y el comunitario, en particular, ocupan la posición en el ordenamiento que les atribuye la Constitución del Estado. El principio de primacía del derecho comunitario, originario o derivado, opera sobre las fuentes del derecho estatal interno infraconstitucionales no sólo ya con fundamento inmediato y autónomo en los Tratados originarios, fuente de su validez, sino con fundamento mediato en la Constitución estatal(78) en virtud de la cual gozan de la consideración de normas jurídicas y tiene aplicación aquél principio de primacía(79).

La soberanía reside por tanto en el ordenamiento como unidad, pero dado que la salvaguardia de la «*positividad*» de éste requiere concebir al Derecho internacional como parte del derecho estatal, como su parte externa, la representación de aquella soberanía sólo puede hallarse inicialmente en la norma suprema del derecho estatal (de su parte interna), la Constitución, que de este modo se convierte en la norma suprema de todo el Derecho estatal, sea éste externo o interno. Cuestión distinta, es que la misma disuelva su soberanía en las normas de ese «Derecho externo del Estado», según el modelo dogmático por el que haya optado, como analizaremos seguidamente.

3.-«*Soberanía constitucional*» e interpretación «*constitucionalmente adecuada*».

Aun desde la perspectiva del modelo dogmático de la supremacía del ordenamiento jurídico estatal y, por consiguiente, bajo la consideración del ordenamiento internacional como «Derecho externo del Estado», son posibles tres modelos normativos distintos por los que ha podido optar la norma suprema del ordenamiento jurídico estatal: el de disolución de la soberanía constitucional en el ordenamiento internacional, el de soberanía exclusivamente de la «Supra-constitución material» y, finalmente, el de soberanía plena de la «Constitución formal». La elección de cada uno de ellos dependerá del modo en que la Constitución (o cualquier otra forma jurídica que ocupe la posición de supremacía en el ordenamiento estatal, llámese Ley, costumbre, etc...) haya hecho uso de su soberanía en su aspecto positivo, es decir, de cómo haya hecho uso de la posibilidad de cambio en las expectativas que ella misma ha institucionalizado para insertarse eficazmente en el medio social que le rodea(80). Uso, que, en el caso de haber optado por permitir la disolución de la soberanía constitucional en el ordenamiento internacional, podría conducir -de hacerse efectiva esa disolución- a la desaparición del aspecto negativo de la soberanía constitucional, es decir a la pérdida de «*autorreferencialidad*»

A) Disolución de la soberanía constitucional en el ordenamiento internacional.

Nos encontramos ante este modelo, cuando el ordenamiento estatal a través de su norma suprema ha determinado voluntariamente que las normas creadas por sujetos y procedimientos no previstos por ella ni por sus normas subordinadas han de ser consideradas a su mismo nivel en la jerarquía normativa y, por tanto, les ha atribuido el ejercicio del poder constituyente (constituido), es decir, la posibilidad de que modifiquen la forma jurídica estatal suprema. Tradicionalmente, se ha considerado que éste sería el caso de los ordenamientos constitucionales holandeses y austriaco.

El artículo 92 en relación con el 91.3 de la Constitución holandesa permite la derogación de disposiciones constitucionales mediante Tratado o disposición de una organización internacional, siempre que el acuerdo parlamentario para su celebración hubiera sido adoptado por una mayoría cualificada de dos tercios de los miembros de los Estados Generales, mayoría por otra parte equivalente a la requerida para la reforma constitucional (artículo 137.4 de la Constitución Holandesa)(81). Por su parte, el artículo 50.3 en relación con el artículo 44.1 y 2 de la Constitución austriaca disponen, la posibilidad de que un Tratado modifique (en sentido amplio del término) la Constitución federal austriaca, requiriéndose en tal caso el cumplimiento de las cualificaciones procedimentales previstas para la reforma constitucional, permaneciendo, ello no obstante, conforme al Art. 44.3 de la Constitución el poder de reforma constitucional total en el Parlamento y en el cuerpo electoral, que debe aprobarla en referéndum(82). En uno y otro caso, la Constitución habría dispuesto mediante una habilitación en blanco la pérdida de su soberanía dentro del concreto ordenamiento jurídico de que se trate, puesto que si el Tratado o disposición de una organización internacional pueden apartarse de la Constitución o imponer forzosamente esa divergencia, se puede decir que ostentan el poder de reforma constitucional -aunque el Parlamento nacional de ambos países conserve una competencia de reforma constitucional residual para todo aquello no afectado por las normas de derecho comunitario-. Poder, que, como consecuencia de la aplicación del principio de primacía del derecho comunitario sobre toda norma constitucional nacional -norma que habría reformado la Constitución en el momento de la adhesión a los Tratados constitutivos-, se convierte en un poder normador jurídicamente superior al del poder de reforma constitucional nacional, por lo que éste ya no podrían mediante una reforma constitucional, ni siquiera total, desposeer de su competencia de reforma constitucional a la Unión europea, y, a la inversa, la organización internacional podría teóricamente suprimir la competencia de reforma constitucional residual de los Parlamentos nacionales.

La disolución, por tanto, tiene lugar, pero no en favor de otra norma cuya creación se prevé en el mismo ordenamiento jurídico en su parte interna, como ocurre cuando se modifica por completo la Constitución y se da paso a otra nueva aplicando las cláusulas de reforma constitucional internas, sino en beneficio de normas de creación externa cuya eficacia general es más que dudosa, arriesgando así, la disolución del propio ordenamiento. Esta postura es, sin duda, la que plantea menos problemas desde el punto de vista de la supremacía del Derecho internacional en general y del Derecho comunitario en particular, y la que mejor se adapta a sus exigencias de efecto directo y primacía incondicionada sobre todo el Derecho estatal, incluidas las normas constitucionales. La norma suprema del ordenamiento como unidad, sin embargo, habría pasado a estar compuesta por un conjunto aleatorio de normas, las internacionales -y las comunitarias-, cuya «positividad» está puesta en tela de juicio por

la inexistencia de un mínimo de eficacia fuera del ordenamiento estatal interno, ordenamiento del que pretenden erigirse en norma suprema. El peligro para la «positividad» deriva de que los subsistemas sociales gozan a nivel internacional de un menor grado de diferenciación que el que tienen en las sociedades estatales, acaso debido a que la sociedad internacional, entendida como conjunto de comunicaciones entre sujetos individuales, no garantiza por sí misma la imposición contrafáctica de expectativas a través de la regulación del uso de la fuerza a nivel internacional, sino es a través de la autotutela de los ordenamientos estatales.

B) Soberanía exclusiva de la «Supra-constitución material».

Una segunda opción interpretativa es aquella que, desdoblado la Constitución del Estado en dos, normas constitucionales ordinarias por un lado y núcleo constitucional intangible, integrante de una especie de «Supra-constitución material», por otro, admite la preeminencia del Derecho internacional respecto de las primeras, cuya aplicabilidad puede ser dispuesta por las normas del ordenamiento internacional, incluidas las comunitarias, pero las subordina, por otra parte, a la verdadera Constitución, o núcleo intangible, identificativo de la soberanía del Estado, cuya existencia es, en todo caso, indisponible. Tal es la postura que parece adoptar los ordenamientos constitucionales alemán(83), italiano(84) y francés(85), si bien es cierto, que, en el caso del alemán, de la literalidad del nuevo «Europaartikel» (Artículo 23 GG sobre la integración europea), por el que se vincula a las modificaciones del proceso de integración europea al procedimiento y límites de la reforma constitucional (Art. 79 II y III GG), pudiera deducirse una voluntad contraria a la posibilidad de modificaciones extraprocedimentales de la Constitución alemana(86), de complicada conjunción con la interpretación hasta el momento vigente del antiguo artículo 24 I GG. En todo caso, la modificación constitucional por la que se cedan competencias a los entes supranacionales encuentra su límite en el núcleo intangible del orden constitucional a que se refiere al Art.79 III GG. En Francia, el Art. 54 CF, de una parte somete a la previa reforma constitucional a la celebración de tratados que contengan estipulaciones contrarias a la Constitución(87). Fruto de ello, por otro lado, fue la introducción del Art. 88 CF, dedicado íntegramente a la regulación constitucional del proceso de integración europea, que ahora parece no encontrar más límites que el respeto a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional(88), como parte de la cláusula del Art. 89.2 CF, que establece como cláusula de intangibilidad a toda reforma constitucional el respeto a la forma republicana de gobierno(89).

A pesar de las evidentes diferencias en la articulación normativa de la relación entre las normas de derecho comunitario y las normas constitucionales, todos estos ordenamientos que optan por este modelo dogmático coinciden en subordinar el principio de primacía del ordenamiento comunitario y, con ello, las propias normas del mismo a una especie de «supra-constitución material», núcleo de valores fundamentales (entre los que naturalmente se encuentran los principios estructurales del ordenamiento y los derechos fundamentales), identificativos del orden constitucional(90) e indisponibles para el poder normativo comunitario(91).

Esta opción dogmática tampoco goza de apoyo en nuestra Constitución(92) desde el cual poder afirmar que el Art. 93 CE ha permitido a la Ley Orgánica de autorización de los Tratados comunitarios la entrega a las organizaciones europeas, en el ejercicio de sus competencias, de una parte del poder constituyente con el límite de no vulnerar el núcleo intangible de la Constitución, verdadero sello identificativo de la

misma.

Independientemente de la dificultad de discernir si este límite es el mismo que aquél que muchos de sus precursores pretenden igualmente implícito para el propio poder de reforma constitucional(93) o si, por contra, se trata de un límite de contenido diferente(94), son dos los principales obstáculos de sistemática constitucional que se oponen, a nuestro entender, a una interpretación de esta naturaleza. Es necesario, pues, dar una respuesta a esta cuestión dogmática a la luz del texto del programa normativo que representa la Constitución, para lo cual, la interpretación constitucionalmente adecuada de una norma que se considera suprema de un ordenamiento jurídico positivo y autorreferencial, deberá rendir tributo a estas dos condiciones funcionales (la «positividad» y la «autorreferencialidad») de su existencia diferenciada como sistema.

De una parte, si de lo que se trata es de servirse de la propia voluntad de la Constitución a la hora de establecer cuál es la posición normativa que ocupan las normas internacionales, no estará de más recordar que en ella se distingue con claridad entre procedimiento de elaboración de Tratados y procedimiento de reforma constitucional, y que el propio Art. 95 CE somete al imperio de la Constitución a toda clase de Tratados internacionales, también, por tanto, a los Tratados comunitarios(95)(la Ley orgánica que autoriza su celebración se halla sometida a la Constitución como cualquier otra Ley). No puede oponerse a ese argumento que el objeto de sujeción constitucional sea el procedimiento de celebración del Tratado, y no el contenido del Tratado mismo. Detrás de todo enjuiciamiento de la conformidad de una norma (Tratado) respecto de otra superior (Constitución) está el examen del cumplimiento por parte de la primera de las condiciones de validez (incluidas las condiciones de celebración) a las que se ha visto sometida por la norma superior para su correcto nacimiento al mundo jurídico, es decir, de las condiciones tanto orgánico-procedimentales como materiales, pues todo el contenido constitucional se erige en su condición de validez. Sólo si la propia norma constitucional habilitase expresamente a la norma enjuiciada para la alteración de su contenido -en cuyo caso nos hallaríamos ante una norma de reforma constitucional- podremos eximirle del respeto del contenido de la norma habilitante. Dicha habilitación expresa no existe, sin embargo, en el Art. 93 CE, ni se desprende del tenor literal del Art. 95 CE, que pretende justamente lo contrario(96), sometiendo a la necesaria reforma constitucional previa a todo Tratado internacional con pretensiones de validez jurídica en nuestro ordenamiento.

El artículo 96.1 CE, en virtud del cual las disposiciones de los Tratados internacionales no pueden ser derogadas, modificadas ni suspendidas sino conforme a lo dispuesto en éstos o en las normas de Derecho internacional general, no puede ser esgrimido en ningún caso como argumento en favor de conceder «fuerza activa» a los Tratados internacionales respecto de la Constitución, ni siquiera para concederles «fuerza pasiva»(97). Dicha regulación solo puede entenderse referida a las fuentes normativas infraconstitucionales. Como se desprende de una interpretación constitucionalmente adecuada de nuestra Constitución que tenga en cuenta su carácter de norma suprema de un sistema jurídico positivo autorreferencial, así como del propio tenor literal del artículo 96.1 CE, se presupone la validez (conformidad constitucional) del Tratado internacional para que éste goce de los privilegios constitucionales de inderogabilidad, inmodificabilidad o insuspendibilidad («Los Tratados internacionales válidamente celebrados...»). Entre las condiciones (de validez) impuestas al nacimiento de las normas internacionales se halla el respeto a toda la CE, incluido su contenido dogmático.

De otra parte, la regulación de la reforma constitucional dispone en nuestro texto constitucional de un Título, el décimo, expresa y especialmente dedicado a su

regulación, así como de unas mayorías ciertamente cualificadas por las que se ha de llevar ésta a cabo. Es por ello, que no concordaría sistemáticamente con la puesta de la Constitución a merced del ordenamiento comunitario, en un Título distinto (el Título III) y con mayorías y por órganos manifiestamente inferiores a aquéllos. En aquellos ordenamientos como el holandés (Art. 92, 91.3 y 137.4 de la Constitución Holandesa), austriaco (Art. 50.3 y 44.1 y 2 de la Ley Fundamental del Estado austriaco) o alemán (Art. 23 GG), en que, como hemos visto, bien la Constitución como un todo, bien las «leyes constitucionales», en sentido schmittiano del término, son puestas a merced del ordenamiento internacional, que actúa con poder constituyente, las normas sobre reforma constitucional no ocupan un título o sección constitucional diferenciados y propios, indicativos de la inequívoca voluntad constitucional de manifestarse respecto de este extremo en un único lugar y con un único efecto (a excepción de Holanda), ni tampoco contemplan una mayoría parlamentaria necesaria para esa apertura constitucional manifiestamente inferior a aquella que requiere el procedimiento de reforma. Más bien al contrario, en estos últimos ordenamientos se prevé una misma mayoría para la reforma constitucional, sea por vía ordinaria interna sea por vía internacional, y los mecanismos ordinarios de reforma se suelen regular conjuntamente con el ejercicio del poder legislativo ordinario, pues la reforma está habitualmente atribuida a éste.

Estos argumentos contrarios a la reducción de su carácter soberano exclusivamente a una especie de «Supra-constitución material», deducibles de sus prescripciones positivas, son expresión de una valoración de los aspectos positivo y negativo de su soberanía muy determinada: tras un largo período de tiempo de ausencia de una Constitución democrática como forma jurídica suprema, cúspide de nuestro ordenamiento, su advenimiento con la Constitución de 1978 ha querido venir rodeado de una serie de garantías que permitan a sus normas cumplir la doble función de culminar la autorreferencialidad del sistema(98) jurídico y de, siendo ella la norma suprema del ordenamiento, permitirle a éste su inserción en el medio de la sociedad estatal que le rodea. Todo ello, sin menoscabo de haber normativizado en su texto una expectativa socialmente generada como es la apertura *ad extra* de nuestro ordenamiento a la sociedad internacional, en general, y a la sociedad europea, en particular, en cuya construcción desea participar nuestro ordenamiento.

C) Soberanía plena de la «Constitución formal».

La soberanía del ordenamiento jurídico en su conjunto sólo se mantiene si el ordenamiento estatal sigue siendo soberano, tanto en su aspecto positivo como en su aspecto negativo, y la soberanía estatal tiene su máxima expresión en la soberanía de la Constitución, su norma jurídica suprema. Si la soberanía jurídica consiste en su aspecto positivo en la institucionalización de la posibilidad de cambio para lograr la inserción eficaz en el medio con la preservación de la continuidad formal, ninguna norma representa mejor que la Constitución esta cualidad, dado que todo cambio en las expectativas garantizadas por los programas normativos del ordenamiento del que es cúspide se encuentran sometidos orgánico-procedimentalmente y materialmente al contenido de aquélla o al que ella misma haya previsto en aplicación de las cláusulas para su reforma. Fácil es, entonces, comprender que esta soberanía se ve amenazada en su aspecto positivo, cuando se pretende afirmar que la norma suprema ha previsto su propia destrucción en favor de un sistema normativo, carente por sí sólo aún de «positividad», como es el caso del ordenamiento jurídico internacional y, por su derivación, el ordenamiento comunitario, cediendo esta competencia.

Igualmente, si la soberanía consiste en su aspecto negativo en la absoluta independencia del ordenamiento jurídico respecto de cualquier otro sistema normativo, la Constitución ha de ser considerada la fuente última de validez de las normas del sistema del cual es cúspide. Por ello, en su aspecto negativo, la soberanía constitucional se ve igualmente amenazada, no ya cuando el Derecho exterior del estado no respeta un conjunto de valores fundamentales, constitutivos de un núcleo identificativo de la Constitución, sino cuando, en último extremo, ésta ya no puede reconducir a sus propias prescripciones autorreferencialmente su validez, es decir, cuando se transfiere a unos hechos externos, carentes de juridicidad por sí mismos, (pues los sujetos y procedimientos de creación normativa internacional son meros hechos antes de adquirir validez -interna- y representar la soberanía del ordenamiento) la competencia de reforma constitucional, incluida la posibilidad de modificación de las cláusulas de reforma.

La necesaria conformidad constitucional de los productos normativos procedentes parcial (Tratado internacional) o totalmente (normas de Derecho internacional general o Derecho comunitario derivado) de sujetos cuya existencia no ha sido reglada directamente por el ordenamiento jurídico estatal, pero cuya relevancia jurídica sí ha sido establecida por éste, se impone, desde esta tercera perspectiva, como una exigencia de la supremacía constitucional, de la soberanía y «positividad» del ordenamiento en su conjunto. No será, por consiguiente, necesario manifestar de forma expresa esta voluntad en el texto constitucional. La misma deberá ser derivada del principio de supremacía constitucional, representación de la soberanía del ordenamiento. No será posible, por tanto, hablar de la existencia en nuestro ordenamiento de normas constitucionales inconstitucionales(99), pues en el mismo está ausente la distinción jurídico-positiva entre dos Constituciones una formal y otra material. La única norma constitucional que posee la cualidad de ser norma jurídica suprema y, por consiguiente, plenamente soberana, es aquella recogida en el instrumento constitucional, que ocupa la posición suprema en el ordenamiento, es decir, la «Constitución formal»(100).

Éste ha sido, a nuestro entender, el modelo de organización de las relaciones entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento interno por el que ha optado nuestra Constitución. Se trata de un *modelo monista de primacía del ordenamiento estatal*, sobre la base de la *soberanía plena de la «Constitución formal»*.

Así, la posición de la Constitución española en este punto no ofrece dudas. Si la Constitución es norma jurídica suprema, lo ha de ser respecto de todas las fuentes normativas, incluidas las internacionales, y no (sólo) por constituir su fuente lógica de validez, sino por estar en la jerarquía normativa supraordenada a éstas, es decir, por gozar de fuerza activa y pasiva respecto de éstas. Supremacía que se garantiza en nuestro ordenamiento a través de un conjunto de procedimientos incardinados en el sistema de justicia constitucional mediante los cuales tanto los órganos jurisdiccionales ordinarios como, en primer término, el Tribunal Constitucional, hacen valer la jerarquía normativa. La reforma constitucional, el poder constituyente al fin y al cabo, está encomendado de forma expresa, y bajo la observancia de concretas mayorías cualificadas, a determinados órganos constitucionales, cuya regulación aparece en el Título X, bajo la rúbrica «De la reforma constitucional», y en ninguna otra parte(101). No se trata, tampoco, de una competencia constitucional susceptible de cesión por la vía del artículo 93(102), como se verá en el siguiente apartado.

En el caso del artículo 93 CE tampoco estamos ante un supuesto de autorruptura constitucional(103). La norma constitucional que permite excepcionar la aplicación de las reglas generales orgánico-procedimentales no permite, sin embargo, autorizar la

celebración de Tratados internacionales cuyo contenido sea contrario a la Constitución o que habiliten la existencia de normas con un contenido contrario a la Constitución, por el mero hecho de que su celebración sea aprobada por una Ley con mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, una de las mayorías previstas por la CE para la creación normativa infraconstitucional. La apertura *ad extra* de nuestro ordenamiento no se formaliza en una norma con rango constitucional(104), sino que la misma adopta, por mandato expreso del Art. 93 CE, la forma de una Ley Orgánica mediante la cual se transfieren a una organización supranacional competencias derivadas de la Constitución, a través de un Tratado internacional en el que se prevén nuevas condiciones tanto orgánico-procedimentales como materiales para la producción normativa(105), paralelas a aquellas previstas por la CE. Por otro lado, no es posible otorgar a los Tratados internacionales sobre derechos y libertades rango constitucional, pues la remisión constitucional a los mismos realizada por el Art. 10.2 CE, como ha puesto de relieve reiteradamente el Tribunal Constitucional, no puede ser entendida en el sentido de que de rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no lo estén también en la propia CE, ni les convierta en canon de validez, sino exclusivamente en un criterio interpretativo a partir del cual determinar el contenido de aquellos derechos y libertades(106).

Con este cúmulo de premisas desde las que abordar la «interpretación constitucionalmente adecuada» de la apertura *ad extra* de nuestra Constitución en favor de la integración en una integración supranacional, se puede llegar a la conclusión de que ésta ha tenido como horizonte la conservación de la soberanía del ordenamiento jurídico. La soberanía de la «Constitución formal», llamémosla desde ahora simplemente Constitución, es plena, pues de ella misma(107) y de ningún otro ordenamiento supraordenado, depende su existencia como norma jurídica, su validez misma (aspecto negativo), que sólo logra a condición de ser la cúspide de un ordenamiento jurídico inserto eficazmente en el medio social que le rodea (aspecto positivo). Nada tiene que ver con esta soberanía constitucional, estrictamente jurídica, que dos de las cualidades con las que se puede autoconfigurar, la «estatalidad» (*Staatlichkeit*) o el carácter democrático de la creación normativa, hayan de ser conservados mediante la pervivencia de un mínimo cuantitativo-cualitativo de competencias en manos de los órganos representativos y por los procedimientos estatales internos, directamente creados por la Constitución(108). De hecho, la Constitución seguiría siendo soberana siempre que conservase la potestad constituyente-constituida, con independencia de que la transferencia de las demás competencias haya sido realizada a título de cesión del ejercicio o cesión de la titularidad.

Esta última distinción, en realidad, afecta sólo al procedimiento constituido por el que ha de tener lugar la apertura *ad extra* del ordenamiento. La prohibición constitucional -a sensu contrario del Art. 93 CE- de que la transferencia sea de la titularidad de las competencias se fundamenta únicamente en su adecuación al principio democrático (Art. 1 CE), principio de organización de la creación normativa, y de cuya existencia sólo podría disponer un poder de reforma agravado. No afecta, sin embargo, esta distinción a la soberanía de la Constitución, siempre que sea en ella y en ninguna otra norma donde las normas aplicables en el ámbito territorial de la CE encuentren sus condiciones de validez actuales o futuras (como consecuencia de la actuación del poder constituyente juridificado).

Para una Constitución que pretenda ser norma jurídica suprema todos sus preceptos son de igual y obligado cumplimiento, incluidos aquellos relativos a la reforma constitucional. La mutación constitucional(109), por consiguiente, o bien no es

realmente más que una infracción constitucional, o sólo sería comprensible como una manifestación del carácter «abierto» de nuestra Constitución, en cuyo caso no sería una verdadera mutación constitucional(110), sino la concreción del contenido normativo del enunciado constitucional mediante la aplicación del Art. 93 CE. Es claro que, en tal caso, sólo cabría modificar dicha voluntad soberana por los procedimientos que para la formación de la misma se haya autoimpuesto el propio constituyente al juridificarse en el poder de reforma.

IV. «Estatalidad», reforma constitucional e integración europea.

¿Cuáles son, no obstante, los efectos jurídicos que puedan tener respecto de la soberanía del ordenamiento estatal, la calificación de la creación normativa por su carácter democrático -con el respeto mínimo a los derechos fundamentales conexos-, o por la conservación de un nivel mínimo competencial (cualitativo-cuantitativo) de «estatalidad» política, cuando estos contenidos han sido asumidos por el constituyente como parte de su voluntad normativa soberana? Para dar respuesta a estas interrogantes, vamos a tomar los ordenamientos alemán y español como referente de la argumentación dogmática expuesta, pues ambos son, a nuestro entender, representativos de dos de los tres modelos dogmáticos de comprensión de su soberanía por parte de la propia Constitución. Es en el seno de ellos dos donde el proceso de integración europea plantea verdaderos problemas en relación con la soberanía del ordenamiento, puesto que puede afectar a las dos cualidades (carácter estatal y carácter democrático) de la creación normativa, que se encuentran protegidos a través de los procedimientos de reforma constitucional frente a la apertura *ad extra* del ordenamiento.

Lo anterior, sin embargo, no obsta a la necesidad de constatar qué papel juega la integración europea en la existencia jurídica de estos contenidos y, en concreto, en función de la posible necesidad de una reforma constitucional -descartada la posibilidad constitucionalmente lícita de una mutación constitucional- para adaptar la Constitución estatal a las expectativas nacidas en el seno de la sociedad relativas a un mayor grado de integración europea, que requieran ser normativizadas al más alto nivel. Si bien «estatalidad» o principio democrático no son sinónimos de soberanía, lo cierto, es que son cualidades con las que el propio ordenamiento soberano puede haber caracterizado la creación normativa. Por ello, es necesario determinar el grado de protección que los ordenamientos pueden dispensarles a los mismos conservando su carácter soberano.

Ya hemos apuntado, cómo, cuando se apela a la preservación del carácter estatal de un Estado, no se está utilizando sino un concepto que es en sí mismo tautológico o que, a lo sumo, introduce un contenido político de difícil determinación jurídico-constitucional. Ha sido, precisamente, en Alemania, donde la doctrina(111) ha hecho una más enconada defensa de éste contenido, como parte integrante de la cláusula de intangibilidad que el Art. 79 III de su Ley Fundamental sustrae a la acción del poder de reforma constitucional -incluido el del Art. 24 I GG-, o, incluso, a la del poder constituyente originario del pueblo del Art. 146 GG(112). El «salto cualitativo» que representa el TUE con respecto a las preexistentes Comunidades Europeas dejaría, en opinión de esta doctrina, la puerta abierta a la posible pérdida para los Estados miembros de su carácter estatal y, por consiguiente, del carácter soberano de su ordenamiento jurídico.

Al margen de lo discutible(113) de la incardinación de la «estatalidad» dentro de los principios estructurales de Estado social, democrático y federal de Derecho (contenido del Art. 20 I GG), a los que se remite el Art. 79 III GG(114), la principal

dificultad, una vez aceptada su existencia como límite, reside en determinar su contenido material concreto, respecto del cual la Constitución desde su normatividad, pero sobre todo desde su pretensión de longevidad temporal, no nos ofrece demasiados estribos a los que asirnos. Así, unos identifican la «estatalidad» con el mantenimiento de un mínimo cuantitativo(115) de competencias en manos de los órganos estatales, mientras que otros apelan a la calidad de las competencias más que a la cantidad, es decir, que han de ser funciones de especial importancia para el Estado las que deban permanecer en las manos del poder público nacional.

La solución es un problema más interpretativo que dogmático. No corresponde, sin embargo, a este trabajo establecer si el contenido del Art. 20 I GG comprende el principio de «estatalidad política» en Alemania o en qué términos, ni si el «salto» que implica el TUE supone una injerencia antijurídica en el ámbito vedado por el Art. 79 III GG, cuestión esta última de carácter gradual, dada la estructura «principal» de las normas que contienen los principios estructurales del ordenamiento(116).

El ordenamiento jurídico español, por su parte, no excluye -al menos expresamente- de la posibilidad de una reforma constitucional ningún núcleo material intangible dentro del cual pudiera encontrar acomodo la conservación de un mínimo cualitativo-cuantitativo de competencias que hemos denominado «estatalidad». La dicción literal del Art. 168 CE es clara en el sentido de permitir una reforma constitucional sobre cualquier contenido de nuestra norma fundamental. La pervivencia de España, por tanto, como una unidad política delimitada personal y territorialmente no se encuentra sustraída a una posible reforma constitucional. Ahora bien, es necesario determinar si ha sido asumido por la CE entre sus contenidos un concepto político de Estado y si la juridicidad de éste, en tal caso, se halla de algún modo condicionada orgánico-procedimentalmente en algunos de sus aspectos.

La tríada clásica -territorio, pueblo y poder público- que conformaría el concepto de Estado desde un punto de vista político, si bien no se habría visto asumida como unidad conceptual por la CE ni sometida, por consiguiente, a exigencias orgánico-procedimentales de ningún tipo, bajo las cuales exclusivamente sea posible proceder a su supresión o modificación, sí goza, no obstante, de una garantía constitucional, aunque sea parcial. En tal medida, se podría ver afectada por el proceso de integración europea. Dos de los elementos que forman parte de la misma podrían entenderse mencionados por nuestra norma suprema con una determinada eficacia normativa, que imposibilitaría su modificación sino es por el cauce agravado del Art. 168 CE. Este es el caso del elemento territorial (integridad territorial), mencionado en el Art. 8 en relación con el Art. 2 CE, y del elemento personal (soberanía del pueblo español), referido en el Art. 1.2 CE, elementos ambos del concepto político de Estado(117). El tercero de los elementos, la existencia de un poder público al que se haya encomendado la regulación y, en último extremo, el uso de la fuerza sobre los individuos de un territorio determinado, no es objeto por sí mismo de una regulación específica en la Constitución y, por consiguiente, no sólo no parece posible hablar de una protección constitucional frente a las injerencias de los poderes constituídos, sino que algunas de sus determinaciones son abiertas expresamente por la Constitución a su cesión exterior en el Art. 93 CE. No se reservan, pues, a los poderes públicos nacionales ni un mínimo ni un tipo cualificado de competencias constituidas que necesariamente hayan de asumir éstos por estar íntimamente ligadas a la existencia de la unidad política Estado, aunque sólo sea porque expresamente la Constitución española no ampara ningún concepto histórico-político de Estado. Por ello, el Estado al que se refiere la norma fundamental ha de identificarse con el ordenamiento jurídico mismo y con la configuración de los

procedimientos de creación normativa que en cada momento concreto haya realizado el poder constituyente (constituido). Cuestión aparte es que por exigencias del principio democrático -como veremos- el trasvase de un determinado volumen o tipo de competencias pueda suponer un atentado contra este contenido material especialmente protegido por la norma fundamental y se haga necesario acudir al cauce agravado de la reforma constitucional para poder efectuarlo. Cuándo se dé este atentado y el nivel de menoscabo competencial que se debe alcanzar para que se entienda afectado el principio democrático y sea necesario proceder a la reforma constitucional por el artículo 168 CE es, al igual que en el caso alemán, una cuestión gradual que no puede recibir una respuesta *a priori*, dada la estructura «principal» de las normas que contienen los principios estructurales.

Como se ha puesto de manifiesto, una interpretación constitucionalmente adecuada de nuestra norma suprema conduce a considerar la Ley Orgánica emanada en aplicación del Art. 93 CE como una norma constituida de apertura *ad extra* del ordenamiento. Como tal norma constituida no está habilitada para transferir competencias que no sean estrictamente constituidas y, por consiguiente, no puede transferir la competencia de modificación de la Constitución(118), pues de otro modo aquélla permitiría la pérdida por el ordenamiento interno de su carácter de tal, de su «soberanía». Las competencias agotadas en su regulación o parte de cuyos contenidos hayan sido exhaustivamente preceptuados por la voluntad constituyente, así como aquella competencia cuyo contenido consiste precisamente en actualizar la voluntad del poder constituyente objetivada por el ordenamiento, no pueden ser calificadas de "competencias derivadas de la Constitución cuyo ejercicio es susceptible de cesión", en el sentido del Art. 93 CE(119).

Cuestión distinta es la de si, no obstante este presupuesto dogmático del que parece partir la CE, su voluntad normativa soberana no podría apartarse de él, y mediante una modificación constitucional permitir que, indirectamente a través del Art. 93, o directamente mediante un nuevo precepto constitucional, sea posible ceder el ejercicio de las facultades de reforma constitucional a poderes externos del Estado, esto es por órganos cuya jurisdicción fuera del ordenamiento estatal es puesta en tela de juicio. Dicho con otras palabras, se trata de dilucidar si lo que no es, en principio, más que una consecuencia -la intrasferibilidad del poder de reforma constitucional a un poder que requiere de la existencia de órganos estatales, sobre los que a su vez dispone el poder de reforma, para su propia existencia jurídica-, impuesta sobre las cláusulas de reforma constitucional por las condiciones funcionales (positividad y autorreferencialidad) de la existencia diferenciada del sistema jurídico, no implica además la existencia de un límite de naturaleza jurídico-positiva, que impida, por ejemplo, una reforma de nuestra norma fundamental que la abriese al ordenamiento internacional al modo de la Constitución holandesa antes citada. La respuesta ha de ser negativa, pues el Título X carece de superioridad jurídico-positiva respecto de las demás normas constitucionales(120), posición de la que únicamente disfrutarían si poseyesen fuerza activa y pasiva respecto de las demás normas constitucionales. La fuerza activa no es predicable, sin embargo, de las normas sobre la reforma constitucional, pues su operatividad presupone la sucesión en el tiempo de éstas respecto de las normas constitucionales originarias con las que coexisten(121) y carecen también de fuerza pasiva, pues forman parte del instrumento constitucional susceptible de revisión conforme al propio Título X(122).

La «estatalidad», sea entendida como un contenido político o como la existencia misma del ordenamiento soberano, no constituye, pues, un valor intangible para el

proceso de integración europea, pero sí puede condicionar procedimentalmente el desarrollo del mismo, en la medida en que algunos de sus elementos han sido asumidos más o menos expresamente por nuestra norma fundamental y se hallan dotados de la rigidez propia de la forma constitucional.

V.- Principio democrático, reforma constitucional e integración europea.

El principio democrático, principio estructural posible mas no necesario en cualquier ordenamiento jurídico, tiene inicialmente un núcleo material común en los distintos Estados miembros de la Unión europea y una concreción jurídica diversa en cada uno de ellos. Así, por ejemplo, tanto en el ordenamiento alemán (Art. 20 GG) como en el ordenamiento español (Art. 1 CE) el principio democrático se define a partir del principio de soberanía popular, pero más allá de este inicial punto de partida común veremos cómo la configuración jurídica del mismo en uno y otro ordenamiento es parcialmente distinta.

Para la Ley Fundamental de Bonn el principio de soberanía popular (Volkssouveränität), aisladamente considerado, no dice nada del modo de creación normativa instaurado. Exige exclusivamente la derivación del poder del Estado a partir del ente «pueblo», lo que se logra mínimamente con que en éste resida y permanezca la titularidad del poder constituyente originario(123); interpretación del principio de soberanía popular de naturaleza más política(124) que jurídica, y cuya razón de ser estriba indudablemente tanto en el modo mismo de creación de la Ley Fundamental de Bonn, como en el necesario reconocimiento histórico-político hacia este principio(125). El modelo dogmático que ha asumido la GG en este trascendental punto es el de que el fundamento de la misma no puede ser otro que el poder constituyente del «pueblo»(126).

La insuficiencia de este principio, como contenido de la decisión constitucional en favor de la democracia, se muestra fácilmente desde el momento en que la titularidad del poder constituyente del pueblo no garantizaría una «legitimidad democrática de ejercicio», sino sólo «de origen». Para lograr, por tanto, que la democracia sea una forma de Estado, cuya pretensión sea hacer real la máxima de que el «pueblo»(127) sea además fuente de todo el poder jurídico, es preciso que el ejercicio del poder se organice conforme a unos determinados mecanismos (de participación del ciudadano en la formación de la voluntad estatal(128)), principios (de legitimación democrática funcional-institucional, organizativo-personal y material) y estructuras que garanticen que el «pueblo» alemán es efectivamente titular de todo el poder estatal(129).

Tanto el dogma de la soberanía popular, tal y como ha sido descrito, como el contenido del principio democrático pueden verse afectados cuando el ordenamiento jurídico abre sus puertas a la creación normativa desde órganos y conforme a procedimientos que él mismo no ha creado(130), sin que ello afecte al carácter soberano del ordenamiento ni de la Constitución. El primero se vería alterado, si se produjese una transferencia del poder de reforma de la «Supra-Constitución material», regulado en el Art. 146 GG(131), lo que como hemos visto no está permitido conforme al modelo dogmático por el que ha optado la Ley Fundamental de Bonn. Respecto del segundo, cabe señalar, que el derecho a participar en la cadena de legitimación antes descrita se instrumenta fundamentalmente a través del derecho de participación en los asuntos públicos mediante la elección de representantes(132) (principalmente parlamentarios), los cuales deben estar dotados de competencias propias, tanto materiales como de control, suficientes como para que la cadena no se rompa(133). No está de más

recordar, una vez más, que conforme al Art. 79 III GG y al nuevo Art. 23 I GG cualquier actuación del poder constituido alemán, incluido el poder de reforma constitucional, se halla sometida al respeto de la garantía mínima del principio democrático y a la soberanía popular tal y como vienen recogidas en el Art. 20 I y II GG, por lo que la interpretación del contenido de la habilitación aperturista tanto de la ley de ratificación y del TUE como del nuevo Art. 23 I GG es decisiva en la determinación de hasta qué punto se ve inicialmente conculcado el principio de legitimación democrática del ejercicio de todo poder público en Alemania, y por conexión el principio de soberanía popular.

La determinación de cuándo se produce esa posible conculcación del principio democrático, se presenta al igual que acontecía con la «estatalidad» como una cuestión polémica doctrinalmente hablando(134), y es, en todo caso, una cuestión de grado, dado el carácter «principal» de la norma que recoge el principio estructural de Estado democrático.

Independientemente de la concreta opción valorativa de los hechos que se adopte -lo cual no es pertinente determinar en estas páginas-, la consecuencia de haber obviado las prescripciones constitucionales mencionadas, caso de que el TUE implicase una merma inaceptable del principio democrático, no podrían ser otras que la inconstitucionalidad tanto del acto normativo interno por el cual el ordenamiento alemán incorpora la norma internacional en que el TUE consiste, como en su caso la de la norma comunitaria derivada, en ambos casos por vulneración del contenido mínimo democrático al que la norma suprema del ordenamiento somete la cesión de competencias(135).

La Constitución española de 1978, por su parte, fruto de un proceso constituyente-constituido, con un fundamento jurídico radicalmente distinto al de Alemania, no escinde el contenido del principio democrático en dos concreciones diversas (soberanía popular y legitimación democrática, sinónimos respectivamente de atribución del poder constituyente al pueblo y de mecanismos de participación en el ejercicio de poder estatal)(136). Se puede decir, en ese sentido, que para la CE el dogma de la soberanía popular (Art. 1.2 CE) sólo tiene sentido jurídico como la inicial concreción estructural del principio de Estado democrático (Art. 1.1 CE) y no como fundamento válido de la cúspide del ordenamiento. La razón de ello, es que, desde la perspectiva de los sujetos agentes del proceso constituyente, la Constitución española de 1978 no era el producto de un proceso constituyente originario, *ex novo*, sino de la modificación de las leyes fundamentales del ordenamiento jurídico franquista(137). Por lo que respecta a los mecanismos, principios y estructuras en que se concreta secundariamente el programa normativo en que consiste el principio democrático en nuestro ordenamiento, éstos sí que son análogos en su conjunto a aquéllos que pretenden hacer efectiva la legitimación popular del ejercicio del poder público en Alemania(138). En este sentido, la inspiración eminente aunque no exclusivamente parlamentaria del principio democrático en los Estados de la Unión Europea, incluido el nuestro, permiten reconducir, en cierto grado, el «*déficit democrático*» que se imputa a la apertura *ad extra* de nuestro ordenamiento a un «*déficit parlamentario*», pues en realidad, como ya señalase el BVerfG(139), la conculcación del principio democrático deriva de la insuficiencia de mecanismos de control por parte de los representantes directos de los ciudadanos de cada Estado en los procesos de creación normativa en los que intervienen los Gobiernos de los Estados(140).

Por otro lado, a semejanza de lo que acontece respecto del principio de soberanía popular en Alemania, el sujeto hacia el cual ha de reconducirse el criterio de

imputación normativa es el «Pueblo» español, es decir, el conjunto de ciudadanos españoles, se califique legislativamente de tales a quien sea, pero no a los ciudadanos europeos, por lo que sólo él sería el titular de la soberanía nacional en estos términos de principio democrático expuestos. Ningún «pueblo europeo» podría suplantarle en la titularidad de la misma, ni aún en el supuesto de que mediante esta sustitución del sujeto la imputación se lograra de un modo, si acaso, más directo(141). Los términos de nuestra norma constitucional son claros: «La soberanía nacional reside en el *pueblo español*, del que emanan todos los poderes del Estado»(142). No parece por consiguiente admisible(143) el razonamiento que pretende salvar el déficit democrático en el ordenamiento comunitario, atentatorio contra el principio democrático, por la vía de la legitimación democrática a nivel supranacional en el Parlamento Europeo(144). El Parlamento europeo no es representante del «pueblo español», del «pueblo alemán», o del «pueblo francés», sino de todos ellos a un tiempo (véase el artículo 138 TCCE), por lo que la cadena de legitimación democrática(145) no puede mantenerse por esa vía(146).

La vulneración o modificación del principio democrático por el poder constituido del Art. 93 CE, no implica una suplantación del poder constituyente originario, sino una infracción de la Constitución, que, dependiendo de su alcance, es decir, del número de normas que, como consecuencia de que la infracción tenga lugar en la cúspide del ordenamiento, van a ser creadas *contra ordinem*, podrá afectar a la «positividad» y «autorreferencialidad» del sistema. A la alteración del contenido del principio de Estado democrático del Art. 1 CE o, incluso, a su supresión no obsta, por tanto, nada en nuestro ordenamiento siempre que tenga lugar por el correspondiente procedimiento agravado de reforma constitucional(147). Delimitar cuándo la barrera de la integración se ha superado, y cuándo se pretende una alteración del contenido constitucional del principio de Estado democrático, es un problema interpretativo de determinación del nivel competencial mínimo que debe permanecer en manos del Parlamento para no hacer ilusorias las normas constitucionales que contienen los derechos de participación.

En resumen, el respeto a todas las disposiciones de cualquier Constitución que, como la nuestra, se pretenda afirmar como la norma jurídica suprema de un sistema jurídico-positivo autorreferencial, es la mejor garantía para la preservación de la «positividad» y «autorreferencialidad» del ordenamiento jurídico como conjunto, provengan sus proposiciones normativas de sujetos y procedimientos previstos por ella misma o de sujetos y procedimientos externos, a los que ésta reconoce validez. En otras palabras, la validez jurídica y la propia eficacia política del proceso de integración europea dependen, en último extremo, del mantenimiento de la soberanía constitucional, a la cual pertenece la competencia de reforma constitucional. Sólo desde el desarrollo del proceso de integración europea con pleno respeto a la soberanía constitucional y, en concreto, al cumplimiento de sus dos aspectos positivo y negativo, será posible una verdadera juridificación del proceso de integración europea, y que éste responda realmente a una necesidad de reducción de complejidad en una sociedad internacional realmente existente. Plantearse cómo hacer valer esta soberanía, de momento constitucional, es hablar de cómo debe articularse en cada ordenamiento el control de constitucionalidad de las normas de derecho comunitario(148) que atentan contra la misma para hacer valer su soberanía, pero esta es una cuestión que no es objeto de esta reflexión y que deberá dejarse a ulteriores teorizaciones.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

(1) El *Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997* por el cual se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de la Comunidad Europea, si bien definitivamente aprobado por los representantes de los Estados miembros no entrará en vigor conforme a su Art. 14.2 hasta que hayan depositado el documento de ratificación todos los Estados signatarios del mismo. El Gobierno español ya ha presentado a las Cortes Generales para su aprobación *el proyecto de Ley Orgánica por la que se autoriza la ratificación de este Tratado*; cfr. *BOCG A-117.1 de 25 de mayo de 1998* y *BOCG A-117.3 de 22 de junio de 1998*.

(2) Jurisprudencia constitucional que ha surgido igualmente en Francia (*Decisiones del Consejo Constitucional CC 92-308 de 9.04.1992 -Maastricht I-; CC 92-312 de 2.09.1992 -Maastricht II-; CC 92-313 de 23.09.1992 -Maastricht III-*), en el Reino Unido (*High Court -Queens Bench Division- de 30.07.1993*), y en España (*Decisión del Tribunal Constitucional de 1.07.1992*) con un carácter vinculante. Se obviará toda referencia a las decisiones de los Consejos de Estado de Bélgica (*Dictamen del Consejo de Estado belga de 6.05.1992*), Holanda (*Dictamen del Consejo de Estado holandés de 27.05.1992*), o Luxemburgo (*Dictamen del consejo de Estado luxemburgués de 26.05.1992*), por su falta de carácter vinculante.

(3) Fuera de nuestro estudio queda la influencia que el proceso de integración europea pueda tener sobre los demás principios estructurales, tales como el de Estado social, Estado autonómico y Estado de derecho, establecidos por nuestra Constitución. La razón no estriba en que éstos no se conviertan al igual que la «estatalidad» o el principio de Estado democrático en caracterizaciones de la soberanía, que sí lo son, toda vez que condicionan el modo de creación normativa al más alto nivel, prefigurando así la estructura de nuestro ordenamiento. Se trata de una razón mucho más convencional: el concepto de soberanía no ha sido jurisprudencial ni doctrinalmente constituido en torno a ellos, como sí se ha hecho en tono a la «estatalidad» o el principio democrático, con la afirmación de la soberanía del Estado o la soberanía popular.

(4) En aquellos ordenamientos, como el británico, en los que no existe una forma jurídica distinta de la Ley de la que se pueda predicar su supremacía, sino que es ésta forma jurídica la soberana, es posible igualmente hablar de un sistema jurídico positivo y autorreferencial, cuya soberanía se encarna en la forma jurídica suprema.

(5) Véase en este sentido en Francia, Beaud, O., «La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht», *Revue Française de Droit administratif* 1993, Nº 9, pág. 1045 ss; en Italia, Luciani, M., «La Constitution italienne et les obstacles à l'intégration européenne», *Revue Française de Droit constitutionnel* 1992, Nº 12, pág. 672 ss.; en Portugal, Miranda, J., «La Constitution portugaise et le Traité de Maastricht», *Revue Française de Droit constitutionnel* 1992, Nº 12, pág. 682 ss.; en Alemania, Murswiek, D., «Maastricht und der pouvoir constituant», *Der Staat* 1992, Nº 32, pág. 176-177; y, finalmente, en nuestro país, Aragón Reyes, M., «La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución», *ob. cit.*, pág. 17 ss.

(6) Sobre la caracterización del ordenamiento jurídico como un sistema social y su diferenciación funcional respecto de los demás subsistemas sociales, véanse con carácter general las colecciones de escritos de Luhmann, N., «Die Ausdifferenzierung des Rechts», Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1981, y, *Idem*, «Das Recht der Gesellschaft», Suhrkamp, 1993.

(7) Es decir, un "complejo de elementos o componentes directa o indirectamente relacionados en una red causal, de modo que cada componente está relacionado por lo menos con varios otros, de modo más o menos estable, en un lapso dado", conforme a la definición de Hall/Fagen, A.D./R.E., «Definition of Systems», *General Systems*, 1956, Nº 1, pág. 18-28, citado por Buckley, W., «La sociología y la teoría moderna de los sistemas» (traducción de Aníbal C. Leal), Amorrortu, Buenos Aires, 1970, pág. 70.

(8) A cerca de la composición del sistema jurídico de comunicaciones sobre Recht/Unrecht, véase, Teubner, G. «Recht als autopoietisches System», Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1989, pág. 87-88.

(9) Sobre la diferenciación funcional como mecanismo de estabilización y desarrollo de los subsistemas sociales, en general, y del sistema jurídico, en particular, véase Luhmann, N., «Rechtssoziologie», Westdeutscher Verlag Studium, Opladen, 1983 (2. erweiterte Auflage), pág. 140 ss.

(10) Hablamos de validez circular, porque consideramos que la fundamentación de la validez de cada norma en el ordenamiento ha de ser hallada en aquella jurídico-positivamente superior, es decir en aquella con fuerza pasiva y activa respecto de la misma, a cuyo respeto se encuentra sometida -es la llamada pirámide normativa en virtud de la fuerza derogatoria, en lugar de la pirámide normativa según el condicionamiento lógico-jurídico de la validez de las normas; cfr. Schilling T., «Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen», Berlin Verlag/Nomos, Berlin 1994, pág. 401 ss.-. La circularidad de la validez reside en que una vez alcanzada la cúspide del ordenamiento y cuando no sea posible derivar la validez de ésta de ninguna otra norma superior anterior, su validez sólo podrá ser derivada autorreferencialmente de la existencia diferenciada misma del sistema jurídico que funda.

(11) Cfr. Luhmann, N., «Das Recht der Gesellschaft», ob. cit., pág. 77.

(12) Es lo que Luhmann denomina «Internalisierung der Umwelt» y «Externalisierung der Selbstreferenz» -Luhmann, N., «Selbstlegitimation des Staates», Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1981, Beiheft 15, pág. 75-.

(13) Cfr. Luhmann, N., «Rechtssoziologie», ob. cit., pág. 261 ss.-. Pero, en todo caso, la legitimidad es un factor externo al sistema mismo, ínsito en el medio en el cual el sistema tiene su existencia, mas no definitorio del mismo.

(14) Cfr. la definición de legitimidad de Luhmann, N., «Legitimation durch Verfahren», Luchterhand, Darmstadt und Neuwied, 1978 (3ª edición), pág. 28.

(15) Cfr. Luhmann, N., «Positives Recht und Ideologie», Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1967, Bd. 53, N° 4, pág. 531 ss.

(16) Respecto de la eficacia general del ordenamiento como condición de validez, véase Kelsen, H., «Reine Rechtslehre», Franz Deuticke Verlag, Wien, 1978 (Unveränderter Nachdruck der zweiten Auflage 1960), pág. 215 ss. Lo que Kelsen llama «Wirksamkeit» o «Effektivität», se corresponde en Hart, H. L. A., «The concept of law», Clarendon Press, Oxford, 1993 (reprint of the second edition), pág. 116, 117, con la "obediencia general" por los ciudadanos a las reglas de comportamiento («rules of behaviour» en la clásica tripartición hartiana de las normas jurídicas) y en la "aceptación general" por los poderes públicos de la regla de reconocimiento suprema en el ordenamiento.

(17) La previsión de mecanismos que institucionalicen el propio cambio del Derecho es la consecuencia de lo que Teubner, G. «Recht als autopoietisches System», ob. cit., pág. 87 llama «*reflexives Recht*», es decir, de que el sistema se identifique como un sistema autopoietico en un mundo de sistemas autopoieticos, y extraiga de ello consecuencias de carácter operativo (normativo-estructurales).

(18) Cfr. Luhmann, N., «Das Recht der Gesellschaft», ob. cit., pág. 157

(19) Cfr. Luhmann, N., «Legitimation durch Verfahren», ob. cit., pág. 146 ss.

(20) Cfr. Luhmann, N., «Die Geltung des Rechts», Rechtstheorie 1991, N° 22, pág. 280.

(21) Imagínese una sociedad en que el temor reverencial que provocan las sanciones de los sistemas moral y religioso hace innecesario la regulación del uso de la fuerza para la garantía normativa de las expectativas sociales derivadas de la convivencia, que no van a ser contradichas fácticamente.

(22) Es una consecuencia del principio de «economía explicativa», del que parte el punto de vista desde el cual la Ciencia del Derecho pretende dar explicación al fenómeno jurídico; cfr. Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», (Unveränderter Neudruck der zweiten Auflage von 1928), Scientia, Aalen, 1960, pág. 99-100.

(23) Cfr. Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität », ob. cit., pág. 36, 40.

(24) Por consiguiente, en las cláusulas de reforma constitucional; en un sentido similar, considerando soberano (supremo) en el Estado al poder de reforma constitucional, véase Orfield, L. B., «The amending of the federal Constitution», Da Capo Press, New York 1971 (republication of the first edition of 1942), pág. 147, 155 ss.

(25) Cfr. Jellinek, G., «Allgemeine Staatslehre», (Fünfte Neudruck der dritten Auflage 1914), Julius Springer, Berlin 1929, pág. 481 ss.

(26) En particular, se observa en esa relación entre sistemas que, aún hoy en día, hay un excesivo peso de las operaciones del sistema político en la configuración de las expectativas que pretende garantizar el sistema jurídico, cuando los agentes sociales tienden, quizás, cada vez más a regir sus comportamientos por expectativas de tipo económico, por lo que el sistema económico debería asumir un papel más importante en sus relaciones con el sistema jurídico; cfr. Luhmann, N., «Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft», en «Die Ausdifferenzierung des Rechts», ob. cit., pág. 149-150.

(27) En relación con el tema que nos ocupa, lo serían por ejemplo, las expectativas nacidas a nivel político o social en torno al grado y forma de llevarse a cabo una mayor integración económica, política, y social entre diversos Estados europeos. La recepción de las mismas sólo puede tener lugar a través de los cauces y en los términos expresamente previstos por las normas constitucionales de cada Estado.

(28) Igualmente, la canalización orgánico procedimental de la recepción de las expectativas europeístas, así como las limitaciones de orden material que puedan obstar a su realización, interaccionan también de forma recíproca sobre el medio socio-político y pueden hacer variar la intensidad y el objeto mismo de las expectativas, que se pueden ver de este modo mediatizadas por otras expectativas previamente normativizadas en las normas jurídicas que constituyan los, presupuestos jurídicos de la integración.

(29) Cfr. Luhmann, N., «Das Recht der Gesellschaft», ob. cit., pág. 41-42.

(30) Cfr. Luhmann, N., «Das Recht der Gesellschaft», ob. cit., pág. 193.

(31) Tal es el caso, por ejemplo, de decisiones erráticas de los Tribunales Constitucionales, incumplimientos o violaciones de normas constitucionales sin sanción, etc... Esto no significa, sin embargo, que quebrado el código una vez al no respetarse la programación con la que ha sido dotado de contenido, éste desaparezca y el sistema jurídico perezca. Sólo cuando la discontinuidad alcanza un grado cualitativo o cuantitativo tal que deja de existir la condición de existencia del código, su inserción eficaz en el sistema social global, es decir, cuando desaparece la condición de validez del sistema, es posible hablar de la quiebra de éste y de su substitución, en su caso, por uno nuevo, con un código de validez distinto.

(32) Cfr. Luhmann, N., «Das Recht der Gesellschaft», ob. cit., pág. 203 ss.

(33) Cfr. Luhmann, N., «Das Recht der Gesellschaft», ob. cit., pág. 211.

(34) Cfr. Luhmann, N., «Das Recht der Gesellschaft», ob. cit., pág. 179.

(35) Cfr. Luhmann, N., «Das Recht der Gesellschaft», ob. cit., pág. 41.

(36) Esta comprensión de la categoría de la validez permite, así, trasladarla del orden del fundar (lógica existencial del ordenamiento jurídico), en el que la colocan las clásicas teorías del positivismo normativista, al del funcionar (lógica inmunizadora del sistema jurídico); cfr. Romano, B., «Filosofía del diritto dopo Luhmann. Il "tragico" del moderno», Bulzoni Editore, Roma 1996, pág. 214. En un sentido bien diverso, concibiendo la validez de forma puramente procedimental e ideal, cfr. Requejo Pagés, J. L., «Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 26-27, 36 ss.

(37) Véase Luhmann, N., «Die Aussdifferenzierung des Rechts», en «Die Aussdifferenzierung des Rechts», ob. cit., pág. 114.

(38) *Programático*, en este sentido, se opone a *programado* y ambos términos representan el equivalente funcional de los conceptos *constituyente* y *constituido* respectivamente de la teoría jurídica tradicional.

(39) Cfr. Luhmann, N., «Die Aussdifferenzierung des Rechts», ob. cit., pág. 116.

(40) Cfr. Luhmann, N., «La Constitution comme acquis evolutionnaire», *Droits*, 1995, N° 22, pág. 112-113. La percepción que tiene Luhmann respecto de la función que una Constitución debe cumplir en el sistema jurídico e, incluso, respecto de la que ha cumplido históricamente -si se circunscribe su análisis a la Constitución de los EE.UU. dado que la misma fue considerada norma jurídica suprema desde el inicio-, no parece, sin embargo, predicable respecto de la función que históricamente cumplió la Constitución en los Estados Europeos. La Constitución en estos últimos no fue, muy al contrario, sino la manifestación de la falta de diferenciación entre Derecho y Política e Ideología, y la intromisión en el seno del ordenamiento jurídico de una manifestación de estas últimas, el pacto político entre soberanos o los valores indubitados que un sector de la sociedad consideraba inmutables. Como él mismo pone de manifiesto, la Constitución cumple su función de cierre del sistema jurídico cuando existen una serie de mecanismos (justicia constitucional, mecanismos de reforma constitucional) que aseguran su preeminencia (pág. 113).

(41) El mantenimiento de la distinción entre la soberanía (autonomía) básica del individuo para interrelacionarse utilizando « las operaciones comunicativas del sistema jurídico y la soberanía de la decisión, como adopción autorreferencial de programas de decisión, se erige en un presupuesto de la diferenciación del ordenamiento jurídico; cfr. Luhmann, N., *Die Aussdifferenzierung des Rechts*», ob. cit., pág. 39-40.

(42) No se trata de considerar que la soberanía de nuestra Constitución sea del llamado tipo continuada absoluta y no autocomprensiva (sobre las categorías de «*continuing omnipotence*» y «*self-embracing omnipotence*», cfr. Hart, H.L.A., «The concept of law», ob. cit., pág. 149 ss., y, más desarrolladamente, Suber, P., «The paradox of the self-amendment», Peter Lang, New York y otros, pág. 74 ss.), de modo que la Constitución no pudiese ceder sus soberanía a ninguna otra norma jurídica del sistema por ella fundamentado. La Constitución puede ceder dicha competencia, pero es preciso suponer que de hacerlo, lo hará: 1° de forma expresa, 2° en favor de una forma jurídica perteneciente al sistema jurídico por ella fundamentado y, por tanto, subordinada a ella o de su mismo nivel en la jerarquía normativa y, 3° sin afectar al aspecto positivo de la soberanía, es decir, sin disolver la «*positividad*» del sistema.

(43) Véase en este sentido, Beaud, O., «La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht», ob. cit., pág. 1045 ss; Luciani, M., «La Constitution italienne et les obstacles à l'intégration européenne», ob. cit., pág. 672 ss.; Miranda, J., «La Constitution portugaise et le Traité de Maastricht», ob. cit., pág. 682 ss.; Murswiek, D., «Maastricht und der pouvoir constituant», ob. cit., pág. 176-177; y, finalmente, en nuestro país, Aragón Reyes, M., «La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución», ob. cit., pág. 17 ss.

(44) Sobre el concepto jurídico-político de Estado, véase Jellinek, G., «Allgemeine Staatslehre», ob. cit., pág. 137-138.

(45) Cfr. Kelsen, H., «Der soziologische und der juristische Staatsbegriff» (Neudruck der zweiten Auflage von 1928), Scientia, Aalen 1962, pág. 86-87.

(46) Sobre la identificación entre soberanía del Estado y soberanía del ordenamiento jurídico, sobre el presupuesto de identificar Estado y ordenamiento jurídico, y de concebir a este último como una unidad, véase Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität » ob. cit., pág. 8-9, y 12.

(47) Cfr. Jellinek, G., «Allgemeine Staatslehre», ob. cit., pág. 481.

(48) Cfr. Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität », ob. cit., pág. 41-42.

(49) Cfr. *BVerfGE* 89, 155, 182 ss.

(50) Cfr. Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität», ob. cit., pág. 43.

(51) Si bien las cláusulas sobre la reforma constitucional no son el fundamento de validez de las demás normas constitucionales, las mismas sí establecen las condiciones de validez de estas normas, que pueden ser sustituidas por otras creadas conforme a las prescripciones de aquéllas.

(52) En el sentido kelseniano del término; cfr. Kelsen, H., «Allgemeine Theorie der Normen», Manz, Wien 1990 (unveränderter Nachdruck der Auflage 1979), pág. 40 ss. Ya está superada la etapa en la que se concebían las normas de derecho internacional exclusivamente como normas primarias, es decir, cuyo destinatario no podía ser el ciudadano en ningún caso, sino sólo el Estado, cuya interposición era necesaria para que se desarrollasen los mandatos genéricos contenidos en las primeras. Un ordenamiento como el comunitario dispone, como es sabido de fuentes normativas cuyo destinatario es tanto el poder público estatal como el comunitario, así como de fuentes cuyo destinatario es el ciudadano.

(53) Con carácter general, sobre la incorporación por parte del ordenamiento estatal de normas de otros ordenamientos sean estos jurídicos o no (internacional, moral, etc...), y sobre su consideración de meras «materias primas» de carácter fáctico para el ordenamiento estatal en el proceso de creación normativa, véase, Schilling, T., «Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen», ob. cit., pág. 300 ss.

(54) En contra de plantear la cuestión de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno como un problema de monismo o dualismo en la concepción del ordenamiento jurídico, cfr. Donati, F., «Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità», Giuffrè, Milano 1995, pág. 48.

(55) Una formulación clásica del dualismo derecho nacional-derecho internacional, tanto en el objeto de las normas como en su fuente de validez, puede encontrarse en Triepel, H., «Völkerrecht und Landesrecht», Scientia Antiquariat, Aalen 1958 (Unveränderter Nachdruck der Ausgabe Leipzig 1899), pág. 9, 11 ss., 27 ss. Contemporáneamente, esta es la posición también de Kokott, J., «Deutschland in Rahmen der Europäischen Union. Zum Vertrag von Maastricht», Archiv des öffentlichen Rechts, 1994, Bd. 119, N° 2, pág. 207 ss., la adoptada por la *BVerfGE* 89, 155; y en opinión de Donati, F., «Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità», ob. cit., pág. 49 ss., la adoptada inicialmente por la Corte Costituzionale, que, no obstante, hoy ya no es afirmada por aquélla en toda su extensión. Dualismo del que parece partir también el análisis de Weiler, J. H. H., «Il sistema comunitario europeo», Il Mulino, Bologna, 1985, pág. 36, al sostener que la naturaleza evolutiva de la doctrina de la primacía del derecho comunitario es necesariamente bidimensional, desde el punto de vista del derecho comunitario y desde el punto de vista del derecho interno de cada Estado miembro; cfr. Idem, «The transformations of Europe», The Yale Law Journal, 1991, Vol. 100, N° 8, pág. 2414-2415 (existe traducción al castellano de este artículo, por María Ángeles Ahumada Ruiz, en «Europa fin de siglo», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, con prólogo de Francisco Rubio Llorente). Igualmente dualista la postura de Grewe, C., «La revision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht», Revue Française de Droit Constitutionnel, 1992, N° 11, pág. 419.

(56) Cfr. Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», ob. cit., pág. 120-121 ss.

(57) Respuesta, que para algunas teorías del derecho, no obstante, no es posible encontrar, por lo que esa confrontación es ineludible; cfr. McCormick, N., «La sentencia de Maastricht: soberanía ahora», Debats, 1996, N° 5, pág. 29.

(58) Cfr. Solozábal Echavarría, J. J., «Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y efectos de la integración europea», Revista de Estudios Políticos, 1996, N° 90, pág. 56, 57, 59-60

(59) En este último estrato normativo, la distinción entre aplicabilidad y validez carece de sentido, pues la última norma, intangible, no puede disponer de su propia aplicabilidad sin desdoblarse en dos normas, la competencial dispositiva y la material dispuesta, y sin, con ello, tener que presuponer que la primera es, a su vez, también indisponible para cualquier otra norma del sistema, y así *ad infinitum*. La distinción entre validez y eficacia presupone una norma superior que organiza las relaciones horizontales o de

aplicabilidad entre distintas normas, sea de carácter consuetudinario (como sucedía en los ordenamientos preestatales medievales) sea de carácter escrito (como sucede en los modernos ordenamientos estatales territorialmente o internacionalmente descentralizados). Pero ocurre, en todo caso, sólo respecto de las normas infraconstitucionales, es decir, respecto de aquellas que se encuentran en la jerarquía normativa por debajo de la norma organizadora. Pluralista es, también, la teoría sostenida por Requejo Pagés, J. L., «Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas», McGraw Hill, Madrid, 1995, pág. 1-2, 9 ss., y Requejo Pagés, J. L. «Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente», ob. cit., pág. 36 ss., por más que pretenda la existencia de unidad estructural, dado que la Constitución nacional es la norma que decide sobre la aplicabilidad de cualquier norma con independencia del sistema jurídico en el que se haya formado, y pluralidad genética, puesto que las normas internacionales o comunitarias encuentran su fundamento de validez fuera del ordenamiento nacional.

(60) Postura adoptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en reiteradas decisiones, ASS. 6/64 "Costa/Enel" de 15.07.1964; ASS. 9/65 "Saint Michele" de 22.06.1965; ASS. 11/70 "Internationale Handelsgesellschaft" de 17.12.1970; ASS. 8/71 "Comisión c/ Italia" de 13.07.1972", entre otras. En este mismo sentido, la valoración de la postura monista del TJCCEE hecha por Donati, F., «Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità», ob. cit., pág. 49.

(61) Aspecto éste que, sin embargo, admite Requejo Pagés, J. L., «Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento...», ob. cit., pág. 1, nota al pie nº 3, a pesar de su postura pluralista respecto de la génesis de los ordenamientos estatal e internacional, para quien los Estados apenas han superado el estado ideal de naturaleza, lo que desde la óptica de la construcción hobbesiana debería conducir a negar la existencia aún de ordenamiento jurídico. Sin embargo, admite la validez autónoma del sistema jurídico internacional a partir de una radical distinción entre las categorías del validez -meramente ideal y procedimental- y eficacia del sistema jurídico en su conjunto, a la que niega el carácter de condición *sine qua non* de la validez; cfr. Requejo Pagés, J. L., «Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente», ob. cit., pág. 21 ss..

(62) Cfr. Kelsen, H., «Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht» (1958), en «Die wiener rechtstheoretische Schule», Europa Verlag, Wien y otros 1968, pág. 2214 ss.

(63) Cfr. en este sentido, Mangas Martín, A., «Derecho comunitario europeo y derecho español», Tecnos, Madrid 1986, pág. 90, 140 y 141, e inicialmente, Requejo Pagés, J. L., «Posición de las normas internacionales en el ordenamiento español», Revista Española de Derecho Constitucional 1992, Nº 34, pág. 41 ss.

(64) Cfr. Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», ob. cit., pág. 239, 240, 241. La formulación de este principio podría ser tal que: "debe ser reconocido como Estado (ordenamiento jurídico estatal) aquel conjunto de normas que se imponen eficazmente sobre un determinado territorio y grupo humano".

(65) Dado que otra norma de Derecho internacional general «pacta sunt servanda» es una costumbre que se encuentra en el mismo nivel de la jerarquía normativa que el «principio de eficacia» y que debe ser compatibilizada con éste, la consecuencia, a nuestros efectos, no sería otra, sino que el Tratado tendría primacía sobre cualquier norma de Derecho interno y, dado que los Tratados constitutivos de las CCEE así lo disponen, el derecho comunitario derivado también.

(66) En este caso, si las normas de reforma constitucional de la Constitución estatal permitiesen la modificación de todas sus disposiciones, incluida la propia cláusula de reforma que permite el ejercicio del poder constituyente constituido por las normas de derecho internacional (sea éste general, convencional o comunitario), la soberanía pasaría a estar en manos del ordenamiento internacional, que podría modificar dicha cláusula suprimiendo, por ejemplo, la posibilidad de reformas constitucionales estatales contrarias al Derecho internacional o subordinándolas a las normas internacionales (v. gr. el artículo 46 del Convenio de Viena sobre derecho de los Tratados, que no admite la invocación de cualesquiera normas constitucionales internas infringidas en la formación de un tratado internacional cuando las mismas no sean de carácter esencial y la violación no haya tenido carácter manifiesto para los demás Estados suscribientes de la norma convencional).

(67) Cfr. respecto de las Comunidades Europeas véase Pescatore, P., «L'ordre juridique des Communautés Européennes», Presses Universitaires de Liege, Liege 1975, pág. 49; Isaac, G., «Manual de Derecho Comunitario General», Ariel, Barcelona 1985, pág. 353, para quien «las Comunidades encuentran su origen y su estatuto (jurídico se entiende) en un tratado, acto de Derecho internacional», aunque se apresta inmediatamente a añadir que no encuentran dicho origen en una «Constitución, acto de Derecho interno», afirmación esta última de la que discrepamos, como pondremos de manifiesto en las páginas que siguen.

(68) Cfr. Pescatore, P., «L'ordre juridique des Communautés Européennes», ob. cit., pág. 166 ss.

(69) Si bien, sólo la norma fundamental presupuesta del Derecho internacional nos explica el «porqué» de la validez del sistema jurídico internacional, la eficacia mínima del sistema en su conjunto nos determina el «cuándo» de dicha validez; «cuándo» que se constituye en presupuesto para poder fundamentar lógicamente la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto; cfr. Kelsen, H., «Reine Rechtslehre», ob. cit., pág. 219. Para el insigne jurista austríaco, el Derecho Internacional alcanza, no obstante su carácter de ordenamiento primitivo y descentralizado, un grado mínimo de eficacia que permite presuponer su validez como ordenamiento jurídico; cfr. Kelsen, H., «Derecho y paz en las relaciones internacionales» (Conferencias pronunciadas por el autor en Harvard en 1941, traducidas y reunidas por Florencio Acosta), Editorial Nacional, México 1980, pág. 53, 81 ss, 93 ss., sobre la base de afirmar tanto la juridicidad del sistema normativo internacional, como su efectivo carácter existente; en un sentido similar Verdross, A., «Völkerrecht» (Dritte Auflage), Springer Verlag, Wien 1955, pág. 60.

(70) Cfr. Burckhardt, W., «Die Organisation der Rechtsgemeinschaft» (Zweite Auflage), Polygraphischer Verlag, Zürich 1944, pág. 351, 355 ss. El jurista suizo traslada el problema al plano de la «positividad». La inexistencia de una organización, en cuyo marco un órgano esté habilitado para determinar qué derecho es obligatorio y cuál no, privaría al ordenamiento de su necesario carácter positivo. En el caso del Derecho internacional se trataría, por consiguiente, de un «ordenamiento de la razón» (*Vernunftsrecht*) similar al «derecho natural», con existencia en el mundo de las ideas, más sin existencia positiva real.

(71) Algunos autores como Larenz, K., «Das Problem der Rechtsgeltung», (Unveränderter Nachdruck der Ausgabe von 1929) Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1967, pág. 26 ss., pretenden una cierta identificación entre la eficacia mínima del ordenamiento en su conjunto y la positividad del derecho, toda vez que el derecho en tanto que positivo ha de ser una realidad temporal efectivamente existente - *Geltungsbestand*-, además de constituir un modelo normativo intemporal, determinado por su pretensión de existencia jurídica ideal -*Geltungsanspruch*-. La «efectividad» constituiría así uno de los momentos dialécticos en la relación entre la «validez en el mundo del ser» y la «validez en el mundo del deber ser» que caracteriza al fenómeno jurídico.

(72) Y de uno solo, aquél que represente el punto de vista de conocimiento del ordenamiento jurídico que utilice el científico del Derecho. De este modo, los demás ordenamientos estatales, no serían sino, subsistemas normativos integrados en la unidad fundada sobre el ordenamiento estatal del cual parte la observación, en la medida en que sean reconocidos por éste; cfr. en este sentido, Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», ob. cit., pág. 187-188 ss.; igualmente, criticando el «absurdo» (sociológico, suponemos) a que conduciría la teoría del monismo con primacía del derecho estatal así entendida por Kelsen, Hart, H.L.A., «Kelsen's doctrine of the unity of law» (1968/1970), en «Essays on Jurisprudence and Philosophy», Clarendon Press, Oxford, 1985 (reprinted first edition of 1983), pág. 311, 319.

(73) Habitualmente, se distingue entre validez interna y validez externa del Derecho internacional, distinción que data del siglo pasado y que, como pone de manifiesto Mirkine-Guetzevitch, B., «Droit constitutionnel international», Librairie du Recueil Sirey, Paris 1933, pág. 151, tuvo su inspiración en el principio monárquico. Pero, si la validez jurídica, externa al Estado y condicionada por un mínimo de eficacia, es negada respecto del Derecho internacional, no se puede sino concluir que su validez sólo es tal en el marco interno del ordenamiento jurídico estatal en el que tenga acogida. Fuera del marco del ordenamiento jurídico estatal, las normas internacionales no serían sino hechos, conforme al principio de exclusividad, y se transforman en normas jurídicas estatales mediante el mecanismo de producción jurídica en que consiste la técnica del reenvío u otra técnica jurídica de similares efectos; cfr. La Pergola, A., «Poder exterior y Estado de Derecho», Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 1987, pág. 15; Schilling, T., «Rang und Geltung in gestuften Rechtsordnungen», ob. cit., pág. 300-301.

(74) Cfr. Zorn, P., «Die deutsche Staatsverträge», *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1880, Bd. 36, pág. 1 ss.; Zorn, A., «Grundzüge des Völkerrechts», segunda edición, 1903, pág. 7 ss., citados ambos por Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», ob. cit., pág. 155, nota al pie nº 3; también, Wenzel, M., «Juristische Grundprobleme (Der Begriff des Gesetzes)», Berlin 1920, pág. 402 ss. En contra, desde planteamientos pluralistas, véase Triepel, H., «Völkerrecht und Landesrecht», ob. cit., pág. 79 ss.

(75) Se habla, por tanto, de integración, de recepción, (más o menos automática) o de transformación (en aquellos ordenamientos que parten de un falso dualismo) de las normas comunitarias en el ordenamiento estatal, sólo en sentido figurado, como en una especie de metáfora jurídica, pues las «presuntas» normas internacionales o comunitarias no son más que «materias primas» de carácter fáctico para el ordenamiento jurídico antes de que éste elabore con ellas auténticas normas jurídicas a través de los distintos mecanismos operativamente reflexivos de reacción ante la apertura cognitiva que le caracterizan; cfr. Schilling, T., «Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen», ob. cit., pág. 300-301 ss.

(76) Cfr. Mirkiné Guetzevitch, B., «Droit Constitutionnel international», ob. cit., pág. 166. La validez interna del Tratado internacional es condición para la validez internacional del mismo. Al margen de que esta conclusión sólo se refiere a los Tratados internacionales, no despejando la incógnita de qué acontece respecto de la validez de las reglas de derecho internacional general, es interesante destacar que esta doctrina es anterior al Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, sobre cuya base se restringen enormemente los supuestos en los que se pueden alegar infracción de las normas constitucionales internas para invalidar internacionalmente un Tratado internacional (véase Art. 46 del Convenio). Cabría preguntarse si, siendo válido este Convenio, las condiciones internas de validez de los Tratados internacionales, se han visto reducidas a aquellas previstas internacionalmente. No debería ser así, pues el Convenio de Viena, en tanto Tratado internacional, no tiene en nuestro ordenamiento valor reformador de la Constitución.

(77) No teniendo por que ser considerado este punto de vista del que parte el conocimiento científico de la verdadera naturaleza de las relaciones entre el Derecho internacional en general y el comunitario, en particular, y el derecho estatal, como un punto de vista subjetivo por el que es posible optar, pero cuya última consecuencia es la negación del propio concepto de Derecho, que requiere de una objetividad, que sólo le puede dar la primacía del derecho internacional (cfr. Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», ob. cit., pág. 315-116).- Muy al contrario, esta perspectiva es la única que rindiendo tributo a la «positividad» del sistema jurídico, permite a este tener una existencia objetiva y diferenciada del resto de los sistemas sociales, por lo menos mientras las normas del ordenamiento internacional en general, y, en particular, el «principio de eficacia» carezcan de una propia inserción eficaz en el medio social al margen del ordenamiento estatal.

(78) En un sentido diverso, considerando que el fundamento de la primacía de las normas de derecho comunitario se encuentra en las mismas normas comunitarias, que habría que considerar normas de cierre del sistema, cfr. Sorrentino, F., «Ai limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni comunitarie?», *Politica del Diritto* 1994, Nº 2, pág. 194. Prevalencia que, no obstante, el autor admite (pág. 197) que cede ante los valores y estructuras constitucionales fundamentales del Estado.

(79) En lo que se ha denominado «nacionalización» de derecho comunitario, a clara alusión a la constitucionalización de la vinculación de los Estados con la Unión Europea; cfr. Rubio Llorente/Daranas Peláez, F./M., «Constituciones de los Estados de la Unión Europea», Ariel, 1997, pág. XXI.

(80) Así, por ejemplo, la Constitución puede haber cedido la competencia de reforma constitucional a las normas de derecho estatal externo, siempre que esa expectativa goce de un consenso social lo suficientemente amplio como para requerir su normativización al más alto nivel (tal es el caso de la Constitución holandesa). Los resultados de las consultas populares llevadas a cabo en Dinamarca con ocasión de la ratificación del Tratado de la Unión Europea, mostraban el ejemplo opuesto, de una insuficiente extensión de la expectativa, que podemos llamar europeísta, y por ello, aquél ordenamiento tuvo serias dificultades para proceder aun siquiera a su apertura *ad extra*. Entre estas dos opciones hay múltiples opciones intermedias que analizaremos seguidamente.

(81) Aunque no sea éste ni el momento ni el lugar para su discusión, debe tenerse en cuenta, que la Constitución holandesa coexiste con el "*Estatuto para el Reino de los Países Bajos*" de 1954, especie de

"supra-constitución federal", en el que se regula la organización del Reino de los Países Bajos, compuesto por los Países Bajos, y los países de ultramar (las Antillas Holandesas y Aruba). Este Estatuto prevalece en caso de conflicto sobre las Constituciones de los distintos países que componen el Reino (Art. 5.2 del Estatuto), y en su modificación debe seguirse un procedimiento especial en el que se requiere el consentimiento de los países de ultramar (Antillas o Aruba) afectados (Art. 55 del Estatuto), no pudiendo concluirse un tratado internacional económico o financiero que obligue a los países de ultramar, si el gobierno del país en cuestión se opone por causarle el tratado un perjuicio. Sin embargo, que la propia Constitución holandesa disponga en su Art. 142 que se podrá armonizar la Constitución con el Estatuto para el Reino de los Países Bajos, en su Art. 120 que los tribunales están imposibilitados para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes del parlamento, o en su Art. 140 que las leyes existentes y otras normas jurídicas y resoluciones que estén en conflicto con una enmienda a la Ley fundamental, permanecerán en vigor hasta que se disponga sobre las mismas de acuerdo con la Constitución, parece negar la existencia de una auténtica jerarquía jurídico positiva entre estas dos normas, que sólo regularían, como leyes especializadas, materias distintas. En contra de esta interpretación habla, sin embargo, la excepcional decisión de 14 de abril de 1989 de la Corte Suprema holandesa (NJ 469) por la que se medía la conformidad de una Ley de los Países Bajos conforme a normas contenidas en el Estatuto, precisando, de este modo, el sentido de la prohibición del Art. 120 de la Constitución holandesa. Sobre la estructura general del ordenamiento constitucional holandés puede verse, Alen, A. (Edit.), «Encyclopaedia of Laws. Constitutional Law», Vol. II, «The Netherlands» (Kortmann/Bovend'eert), Kluwer, Deventer/Boston, 1993, pág. 33 ss., 143-144; Blaustein/Flanz, «Constitutions of the Countries of the World», Vol. XXIII, «Netherlands», (osterhagen/van der tang), Oceana, Dobbs Ferry/New York, 1990, pág. 4; y sobre el contenido del Estatuto del Reino de los Países Bajos, Mazeran, H., «Le statut d'Aruba», Revue Generale de Droit International Public, 1989, N° 4, pág. 861 ss.

(82) En este sentido, Öhlinger, T., «Verfassungsrechtliche Aspekte eines Beitritts Österreichs zu der EG», Manz, Wien, 1988, pág. 48; en sentido diverso, considerando que la apertura ad extra del ordenamiento en el Art. 50.3 también afecta a la competencia de reforma total, Walter Alter/Mayer, R./H., «Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts», Manz, Wien, 1992 (siebte Auflage), Rz. 230, pág. 92.

(83) Véase la conexión entre los artículos 24 I y 79 III GG tal y como han sido interpretados por la doctrina y la jurisprudencia; cfr. Randelzhofer, A., «Art. 24 GG. Kommentar», ob. cit., pág. 20 ss. No está de más recordar que el Art. 24 I GG fue, hasta la nueva redacción del Art. 23 GG, como consecuencia de la ratificación del Tratado de Maastricht, el comodín normativo por el que la RFA participaba en las instituciones comunitarias, y del cual la doctrina había derivado con fundamento en la declarada voluntad europeísta de la Grundgesetz, proclamada en su Preámbulo, una habilitación para reformas constitucionales implícitas, al margen del procedimiento del Art. 79 GG. La distinción en aquel país de un núcleo constitucional supraordenado a las demás disposiciones constitucionales (Art. 79 III GG), intangible en todo caso, y en cuyo seno se encontraban el principio democrático y el mantenimiento de la soberanía estatal, hace de la posible cesión del poder de reforma a instancias internacionales un problema de naturaleza radicalmente distinta al que se podría plantear en nuestro ordenamiento dada la ausencia de cláusulas de intangibilidad expresas, si se pretendiese admitir una propuesta de interpretación constitucional de efectos similares a aquellos de la RFA. Véase, sin embargo, en aquel mismo sentido en nuestro país la opinión de Mangas Martín, A., «Derecho comunitario europeo y Derecho español», ob. cit., pág. 32, 140 ss.; en último extremo también conducirían a estas conclusiones los planteamientos de Otto y Pardo, I. de, «Derecho Constitucional. Sistema de fuentes», Ariel, Barcelona 1989, pág. 27; en contra de una asimilación tal parece haberse expresado, no obstante, nuestro Tribunal Constitucional en su *Declaración de 1.07.1992 FJ 4º*.

(84) Cfr. Luciani, M., «Le Constitution italienne et les obstacles á l'integration européenne», ob. cit., pág. 664 ss.; Sorrentino, F., «Ai Limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni comunitarie?», ob. cit., pág. 197; Cartabia, M., «Principi inviolabili e integrazione europea», Giuffrè, Milano, 1995, pág. 150 ss.; con corroboración, igualmente, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de la *Sentencia nº 232 de 1989*. El fundamento de esta cesión parcial de soberanía habría que encontrarlo en el artículo 11 de la Constitución italiana.

(85) Las normas comunitarias estarían subordinadas únicamente a una supraconstitucionalidad, en que se concreta la Constitución material, una parte esencial de la cual es la «estatalidad» de Francia, las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía; en este sentido, cfr. Beaud, O., «La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht», ob. cit., pág. 1045 ss, 1067-1068. No es, sin embargo, una opinión pacífica en la doctrina francesa -así por ejemplo, se manifiesta en favor de una

subordinación total del derecho comunitario a la Constitución nacional, Abraham, R., «Droit international, droit communautaire et droit français», Hachette, Paris, 1989, pág. 185-186 y 33 ss.-, que se divide en torno a este tema de forma casi paralela a la división que se produce en torno a la total revisibilidad o no de la Constitución francesa; sobre este paralelismo, véase, Grewe, C., «La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1992, Nº 11, pág. 422 ss.

(86) Cfr. Grewe/Weber, «Le traité sur l'union devant les juridictions constitutionnelles», *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1993, Vol. IX, pág. 26; Herdegen, M., «Die Belastbarkeit des Verfassungsgefüges auf dem Weg zur europäischen Union», *Europäische Grundrechtszeitschrift*, 1992, Nº 24, pág. 591. Para este último autor, habría sido, incluso, pertinente exigir en el Art. 23 I GG incluso el carácter expreso de la reforma constitucional por la que se autoriza cualquier fase del proceso de integración europea que se revele contraria a la Ley Fundamental.

(87) En virtud de lo cual el Consejo Constitucional dictó sus decisiones *CC 92-308 de 9.04.1992 - Maastricht I-*, *CC 92-312 de 2.09.1992 -Maastricht II-*, y *CC 92-313 de 23.09.1993 -Maastricht III-*.

(88) La más reciente decisión del Consejo constitucional, en la que se controla la constitucionalidad de la celebración de un tratado por afectar a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía constitucional, es la *Decisión CC 97-394 de 31.12.1997 sobre la ratificación del Tratado de Amsterdam*, por la que se declara la contradicción entre las disposiciones de este tratado y la Constitución Francesa, al exceder las disposiciones del mismo la habilitación del Art. 88.2 CF sobre las participación francesa en las Comunidades Europeas.

(89) Diversos parlamentarios se han manifestado en este sentido (v. gr. *Seguin*, Debats, Sesión de la Asamblea Nacional de 5 de mayo de 1992; *Bruhnes*, Debats, Sesión de la Asamblea Nacional de 6 de mayo de 1992; *Pasqua*, Debats, sesión del Senado de 2 de junio de 1992; *Mazeaud*, Debats, Sesión del Senado de 7 de mayo de 1992, citados todos ellos por Grewe, C., «La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht», ob. cit., pág. 426, nota al pie nº 1). Especialmente, le es imputable, además, al senador Mazeaud la paternidad de un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría un *nuevo apartado 5º al artículo 88*, que permitiría al Consejo Constitucional controlar *a priori* la constitucionalidad de los actos de derecho comunitario y en su caso, impedir la participación del poder público francés en su emanación y, por tanto, su válido nacimiento al mundo jurídico, si no se procede a la previa reforma constitucional; sobre la discusión constitucional en relación con la introducción de este apartado 5º, véase *Passeleq/Lenoir/Luchaire/Cohen-Tanugi/Roux/Favoreau/Maus*, «Les Constitutions nationales face au droit européen. Conference-debat - 12 juin 1996», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1996, Nº 28, pág. 675 ss.

(90) Que no tienen por qué coincidir con los valores fundamentales que son indisponibles para el poder de reforma constitucional; así, por ejemplo en el ordenamiento italiano, en opinión de Donati, F., «Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità», ob. cit., pág. 212-213, las limitaciones de soberanía requeridas por la integración comunitaria autorizada por el artículo 11 de la Constitución encuentran debido a su fundamentación finalista ("ser necesarias para perseguir la paz y la justicia entre las naciones") un núcleo intangible de «*contra-limiti*» mayor que el que afecta al poder constituyente constituido.

(91) Como alguno de los autores defensores de esta postura admite, la soberanía pasa de ser un concepto formal predicable de normas jurídicas, a ser un concepto material o soberanía de los valores; cfr. Cartabia, M., «Principi inviolabile e integrazione europea», ob. cit., pág. 209 ss.

(92) En este sentido, la conclusión también de Rodríguez Vergara Díaz, A., «Los límites constitucionales a la cesión de competencias a la unión: comentario a la Declaración del Tribunal Constitucional español sobre el Tratado de la Unión Europea», en «XVI Jornadas de estudio: la Constitución Española en el ordenamiento comunitario (I)», Vol. I, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1995, pág. 925, 931. Una interpretación distinta, favorable a limitar la apertura *ad extra* de nuestro ordenamiento con el núcleo identificativo de nuestro orden constitucional, se puede encontrar en Solozábal Echavarría, J. J., «Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración europea», ob. cit., pág. 59-60.

(93) Véase respecto de Italia, Cartabia, M., «Principi inviolabili e integrazione europea», ob. cit., pág. 141 ss. En Francia, se alzan algunas voces en contra de admitir la existencia de una supraconstitucionalidad (implícita) que vincule no sólo ya al poder comunitario, sino al propio poder de reforma constitucional, y abogan por la consideración de todas las normas constitucionales con un sólo rango jerárquico el supremo; cfr. Vedel, G., «Souveraineté et supraconstitucionalité», *Pouvoirs*, 1993, Nº 67, pág. 79 ss.

(94) Cfr. Donati, F., «Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità», ob. cit., pág. 213-214.

(95) Cfr. *Declaración del Tribunal Constitucional de 01.07.1992 (F.J. 4º)*.

(96) Cfr. *Declaración del Tribunal Constitucional de 1.07.1992, F.J. 4º*. Habilitación expresa que, como ya se ha observado, sí existe en la Constitución Holandesa, Art. 91.3.

(97) Respecto de construcción de la pirámide normativa en atención a la fuerza derogatoria de las normas, cfr. Schilling, T., «Rang und Geltung von normen in gestuften Rechtsordnungen», ob. cit., pág. 401 ss.

(98) No es este el momento de abordar el problema de la naturaleza «revolucionaria» o «continuista», desde un punto de vista formal, de nuestra Constitución de 1978 con respecto a las Leyes Fundamentales del régimen anterior; sobre este asunto, véase Requejo Pagés, J. L., «Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente», ob. cit., pág. 123 ss.; así como Aláez Corral, B., «La Constitución Española de 1978: ¿Ruptura o reforma Constitucional», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 1997, Nº 9, pág. 161 ss.

(99) Sobre la articulación jurídica de las normas constitucionales inconstitucionales en el ordenamiento alemán véase Bachof, O., «Verfassungswidrige Verfassungsnormen» (1951), en «Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht», Athenäum, Königstein 1979, pág. 5 ss.

(100) Sobre el carácter normativo supremo sólo de la Constitución formal, véase Otto y Pardo, I. de, «Derecho constitucional. Sistema de fuentes», ob. cit., pág. 18.

(101) No parecería, de otro lado, lógica la exigencia de un procedimiento mucho menos rígido para modificar la Constitución vía la apertura europeísta del ordenamiento, que vía el procedimiento de reforma interna; Cfr. López Aguilar, J. F., «Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos* 1992, Nº 77, pág. 81.

(102) Cfr. *Declaración del Tribunal Constitucional de 1.07.1992, F.J. 4º*. En este sentido, igualmente, Rubio Llorente, F., «La Constitución española y el Tratado de Maastricht», ob. cit., pág. 255-256; Aragón Reyes, M., «La Constitución española y el Tratado de la Union Europea: la reforma de la Constitución», ob. cit., pág. 15.

(103) Postura que sostiene cierto sector de nuestra doctrina; Cfr. Muñoz Machado, S., «La Unión Europea y las mutaciones del Estado», Alianza, Madrid 1993; Rodríguez Zapata y Pérez, F., «Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad», *Revista Española de Derecho Administrativo* 1981, Nº 30, pág. 481 ss.; y, sobre todo, Sánchez Rodríguez, L. I., «El artículo 93 y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas», en «Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor García de Enterría», Civitas, Madrid 1991, pág. 233 ss.

(104) El Tribunal Constitucional afirma en su jurisprudencia (ya desde *su Sentencia 28/91 de 14 de febrero*) que la vulneración por parte del «Derecho interno del Estado», de aquellos límites competenciales que, por expresa habilitación constitucional, le quedan fijados por la Ley Orgánica de incorporación a las Comunidades Europeas y por los Tratados constitutivos de las mismas, no representa un problema de constitucionalidad y, por tanto, es un problema de legalidad ordinaria que queda al margen de su competencia.

Lo cierto, es que el hecho de que las normas que delimitan este ámbito competencial del «Derecho interno del Estado» no tengan rango constitucional, no implica necesariamente que carezca de relevancia constitucional el problema de su vulneración por la legalidad ordinaria del Estado. Aquellas normas forman parte del llamado «bloque constitucional», que por su función de concreción de las indefiniciones políticas dejadas abiertas por la Constitución tanto *ad intra* como *ad extra*, cumplen una

función similar a la de aquella y requieren ser indirectamente utilizadas por el Tribunal Constitucional para la preservación de la supremacía de la Constitución (en este caso del Art. 93 CE); cfr. Requejo Rodríguez, P., «Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad», Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997, pág. 113 ss.

(105) La excepción que permite el Art. 93 CE, como bien ha puesto de manifiesto el TC, es de naturaleza orgánico-procedimental, no material, por lo que no es posible entender alterables más que las reglas constitucionales atinentes a los órganos y procedimientos de creación normativa infraconstitucional, y no aquellas relativas a los contenidos, límite material de dicha normación, que por consiguiente quedan inalterados; Cfr. *STC 28/91 de 14 de Febrero, F.J. 4º; Declaración del Tribunal Constitucional de 1.07.1992, F.J. 4º.*

(106) Cfr. *STC 28/91 de 14 de febrero, F. J. 5º; STC 36/91 de 14 de febrero, F. J. 5º y STC 64/91 de 22 de marzo, F. J. 4º a).*

(107) A lo sumo de una Norma hipotética fundamental, que escapa al conocimiento jurídico-positivo de la Ciencia del Derecho, hipótesis lógica a partir de la cual reconocemos la validez y positividad de un ordenamiento jurídico; Cfr. Kelsen, H., «Reine Rechtslehre», ob. cit., pág. 196 ss.

(108) Véase en este sentido Murswiek, D., «Maastricht und der pouvoir constituant», ob. cit., pág. 161 ss.; Beaud, O., «La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht», ob. cit., pág. 1051. Una conexión totalmente directa entre «soberanía constitucional» (Verfassungshochheit) y «estatalidad» se puede encontrar en Schachtschneider, K. a., «Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz», *Juristen Zeitung* 1993, Nº 15-16, pág. 751 ss., quien, por otra parte, fue uno de los representantes legales de los demandantes de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal en el asunto Maastricht.

(109) No parece, pues admisible, como sostiene López Aguilar, J. F., «Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución», ob. cit., pág. 60 ss., que la integración en una organización supranacional por la vía del artículo 93 CE represente un supuesto de mutación constitucional, pues, para una Constitución que pretenda ser norma jurídica suprema todos sus preceptos son de igual y obligado cumplimiento, incluidos aquellos de la reforma constitucional.

(110) Al respecto de la inadecuación de la categoría mutación constitucional debido a sus efectos desjuridificadores de la Constitución, véase Cfr. Böckenförde, E-W., «Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel», en Badura/Scholz (Hrsg.) «Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag», C.H. Beck, München, 1993, pág. 11 ss.

(111) Ver por todos Murswiek, D., «Maastricht und der pouvoir constituant», ob. cit., pág. 161 ss.; Schachtschneider, K. A., «Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz», ob. cit., pág. 751 ss.

(112) Cfr. Kirchhof, P., «§ 183 Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration», en Isensee/Kirchhof (Hrsg.) «Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland» Bd. I, C.F. Müller, Heidelberg 1987, pág. 864-865, Rdn. 21.

(113) Como muestra baste mencionar a Lerche, P., «Europäische Staatlichkeit und die Identität des Grundgesetzes», ob. cit., pág. 131 ss., para quien, en conjunto, el problema no se sitúa en determinar si la «estatalidad» forma o no parte de los contenidos del Art. 20 I GG y, por consiguiente, está protegida por el Art. 79 III GG, sino que se halla en la forma del tránsito entre la concepción de la estatalidad actualmente existente, y aquella que se pretenda en el marco de un futuro Estado federal europeo, en concreto en el respeto al poder constituyente del pueblo del Art. 146 GG, y a la adopción por éste, bien en una única decisión, bien en un proceso paulatino manifestando una voluntad favorable a dicha transformación, de un principio cuyas manifestaciones son las demás caracterizaciones del Estado recogidas en el mencionado Art. 20 I GG.

(114) El Artículo 79 III GG representa la *cláusula de intangibilidad* que la Ley Fundamental de Bonn le ha impuesto al poder de reforma constitucional. Su contenido, como es sabido, afecta a los principios

fundamentales -entre los que se encuentra el carácter democrático, social, federal y de derecho del Estado-, recogidos en el artículo 20 I de la Ley Fundamental, que no podrán menoscabados por las reformas constitucionales tácitas (cuando el fundamento de la apertura europeísta del ordenamiento era el Art. 24 I GG) o expresas (conforme al ya referido Art. 23 GG).

(115) Cfr. Murswiek, D., «Maastricht und der pouvoir constituant», ob. cit., pág. 169-170.

(116) Sobre las normas con estructura principal como mandatos de optimización, cuya realización permite varios grados, cfr. Alexy, R., «Theorie der Grundrechte», Nomos, Baden-Baden, 1985, pág. 71 ss.

(117) No obstante, también es posible negar la existencia de un mínimo contenido material de los elementos personal y territorial, preexistente a la Constitución y que ésta haya asumido en sus normas como esencial e invariable para los poderes constituidos. Qué territorio sea el substrato físico sobre el que se aplica el ordenamiento (Estado) y cuál sea el pueblo español al que le es subjetivamente aplicable, sería, así, una cuestión cuya determinación ha sido dejada por la Constitución en manos de las normas secundarias del ordenamiento. Ésta parece ser la interpretación que del contenido de algunas de estas menciones constitucionales - la referida al elemento personal de la nacionalidad española- ha realizado el Tribunal Constitucional en la *Declaración de 1.07.1992, F. J. 5º*.

(118) Véase la *Declaración del Tribunal Constitucional de 1.07.1992 F.J. 4º*, múltiples veces citada.

(119) En sentido contrario, véase Requejo Pagés, J. L., «Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento...», ob. cit, pág. 25 ss., revisando su opinión anterior, expuesta en Idem, «Supremacía de la Constitución e integración de normas internacionales», en Punset Blanco/Requejo Pagés, «Crónica de jurisprudencia constitucional: las decisiones del Tribunal Constitucional español durante 1992», Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, 1993, Nº 5, pág. 211-212.

(120) Cuestión distinta es que, desde un punto de vista jurídico-lógico, el Título X sí ocupe una posición jerárquicamente superior a las demás normas constitucionales, pues se trata de normas que definen las condiciones de validez de las demás normas constitucionales; cfr. Otto y Pardo, I. de, «Derecho Constitucional. Primer curso», ob. cit., pág. 70 ss.

(121) Sí es, no obstante, una cualidad de la que están dotadas las normas constitucionales aprobadas por vía de reforma constitucional, tanto las normas constitucionales elaboradas al amparo del Art. 167 CE (parcialmente) como las elaboradas conforme al Art. 168 CE (en este caso totalmente), toda vez que una de sus virtudes es, precisamente, la de poner fin a la vigencia de las demás normas constitucionales.

(122) Sobre el principio jurídico-lógico de la imposibilidad de aplicar una norma a sí misma véase, Ross, A., «On self-reference and puzzle in constitutional law», Mind, 1969, Vol. 78, pág. 4 ss.; críticamente con este principio, las opiniones de Hart, H. L. A., «Self-referring laws», en «Essays on jurisprudence and philosophy», ob. cit., pág. 177-178, y Raz, J., «Professor Alf Ross and some legal puzzles», Mind 1972, Vol. 81, pág. 420-421; e intentando salvarlo desde los propios postulados lógico jurídicos, Alarcón Cabrera, C., «El puzzle constitucional de Ross en el marco teórico de las reglas constitutivas», en «Normas y paradojas», Tecnos, Madrid, 1993, pág. 51 ss.

(123) Cfr. Böckenförde, E. W., «§ 22 Demokratie als Verfassungsprinzip», en «Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland», ob. cit., pág. 890, Rdn. 6-7. Sobre el carácter realmente existente del poder constituyente originario, cfr. Böckenförde, E. W., «Die verfassunggebende Gewalt des Volkes - Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts», en Böckenförde «Staat, Verfassung und Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht», Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991, pág. 94 ss.

(124) Ideológica diríamos; cfr. Röellecke, G., «Verfassungsgebende Gewalt als Ideologie», en Deppenheuer (Hrsg.), «Aufgeklärter Positivismus. Ausgewählte Schriften zu den Voraussetzungen des Verfassungsstaates», C.F. Müller, Heidelberg, 1995, pág. 158 ss. Igualmente crítico con la posibilidad de referir en términos jurídicos la existencia del poder constituyente del pueblo, Isensee, J., «Das Volk als Grund der Verfassung», Westdeutscher Verlag, Opladen, 1995, pág. 33-34 ss.

(125) Böckenförde, E. W., «§ 22 Demokratie als Verfassungsprinzip», en «Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland», ob. cit., pág. 890, Rdn. 4. Recuérdese que, el concepto «pueblo» - titular del poder constituyente- no es entendido aquí como un órgano constituido, sino como una entidad política prejurídica, cuya competencia prejurídica es precisamente la constituyente.

(126) Herzog, R., «Art. 20 GG», en Maunz/Dürig (Hrsg.), «Grundgesetz Kommentar», ob. cit., pág. 5, Rdn. 8; en idéntico sentido, Böckenförde, E. W., «§ 22 Demokratie als Verfassungsprinzip», en «Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland», ob. cit., pág. 891, Rdn. 7.

(127) «Pueblo» que en este contexto se nos presenta ya como la colectividad de nacionales del Estado (véase el Art. 116 GG), constituida por el ordenamiento, y a cuyos miembros en cuanto tales el ordenamiento atribuye distintos derechos de participación, al servicio de esta función legitimadora; Cfr. Böckenförde, E. W., «§ 22 Demokratie als Verfassungsprinzip», en «Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland», ob. cit., pág. 903-904, Rdn. 26 ss.

(128) Cfr. Schneider, H. P., en Perels (Hrsg.), «Grundrechte als Fundament der Demokratie», «Eigenart und Funktionen der Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat», Suhrkamp, Frankfurt am Main 1979, pág. 28 ss. La concreción más directa de aquéllos es derecho fundamental a participar por medio del cuerpo electoral, seleccionado exclusivamente a partir de los criterios de nacionalidad y de edad, en la elección de un órgano constitucional, la Cámara baja, en la que se concentran las principales funciones de creación normativa; véase al respecto el *Art. 38 I GG* conforme a la interpretación que le ha dado el *BVerfGE 47, 253, 269*, o recientemente en la *BVerfGE 89, 155, 171-172*. En contra de esta «materialización» y «subjetivización», del contenido en principio exclusivamente formal del Art. 38 I GG se muestra Gassner, U. M., «Kreation und Repräsentation. Zum demokratischen Gewährleistungsgehalt von Art. 38 Abs. I S. 1 GG», *Der Staat* 1995, Bd. 34, N° 3, pág. 433 ss.

(129) Cfr. Böckenförde, E. W., «§ 22 Demokratie als Verfassungsprinzip», en «Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland», ob. cit., pág. 893, Rdn. 9.; también Herzog, R., «Art. 20 GG», en «Grundgesetz Kommentar», ob. cit., pág. 32 ss., Rdn. 14 ss.

(130) Cfr. Herzog, R., «Art. 20 GG», en «Grundgesetz Kommentar», ob. cit., pág. 72 ss., Rdn. 103; sobre la influencia del TUE en los principios de legitimación democrática antes mencionados, véase Classen, C. D., «Europäische Integration und demokratische Legitimation», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1994, Bd. 119, N° 2, pág. 244 ss.

(131) Algunos autores, consideran incluso, que los principios y valores integrantes de la «Supra-Constitución material» vinculan el ejercicio del poder constituyente del pueblo regulado en el Art. 146 GG, que se convertiría sí en una especie de procedimiento super-agravado de reforma constitucional, al que le son aplicables los límites del Art. 79 III GG; cfr. Scholz, R., «Art. 146 GG», en «Grundgesetz Kommentar», ob. cit., pág. 8, 10, Rdn. 19 y 23; en un sentido contrario, considerando al artículo 146 como un mero reconocimiento del poder constituyente originario del pueblo, ilimitado por tanto, cfr. Maunz, T., «Die verfassunggebende Gewalt im Grundgesetz», *Die öffentliche Verwaltung*, 1953, N° 21, pág. 648.

(132) Véase el *Art. 23. 1 CE* y el *Art. 38 I GG*.

(133) Cfr. en este sentido *BVerfGE 89, 155, 182 ss.*

(134) Parte de la doctrina (cfr. Murswiek, D., «Maastricht und der pouvoir constituant», ob. cit., pág. 161 ss.), considera que el poder constituyente del pueblo -Art. 146 GG- le habría sido hurtado al mismo por el legislador de reforma constitucional mediante una atribución legislativa de competencias constitucionales a la Unión Europea, cuya extensión, tanto cualitativa como cuantitativamente hablando, sería contraria al principio democrático; mientras, otra buena parte de la doctrina (cfr. entre otros Zuleeg, M., «Demokratie in der Europäischen Gemeinschaft», ob. cit., pág. 1069 ss), así como en definitiva el *BVerfG* en su fallo sobre el TUE (*BVerfGE 89, 155, 182 ss.*) han considerado que el mínimo garantizado del principio democrático se halla por el momento suficientemente protegido, no obstante la apertura *ad extra* del ordenamiento, siempre que de un lado se avance en la democratización de las instituciones europeas por la vía del Parlamento europeo y, de otro lado, bajo un escrupuloso respeto al principio de habilitación

competencial singular, el Parlamento nacional conserve suficientes competencias, tanto materiales como de control de la política europea del Gobierno.

(135) Cfr. Zuck/Lenz, R./C., «Verfassungsrechtliche Rechtsschutz gegen Europa», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, Nº 18, pág. 1194, para quien lo decisivo sólo es que el ámbito territorial del control de constitucionalidad sería el territorio estatal, mas no que el objeto del control sea un acto del poder público nacional o comunitario, cuestión totalmente indiferente; sobre la posibilidad de enjuiciar la constitucionalidad de los actos de derecho comunitario derivado, véase igualmente Aláez Corral, B., «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1995, Nº 45, pág. 271-272

(136) En sentido contrario, distinguiéndolos, véase Aragón Reyes, M., «Constitución y democracia», Tecnos, Madrid 1989, pág. 25 ss, 67 ss. que diferencia entre la *democracia* como principio jurídico *en la Constitución*, y la *democracia* como principio jurídico *de la Constitución*. La soberanía popular y el principio democrático *de* la Constitución se refieren tanto a un poder constituyente originario, como al «poder constituyente juridificado» en el Título X, mientras la *democracia en* la Constitución se concreta en una serie de reglas materiales, organizativas y procedimentales, que permiten imputar al «Pueblo» el ejercicio del poder.

(137) Para Otto y Pardo, I. de, «Derecho constitucional. Primer curso», ob. cit., pág. 72-73, se producen en el proceso constituyente español desde 1939, tres rupturas de la continuidad lógica del ordenamiento jurídico, por haberse aplicado una norma sobre sí misma. No teniendo por qué tener efectos jurídico-positivos esas rupturas lógicas, cabe concluir de su argumentación que -a sensu contrario- desde un punto de vista jurídico-positivo habría continuidad, y por consiguiente ejercicio de un poder constituyente-constituido. Respecto a la consideración de que el proceso de modificación de las Leyes Fundamentales franquistas y el proceso de elaboración de la CE 1978 quebraron la continuidad estructural del ordenamiento, véase Aláez Corral, B., «La Constitución Española de 1978: ¿ruptura o reforma constitucional?», ob. cit., pág. 188 .

(138) Derechos políticos de participación (*STC 51/1984 de 25 de abril, F.J. 3º*), legitimación democrática concatenada directa o indirecta de todo cargo público mediante los principios de legitimación funcional-institucional, organizativo-personal, y material, principio de mayoría como regla general de conformación de la voluntad de los órganos colegiados, etc...

(139) *BVerfGE 89, 155*.

(140) Cfr. al respecto los mecanismos de parlamentarización de la creación normativa a nivel comunitario que establecen tanto el *Art. 23 GG* como el nuevo *Art. 88.4 de la Constitución francesa*.

(141) En sentido contrario se puede entender la afirmación de Herdegen, M., «Die Belastbarkeit des Verfassungsgefüges auf dem Weg zur europäischen Union», ob. cit., pág. 593.

(142) La CE acota, por consiguiente, de forma consciente o inconsciente el colectivo personal sobre el que ha de operar el principio de Estado democrático; todo ello con independencia de que la finalidad de los miembros de las Cortes constituyentes no fuese esa, sino otra muy distinta.

(143) Véase en este sentido Kokott, J., «Deutschland im Rahmen der Europäischen Union - zu Vertrag von Maastricht», ob. cit., pág. 214., para quien la legitimación democrática que exige la Ley Fundamental ha de provenir del Parlamento nacional, en tanto en cuanto no haya un pueblo europeo, que pueda ejercer un poder constituyente a nivel europeo.

(144) De esta opinión es Tomutschat, C., «Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts», ob. cit., pág. 493. En ese mismo sentido, podría parecer que se manifiesta el *BVerfG* en la *BVerfGE 89, 155, 184 ss*.

(145) Téngase en cuenta, que tanto *el Tratado de la Unión Europea*, como su futuro sucesor, el *Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997* por el que se modifican tanto aquél como el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), *otorgan al Parlamento Europeo una participación vinculante* a través de los

procedimientos de «conciliación» (Art. 189B TCE), «codecisión» (Art. 189C TCE) y «dictamen conforme», aplicables a diferentes materias sobre las que tienen competencias los órganos de la Unión Europea.

(146) Ello, con independencia de si existe o no un «Pueblo europeo» cuya representatividad ostente el Parlamento europeo, o si puede llegar a existir. No es necesario acudir a una definición politológica, casi mística a veces, de lo que sea el «Pueblo», como sujeto de imputación que preterdetermina una estructura libre, plural e igual de la participación en la creación normativa, para poner en tela de juicio la satisfacción del principio de Estado democrático a través de las instituciones comunitarias. En efecto, la definición de qué constituya el Pueblo español la realiza el derecho interno y externo del Estado de conformidad con su norma soberana, la Constitución. Y, quizás, sea posible, como así lo establece nuestro Tribunal Constitucional (*Decisión del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992*), afirmar que el legislador no es libre para determinar los criterios (la nacionalidad) que confieren a los individuos la capacidad para, formando parte de el ente abstracto en que se personifica la soberanía, ejercerla participando libre, plural e igualmente. Esto sólo significa que sería necesaria una previa reforma constitucional que redefiniera los criterios constitucionales de determinación de pertenencia de los individuos a la colectividad en la que se personifica la soberanía, suprimiendo su vinculación a un determinado territorio y tiempo, o que disgregaran ésta cediendo la soberanía del ordenamiento a las normas institucionales comunitarias. La satisfacción del principio de Estado democrático es, por tanto, posible desde el prisma de nuestra Constitución, aunque exija una previa redefinición del concepto «Pueblo» en términos *transnacionales*. En contra de la negación de que el Parlamento europeo pueda aportar legitimidad democrática al proceso de construcción europea, cfr. Weiler, J. H. H., «Does Europe need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision», *European Law Journal*, 1995, Vol. 1, N° 3, pág. 238 ss., para quien el error reside, precisamente, en el propio entendimiento constitucional del concepto «Pueblo» en términos nacionales y vinculados al Estado nación y la derivación a partir de éste del principio democrático.

(147) En sentido contrario, cfr. Otto y Pardo, I. de, «Derecho Constitucional. Sistema de fuentes», ob. cit., pág. 64.

(148) El Tribunal Constitucional Federal alemán ha ido abriendo el camino de posibilitar este control cuando el derecho comunitario atente contra el núcleo constitucional intangible en su *BVerfGE 89, 155, 174-175*; en este mismo sentido véase el detallado análisis de las distintas vías de control de constitucionalidad del derecho comunitario hecho por Zuck/Lenz, R./C., «Verfassungsrechtliche Rechtsschutz gegen Europa», ob. cit., pág. 1194 ss.