

LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO MOTOR DE LAS TRANSFORMACIONES ACTUALES DEL ESTADO ESPAÑOL

Prof. Dr. Benito Aláez Corral

Universidad de Oviedo

(Publicado en *Aequum et Bonum*, N^o 1, 2003, pág.81-100)

1) Introducción	1
2) Reforma constitucional y diferenciación del Estado	3
a) La función de la reforma constitucional.....	3
b) Las cláusulas sobre la reforma constitucional como consecuencias estructurales de la diferenciación estatal	5
3) Reforma constitucional y límites materiales	8
a) El carácter contingente de los límites materiales.....	8
b) Límites materiales y principio democrático	12
4) Necesidad de una reforma constitucional para la elaboración de una Constitución Europea	15
a) La elaboración de la Constitución Europea como un proceso expreso de disolución de la soberanía estatal.....	16
b) Modelos de disolución de la soberanía estatal	19
c) La necesidad de poner en marcha el proceso de reforma constitucional agravada	22
5) La desmembración del Estado autonómico a través de la reforma constitucional ..	23
a) La disolución <i>ad intra</i> de la soberanía de la CE de 1978: de Comunidad Autónoma a Estado independiente	24
b) La inexistencia de un límite material a la reforma constitucional en la "unidad de la Nación española"	26
c) La necesidad de aplicar el procedimiento agravado de reforma para la desmembración	28
6) Conclusión	31

1) Introducción

El Estado español se enfrenta, en este inicio del siglo XXI, a una serie de transformaciones que amenazan con alterar su actual configuración, y lo hace con el reto de tratar de someter su desarrollo a un cierto control que provenga de si mismo. Las dos transformaciones más importantes, de entre las muchas a que se enfrenta, tienen en común el hecho de que conllevan para el Estado, tanto *ad intra* como *ad extra*, la pérdida de su soberanía, esto es, de la supremacía de la norma fundamental que le da vida, la CE de 1978. *Ad intra*, en la medida en que una parte del territorio nacional pretenda embarcarse en un proceso, el de la autodeterminación política, que pudiera terminar (aunque socio-políticamente esta resolución del proceso es la más improbable) en su secesión del Estado español, con la consiguiente pérdida de supremacía de la CE de 1978 en los territorios autodeterminados. *Ad extra* también, porque el imparable proceso de construcción de una entidad política supranacional sobre la base de las Comunidades Europeas, ha tenido como resultado una

organización, la Unión Europea, cuyo ordenamiento jurídico pretende una primacía, incluso sobre las normas constitucionales de los Estados miembros, lo que quiebra la característica definitoria del Estado, entendido éste como ordenamiento jurídico, esto es, la supremacía de su norma fundamental.

No se pretende analizar la conveniencia político-jurídica de que dichas transformaciones se lleven a cabo y de que discurran hacia una u otra fórmula de resolución, tarea ésta más propia de la ciencia política que del derecho constitucional. Sino más bien determinar en qué medida el propio ordenamiento jurídico, y en particular el español, dispone de mecanismos para someter a control desde su interior a dichos procesos de cambio, y cuáles son las consecuencias para este último ordenamiento de que se sigan o no dichos mecanismos, tanto desde el punto de vista de la transformación misma como desde la perspectiva de quienes se oponen a la transformación. En este sentido, como se verá, el procedimiento de reforma constitucional se nos presenta como el ADN del sistema jurídico, aquellas estructuras moleculares básicas que posibilitan el envejecimiento y, por tanto, también el cambio en la materia de la que está compuesto el cuerpo estatal. Nada de esto plantearía mayores problemas jurídico-constitucionales, si las transformaciones de las que estamos hablando no tuvieran un carácter tan radical y tan desfigurador de la imagen exterior del Estado como el que tienen las dos que se han puesto como ejemplo. Precisamente porque se trata de cambios que pueden afectar a la propia estructura genética del Estado es por lo que se alzan voces en contra y surgen las dudas a cerca de si semejantes transformaciones son o no posibles o si con ellas se quiebra la identidad del propio ordenamiento estatal.

Para dar respuesta a estas cuestiones propongo analizar en primer término, y con carácter general, la función que viene a desempeñar la reforma constitucional para la diferenciación del sistema jurídico como subsistema social. De ello se ha de desprender también el papel y la incidencia que pueden tener en el desarrollo del Estado, como sistema jurídico, las cláusulas de intangibilidad o límites materiales, en especial respecto de la positividad y autorreferencialidad que aquél necesita y que se plasman del modo más nítido en aquellos ordenamientos estructurados en torno al principio democrático. Desde esta atalaya teórica, será posible, en tercer y último lugar, extraer las consecuencias que, de la regulación que nuestra CE de 1978 ha hecho de su

propio cambio, se derivan para aquellas dos importantes transformaciones a las que se enfrenta nuestro Estado, el proceso de elaboración de una Constitución Europea y la desmembración de parte del territorio estatal. Las mismas encuentran, en plena consonancia con la regulación de los procedimientos de reforma constitucional que contiene el Título X CE de 1978, una congruente previsión constitucional en los preceptos que concretan los principios de Estado democrático (art.1), estado autonómico (art. 2) y estado abierto a la integración en una organización supranacional (art. 93), a partir de los cuales es posible determinar cómo, en su caso, aquéllas deben desarrollarse.

Como se verá, este desarrollo no pasa, aunque en diversas ocasiones así se haya dicho, por la negación de dichas transformaciones lo que, además de poco democrático, sería perjudicial para la subsistencia del Estado mismo como sistema jurídico, sino por la adecuada aplicación sobre aquéllas de los preceptos de reforma constitucional, que, en último extremo, son un reflejo asimétrico de aquéllos principios estructurales cuya transformación se pretende operar.

2) Reforma constitucional y diferenciación del Estado

a) La función de la reforma constitucional

Que para la ciencia jurídica, como ciencia normativa, el Estado es un sistema jurídico, o por lo menos que su objeto de estudio sólo puede ser el Estado en tanto ordenamiento jurídico, es algo que queda fuera de toda duda desde el positivismo del siglo XIX (G. Jellinek) y, sobre todo, desde el positivismo normológico del S. XX (H. Kelsen)¹. Ello tiene como principal consecuencia que la soberanía haya de ser concebida como una cualidad del Estado como ordenamiento jurídico y no como sujeto, que hace referencia tanto a su independencia normativa (autorreferencialidad) como a su correlativa capacidad para normar cualquier materia y, con ello, insertarse eficazmente en

¹ Cfr. **JELLINEK, G.**, “**Allgemeine Staatslehre**”, 3. Auflage (fünfter Neudruck), Julius Springer Verlag, Berlin 1929, pág. 50; **KELSEN, H.**, “**Der soziologische und der juristische Staatsbegriff**”, Scientia Verlag, Aalen 1962 (Neudruck der zweiten Auflage von 1928), pág. 105 ss., 114 ss.

la sociedad (positividad)². Desde esta perspectiva, resulta fácil entender que la soberanía de todo Estado se encuentra en gran medida vinculada a las estructuras normativas que le permiten variar las expectativas, aun después de haber sido seleccionadas y hasta cierto punto estabilizadas³. Estas estructuras normativas son fundamentalmente las normas sobre reforma constitucional, y expresan la tradicionalmente denominada *Kompetenz-Kompetenz*, pues permiten variar la distribución competencia orgánica o territorial que pueda haber realizado el texto constitucional.

La discusión sobre la extensión de la operación de reforma constitucional está íntimamente ligada a su propio concepto y función. Desde una caracterización formal-funcional de la Constitución, que define su posición jerárquico-positiva suprema a partir de la función que ésta cumple en el interior del sistema jurídico⁴, la reforma constitucional aparece como una *consecuencia estructural* de éste que pretende desarrollar autorreferencialmente su “positividad”, esto es, diferenciarlo del resto de los sistemas sociales⁵. Por ello, cualquier contenido puede, en principio, ser objeto de una operación de

² Sobre esta forma de concebir la soberanía de en la CE de 1978, véase **ALÁEZ CORRAL, B.**, “**Los límites materiales a la reforma de la CE de 1978**”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 293 y ss.

³ La *autopoiesis* del sistema jurídico conduce a la interiorización de aquellos mecanismos de variación, selección y estabilización, necesarios para la evolución de un sistema que, de otro modo, en ordenamientos con un menor grado de autogeneratividad (como, por ejemplo, los ordenamientos jurídicos preestatales) se activaban fuera del sistema jurídico, en su medio social, impidiendo la diferenciación del Derecho respecto de otros subsistemas sociales; cfr. **TEUBNER, G.**, “**Recht als autopoietisches System**”, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1989, págs. 72 y 73.

⁴ Cfr. **ALÁEZ CORRAL, B.**, “**Los límites materiales a la reforma de la CE de 1978**”, ob. cit., pág. 133 y ss.

⁵ Sobre la positividad y la autorreferencialidad como características diferenciadoras del sistema jurídico respecto de otros sistemas sociales, véase **LUHMANN, N.**, “**Das Recht der Gesellschaft**”, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1993, pág. 131 ss.

reforma constitucional⁶, consista éste en la adición, sustitución o supresión de una, varias o todas las normas constitucionales⁷.

Esta operación de cambio ha de pertenecer al sistema jurídico para ser calificada de reforma constitucional, lo cual presupone que, a pesar de que conduzca a una asimetría de aquél, pues ella misma altera los contenidos primarios del código constitucional, debe tener lugar, en tanto operación del sistema jurídico, en términos de simetría, esto es, respetando en su realización aquel código como estructura. La mayor o menor falta de diferenciación del sistema jurídico ha conducido en ocasiones a una confusión de la *reforma constitucional* en sentido estricto con otras figuras a las que se atribuye la virtualidad de permitir el cambio en el contenido supremo del código. Estas figuras, como el ejercicio del poder constituyente originario o la mutación constitucional, a menudo han sido incardinadas bajo la rúbrica de reforma constitucional en un sentido amplio, pero deben ser diferenciadas de la reforma constitucional en sentido estricto, pues no comparten con ésta las características de alteración del código constitucional bajo el respeto a las condiciones establecidas en este mismo código. Y en este sentido representan un peligro para la diferenciación del ordenamiento estatal.

b) Las cláusulas sobre la reforma constitucional como consecuencias estructurales de la diferenciación estatal

Para saber si una operación comunicativa dirigida a alterar el contenido primario del código de validez del sistema es una reforma constitucional es preciso determinar, en primer término, si la Constitución ha impedido o no aquella operación. En este sentido, si el sistema jurídico es positivo y

⁶ Cfr. **ORFIELD, L. B.**, “**The amending of the federal constitution**”, Da Capo Press, New York, 1971 (reimpresión de la 1ª edición de 1942), pág. 106-109; **MURPHY, W. F.**, “**Merlin’s memory: the past and future imperfect of the once and future polity**”, en Sanford Levinson (Edit.), “Responding to imperfection. The theory and practice of constitutional amendment”, Princeton University Press, Princeton, 1995, pág. 176. Por el contrario, afirmando esa posibilidad de exclusión de ciertos contenidos, cfr. **MACHEN, A. W.**, “**Is the 15th amendment void?**”, Harvard Law Review, Vol. 23, 1909-1910, pág. 1970; **MARBURY, W. L.**, “**The limitations upon the amending power**”, Harvard Law Review, 1919-1920, pág. 225; **MORTATI, C.**, “**Concetto, limite, procedimento della revisione costituzionale**”, “Scritti sulle fonti del diritto e sull’interpretazione”, Giuffrè, Milano, 1972, pág. 388, entre muchos.

⁷ Sobre los posibles contenidos de la reforma constitucional, véase la exhaustiva clasificación de **LÖWENSTEIN, K.**, “**Erscheinungsformen der Verfassungsänderung**”, Scientia Verlag, Aalen, 1968 (Neudruck der Ausgabe Tübingen 1931), pág 110 ss.

autorreferencial, la institucionalización de la posibilidad de cambio debe ser, en consonancia con la caracterización de la Constitución como forma jurídica suprema, una *consecuencia estructural* al servicio de la funcionalidad de ésta respecto de la diferenciación del sistema, y formará parte del contenido primario del código junto con el resto de contenidos constitucionalmente previstos⁸. La dinamicidad se convierte, así, en el primer contenido del código binario, que sólo puede ser eliminado mediante una previsión expresa y autorreflexiva en un sentido petrificador de ciertos contenidos de aquél.

La afirmación de la supremacía de la Constitución es, sin duda, un elemento significativo de la plena positivación del sistema jurídico. Por tanto, el sistema tiende *funcionalmente* a admitir la absoluta modificabilidad *estructural* del contenido primario del código binario para su mantenimiento. Pretender *a priori* el carácter eterno e inmodificable de las normas jurídicas, sólo atemperable por la expresa previsión de cláusulas derogatorias que delimiten temporalmente el ámbito de validez de una norma jurídica, en principio ilimitado⁹, supone describir al sistema jurídico como un mero conjunto interrelacionado de ideas, existente exclusivamente en las conciencias de los individuos, sin existencia real. Sin embargo, la validez del sistema jurídico, su existencia diferenciada en el medio, depende en buena medida del grado de “*positividad*” alcanzada por éste, uno de cuyos contenidos es la inserción eficaz en el medio, lo que cual es tanto como afirmar la realidad y no la mera idealidad de aquél¹⁰. Por ello, las normas jurídicas no pueden ser concebidas como nuevas ideas en sí perfectas, sino que, una vez fundamentada su validez en las condiciones establecidas por otra norma superior, se hallan

⁸ Sobre la necesidad de juridificar el cambio constitucional mediante la técnica del procedimiento de reforma constitucional y evitar, de este modo, el recurso al paralelismo de las formas, cfr. **PÉREZ ROYO, J.**, «Curso de Derecho Constitucional», Marcial Pons, Madrid, 1996 (3ª edición), pág. 168 ss.

⁹ Cfr. **MERKL, A.**, “Die Lehre von der Rechtskraft. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff”, Leipzig, 1923, pág. 232 ss.

¹⁰ Cfr. **LARENZ, K.**, “Das Problem der Rechtsgeltung”, (unveränderter reprographischer Nachdruck der Ausgabe 1929), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1967, pág. 26 ss., para quien el derecho, en tanto positivo, ha de ser una *realidad temporal efectivamente existente*, además de constituir un modelo normativo intemporal, determinado por su *pretensión de validez jurídica ideal*.

condicionadas por la eficacia del sistema en su conjunto¹¹, y ésta requiere la institucionalización de la posibilidad de cambio¹².

En caso de ausencia de una voluntad normativa expresa relativa a la reforma constitucional, es posible (aunque no necesario) inducir una voluntad implícita en la norma constitucional en favor de su propia modificabilidad, que habría que entender encomendada al mismo órgano que tiene atribuida la función legislativa ordinaria y por el mismo procedimiento¹³. Que sea o no posible imputar a la norma constitucional esta voluntad implícita es una cuestión interpretativa, que depende de la dogmática constitucionalmente adecuada subyacente a aquélla. Muy especialmente depende de que la misma se vea como la cúspide de un sistema jurídico-positivo autorreferencial o, por el contrario, se inserte en un sistema insuficientemente diferenciado que pone en peligro su existencia, quebrando su circularidad y haciendo depender su validez de elementos metajurídicos¹⁴.

La existencia de esta voluntad implícita en la norma constitucional, calificada tradicionalmente de flexibilidad constitucional, no afecta en realidad a su supremacía como forma jurídica¹⁵, pues esta última está ligada a su posición en el ordenamiento, de cuya constatación sólo es requisito la identidad de la norma constitucional, y no el órgano o el procedimiento de los que procede¹⁶.

¹¹ En sentido diverso, **REQUEJO PAGÉS, J. L.**, “**Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente**”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 34-35.

¹² Cfr. **LUTZ, D. S.**, “**Toward a theory of constitutional amendment**”, American Political Science Review, 1994, Vol. 88, Nº 2, pág. 357.

¹³ En este mismo sentido, aunque desde presupuestos diferentes, cfr. **RIMOLI, F.**, “**Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazioni per valori**”, Giurisprudenza Costituzionale 1992, Nº 5, pág. 3762 ss.

¹⁴ En los sistemas jurídicos que podríamos calificar de pre-autopoiéticos (pre-estatales), los mecanismos evolutivos del sistema eran exógenos en lugar de endógenos a éste; cfr. **TEUBNER, G.**, “**Recht als autopoietisches System**”, ob. cit., pág. 73.

¹⁵ En un sentido contrario Alessandro Pace, en **PACE/VARELA**, “**La rigidez de las Constituciones escritas**”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pág. 19-20, 71, que funde en uno los conceptos de rigidez y supremacía formal.

¹⁶ Cfr. **OTTO Y PARDO, I. de**, “**Lecciones de Derecho Constitucional**”, Guiastur, Oviedo, 1980, pág. 117-118. De ahí, que rigidez constitucional y forma constitucional sirvan a funciones diferentes: la primera a la estabilización en el tiempo de los contenidos de una determinada forma jurídica, mientras que la segunda a su identificación y, con ello, a la jerarquización entre aquélla y las demás.

Allí donde la Constitución se configura a sí misma como flexible o donde la rigidez de la Constitución consiste, exclusivamente, en la exigencia para su modificación de mayorías cualificadas con respecto a las necesarias para la elaboración de leyes ordinarias, la reforma constitucional sólo debería poder efectuarse de forma expresa¹⁷, mediante la indicación de que se trata de una operación de reforma constitucional dirigida, por tanto, a la alteración del contenido del código de validez del sistema. De lo contrario, no habría posibilidad de distinguir una reforma constitucional de una Ley inconstitucional y se pondría en tela de juicio la propia supremacía constitucional.

Ciertamente, no es posible presuponer la competencia de cualquier sujeto y cualquier procedimiento para la creación normativa, incluida la de reforma constitucional, cuando ésta no ha sido expresamente fundamentada por la Constitución del Estado. En caso contrario, se estaría disolviendo irracionalmente¹⁸ la unidad del Estado-ordenamiento¹⁹. Ahora bien, una vez previstos por la Constitución unos sujetos competentes para la creación jurídica ordinaria, y unas reglas procedimentales y materiales por las que se deben regir éstos en dicha creación, el carácter autorreferencial del ordenamiento y su propia "*positividad*" son la base funcional a partir de la cual hay que entender implícita en la Constitución aquella institucionalización de su propio cambio, que deberá tener lugar por aquellos órganos y procedimientos, salvo una voluntad expresa contraria a ello.

3) Reforma constitucional y límites materiales

a) *El carácter contingente de los límites materiales*

¹⁷ Cfr. **PÉREZ ROYO, J.**, "**La reforma de la Constitución**", Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. 163.

¹⁸ Cfr. **MERKL, A.**, "**Die Rechtseinheit des österreichischen Staates**", (1918), en Mayer Maly/Schambeck (Hrsg.) "Gesammelten Schriften", Bd. I, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, pág. 180-181.

¹⁹ Si cualquier sujeto y cualquier procedimiento pudiesen modificar la Constitución del Estado, aplicando el principio "*lex posterior derogat legi anteriori*", habría que considerar también habilitado, por ejemplo, al órgano legislativo de un Estado extranjero o de una organización internacional cualquiera, aunque el Estado no se hubiese integrado en ella.

Ciertamente, igual que la “*positividad*” implica la posibilidad de que la Constitución adopte cualquier contenido²⁰, éste también podría serlo uno que restringiese la propia “*positividad*” del ordenamiento, limitándola mediante la prohibición de alterar determinados preceptos constitucionales, esto es, mediante la introducción de límites materiales a la reforma constitucional. Dichas prohibiciones expresas o implícitas de cambio, que tendrían carácter contingente, pueden referirse a todo el contenido primario del código, es decir, a todas aquellas expectativas normativas que se hayan podido generar a partir del contenido constitucional, o, por el contrario, sólo a la parte de aquél que garantiza las expectativas consideradas de mayor importancia para la estabilidad del sistema jurídico -como los principios estructurales y los derechos individuales-. Pero, en todo caso, será necesario que las mismas gocen de carácter absoluto, esto es, que se trate de prohibiciones reflexivas o autorreferenciales que impliquen su aplicación a sí mismas²¹. De otro modo, sería posible sustituir aquel contenido prohibitivo del código por uno permisivo con la sola reforma constitucional de la prohibición²².

Lo que en ningún caso cabría es deducir dichos límites materiales a la reforma constitucional, ahora ya con carácter necesario y no meramente contingente, de la existencia de últimas certidumbres de las cuales traería su fundamento el sistema jurídico. Sólo desde la percepción del ordenamiento jurídico como un sistema jurídico-positivo, operativamente cerrado, es posible adquirir una comprensión adecuada de la función que cumple el poder de

²⁰ Cfr. **OTTO Y PARDO, I. de.**, “**Derecho Constitucional. Sistema de fuentes**”, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 22.

²¹ Es lo que **HART, H. L. A.**, “**The concept of law**”, Clarendon Press, Oxford, 1994 (second edition), pág. 149 ss., denomina “soberanía auto-comprensiva” (*self-embracing omnipotence*), por oposición a la “soberanía continuada” (*continuing omnipotence*). Sobre la relación entre ambos tipos de soberanía y su articulación con respecto a las cláusulas de reforma, véase **SUBER, P.**, “**The paradox of self-amendment**”, Peter Lang, New York y otros, 1990, pág. 74 ss.

²² En favor de admitir la posibilidad de suprimir las cláusulas de intangibilidad a través de una reforma constitucional en segundo grado, para después poder modificar el contenido afectado por la cláusula de intangibilidad, véase **BISCARETTI DI RUFFIA, P.**, “**Sui limiti della revisione costituzionale**”, en “Annali del Seminario Giuridico della Università de Catania”, Vol. III, Napoli, 1949, pág. 165. En contra, **MORTATI, C.**, “**Concetto, limite, procedimento delle revisione costituzionale**”, ob. cit., pág. 394 ss.

reforma constitucional y de cuáles pueden ser los límites materiales que éste tenga en su actuación²³.

Quizás el principal problema lo planteen, por los peligros que para la propia “*positividad*” del sistema encierra esta *desinstitucionalización de la posibilidad de cambio*, las prohibiciones absolutas de reforma constitucional, cuyo carácter reflexivo excluiría también del ámbito material de la reforma su propia supresión y el retorno a la apertura cognitiva del sistema. Cabe plantearse si es posible oponer a estas cláusulas de intangibilidad absolutas, que las mismas atentarían contra la plenitud de la “*positividad*” del sistema y, por ello, no serían jurídicamente admisibles²⁴. Existiría, en tal caso, paradójicamente un límite material implícito consistente en la prohibición de suprimir de forma absoluta la institucionalización del cambio en todo o en parte de las expectativas normativamente garantizadas por un ordenamiento. Sin embargo, semejante argumentación pierde peso debido a que, a pesar de la veracidad de la premisa, no es posible inferir de ella, como conclusión, la ilicitud de aquella cláusula de intangibilidad, puesto que ni la “*positividad*” ni la “*autorreferencialidad*” son normas jurídicas que puedan fundamentar la existencia de otras nuevas. Su naturaleza es la de *condiciones funcionales* de la validez del sistema jurídico, esto es, de su existencia diferenciada, de ahí que los elementos que la componen puedan estar presentes de modo más o menos gradual en aquél. La incompatibilidad de alguna regla jurídica (y en particular de una cláusula de intangibilidad absoluta) con alguno de los elementos de la “*positividad*”, no conlleva su invalidez, pues ésta no es

²³ La “*autorreferencialidad*” y la “*positividad*” del sistema jurídico implican que éste se expone también él mismo a un cierto grado de orden, es decir, a una dificultad mayor o menor en la variación o, incluso, a la invariabilidad total de parte de sus contenidos, en función de la modalidad de la contingencia, es decir, en función de que el propio sistema que se observa considere más o menos posible su propia variación; cfr. LUHMANN, N., “*Das Recht der Gesellschaft*”, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1993, pág. 116.

²⁴ En términos similares SUBER, P., “*The paradox of Self-amendment*”, ob. cit., pág. 288-289.

fundamento de las normas jurídicas, sino sólo una condición funcional de la validez del ordenamiento en su conjunto²⁵.

Pero, a la inversa, tampoco la posibilidad de una reforma constitucional total o parcial que afecte a los elementos más identificativos de la estructura del sistema, como sus principios estructurales o el catálogo de derechos individuales, representa en sí misma un fenómeno que atente contra la esencia misma de la Constitución, vaya en contra de la naturaleza del poder de reforma constitucional o ponga en tela de juicio la supremacía de ésta. Al contrario, esta posibilidad, como se ha visto, es congruente con la “*positividad*” del sistema, con su estabilidad y su diferenciación²⁶. Si existen determinados contenidos que se desea sustraer a la “*positividad*” del sistema, ello normalmente es debido a la elevadísima inestabilidad de determinadas expectativas, algunas de las cuales pueden ser trascendentales para el sistema social como es el caso de los principios estructurales, mientras que otras pueden tener un carácter mucho más simbólico (bandera, lengua, himno, etc...). Se trata por regla general de prohibiciones de cambio que se revelan inadecuadas y huérfanas de eficacia, pues se mantienen sólo mientras exista una opinión pública que no dé ninguna oportunidad política de éxito a las violaciones de estos límites jurídicos a la “*positividad*”²⁷.

Por ello, contra los riesgos de la absoluta “*positividad*” del sistema jurídico sólo se puede luchar desde dentro de aquél, no con la imposición de límites materiales a la reforma constitucional. Sólo comprendiendo mejor dichos riesgos, es decir, evaluando la probabilidad de que los mismos generen complejidad social, y previendo su grado de probabilidad mediante el aprovechamiento del potencial inherente a la autoestabilización del sistema, será posible evitarlos sin crear operaciones dentro del sistema, como los límites

²⁵ Por lo que se puede afirmar que no existen normas jurídica que sean absolutamente irrenunciables; cfr. **LUHMANN, N.**, “**Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?**”, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, pág. 23.

²⁶ Cfr. **LUHMANN, N.**, “**Positives Recht und Ideologie**”, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, 1967, Bd. 53, N° 4, pág. 537.

²⁷ Cfr. **LUHMANN, N.**, “**Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft**”, en “Die Ausdifferenzierung des Rechts”, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1981, pág. 144.

a la reforma constitucional o las agravaciones procedimentales desproporcionadas, cuya utilidad marginal es mínima²⁸.

b) Límites materiales y principio democrático

Precisamente por que la CE de 1978 ha querido concebir el principio estructural de Estado democrático, como el resto de los principios estructurales, con una naturaleza instrumental al servicio de la diferenciación funcional del sistema jurídico, no resultará excesivamente difícil ver en su significación un elemento de binariedad del sistema político, correlativo de la binariedad (derecho/no derecho) propia del sistema jurídico²⁹. El principio democrático es pues la mejor correa de transmisión de la positividad y la autorreferencialidad del sistema jurídico³⁰. Su existencia queda reflejada en las diferentes estructuras normativas de la participación libre plural e igual de los sometidos al poder en su ejercicio, aplicables no sólo en el *input* del medio hacia el sistema (derechos fundamentales), sino sobre todo -en lo que se refiere a la "*autorreferencialidad*"- en el *output* del sistema jurídico hacia el medio (sistema parlamentario de gobierno y principio de legalidad).

Este pluralismo, necesario para articular la dicotomía gobierno/oposición, requiere, a su vez, una cierta equivalencia de las opciones, como manifestación del principio de igualdad, para hacer aquélla realmente operativa y un elemento que contribuya a la diferenciación funcional del sistema. Un pluralismo que estuviese mermado por el desconocimiento de la igualdad racional de los individuos o por la ausencia de una *equivalencia funcional* de las opciones³¹ se

²⁸ Cfr. LUHMANN, N., "**Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft**", ob. cit., pág. 145.

²⁹ Sobre el binomio gobierno/oposición como elemento democrático definitorio de la codificación del sistema político, véase LUHMANN, N., "**Soziologische Aufklärung**", Bd. 4, Opladen, 1987 (zweite Auflage), pág. 127 ss.

³⁰ BASTIDA FREIJEDO, F., "**La soberanía borrosa: la democracia**", Fundamentos (1998), N° 1, pág. 390 ss.

³¹ Para diferenciarla de la que se podría calificar de *equivalencia estructural*, que, como se sabe, es imposible tanto en sistema político como en el sistema jurídico, pues las opciones ya normativizadas requieren menor grado de respaldo para imponerse que las no normativizadas, las cuales, como mínimo, han de superar el empate. Sobre esta última equivalencia, cfr. OTTO Y PARDO, I. de, "**Derecho Constitucional. Sistema de fuentes**", ob. cit., pág. 60-61.

apartaría de la función que la democracia cumple respecto de la codificación del sistema político y desmerecería en su capacidad para servir a la diferenciación del sistema jurídico³². Esta equivalencia funcional adquiere su máxima expresión en la apertura cognitiva de aquél a cualquier expectativa del medio y en la exclusión de los límites materiales absolutos a la reforma constitucional (Art. 168.1 CE).

Con ello parece quedar claro que la clausura cognitiva del sistema jurídico, mediante la imposición de cualesquiera límites materiales que impidiesen la transformación y evolución estructural del Estado, sería, además de disfuncional, claramente antidemocrática. Las cláusulas de intangibilidad implican la exclusión de las expectativas de una minoría, que ven imposibilitada su normativización con el consiguiente imperio absoluto de las expectativas de la mayoría³³. Ello puede conducir a que la minoría, a fin de disponer de capacidad real para influir en el sistema político, intente imponer sus expectativas al margen del procedimiento jurídicamente reglado (la reforma constitucional) para la formación de la voluntad colectiva, poniendo en peligro la “positividad” del sistema y la validez jurídica misma del principio democrático³⁴. Mucho más democrática, y en ese sentido funcional respecto de la diferenciación del Estado, es la institucionalización de procedimientos de creación normativa³⁵, incluidos los de reforma constitucional, que estén regidos por la participación de los sujetos afectados y por la transparencia³⁶, pues estos

³² El pluralismo político, así entendido, no es un elemento neutro en la estructuración del sistema político y del sistema jurídico, pues refleja una *amoralización* de ambos, necesaria para la preservación de su codificación binaria y, por tanto, para su existencia funcionalmente diferenciada. Sobre esto véase **LUHMANN, N.**, “**Soziologische Aufklärung**”, Bd. 4, ob. cit., pág. 131-132.

³³ Sobre la consideración del principio de minoría como esencia de la democracia, cfr. **BASTIDA FREIJEDO, F. J.**, “**La soberanía borrosa: la democracia**”, ob. cit., pág. 431 ss.

³⁴ Respecto de la imposibilidad de concebir el principio de mayoría como la instauración de la dictadura de la mayoría sobre la minoría, cfr. **KELSEN, H.**, “**Demokratie**” (1927), en Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), “*Die wiener rechtstheoretische Schule*”, Europa Verlag, Wien y otros, 1968, pág. 1766.

³⁵ En un sentido semejante, véase **BEYME, K. von**, “**Die verfassunggebende Gewalt des Volkes**”, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1968, pág. 67.

³⁶ Cfr. **LUHMANN, N.**, “**Die Positivität al Voraussetzung einer modernen Gesellschaft**”, ob. cit., pág. 147, 148, 149, 150.

elementos otorgan legitimidad³⁷ a las operaciones del sistema en las que éste expresa su ideología y le permiten cumplir su función de apertura cognitiva³⁸.

Con todo, se debe indagar si el propio principio democrático, por lo menos en aquel núcleo identificativo antes mencionado, no constituye en sí mismo un límite a la capacidad de cambio del Estado, pues de él depende en buena medida el mantenimiento de la diferenciación del ordenamiento jurídico. Además, de afirmarse esta potencialidad impeditiva de ciertos cambios, podría ser un criterio conforme al cual medir la constitucionalidad de las reformas constitucionales tendentes a realizar transformaciones tan radicales como las que experimenta el Estado español *ad extra* y *ad intra* en la actualidad, aunque las mismas no afecten única y ni siquiera fundamentalmente al principio democrático³⁹. Semejante límite material, que tendría un carácter necesario y no meramente contingente, no sólo operaría para impedir la supresión de la esencia de la democracia tal y como la CE de 1978 la ha positivizado, sino también para impedir el establecimiento de nuevos límites materiales absolutos a la reforma constitucional, pues tanto una como otra quebrarían el pluralismo y el principio de equivalencia de las opciones, que caracterizan a este principio estructural.

Lo cierto, sin embargo, es que en nuestro ordenamiento, ni siquiera desde semejantes argumentos lógico-jurídicos o políticos, se puede considerar al principio democrático un límite material implícito y absoluto a la reforma constitucional. Y ello porque la propia CE de 1978, al prever expresamente la posibilidad de una reforma total y, en particular, la posibilidad de reforma de la esencia del principio estructural de Estado democrático, ha querido convertir en

³⁷ La legitimidad no consiste en la aceptación de un concreto contenido normativo como moral o políticamente correcto, sino en la predisposición generalizada a aceptar el contenido indeterminado de las decisiones normativas; cfr. **LUHMANN, N.**, “**Legitimation durch Verfahren**”, Luchterhand, Darmstadt und Neuwied, 1978 (dritte Auflage), pág. 28.

³⁸ En la medida en que acortan y dulcifican el grado de imprevisibilidad que comporta para los individuos la adopción de cualquier decisión.

³⁹ Piénsese, por ejemplo, en el vaciamiento de las competencias de control del órgano representativo que puede estar sucediendo con el proceso actual de desarrollo de la integración europea o en la adopción de una decisión relativa a la secesión de parte del territorio sin que se den las condiciones necesarias para una participación, libre plural e igual de los que van a verse sometidos a esa decisión.

jurídicamente lícita, aunque pudiera no ser democrática⁴⁰, la operación por la que el Estado democrático se transforma en otro más o menos autocrático.

En efecto, conforme al art. 168 CE queda vedada al poder *simple* de reforma del art. 167 CE toda reforma que afecte al principio democrático, incluido en su Título Preliminar. Pero la supresión radical de la mención “democrático” del enunciado del Art. 1.1 CE, o su alteración como consecuencia de la modificación de algún otro de los principios estructurales con los que interacciona o de los elementos identificativos de su contenido esencial, es posible, aunque sólo con la intervención del poder *agravado* de reforma del art. 168 CE⁴¹.

4) Necesidad de una reforma constitucional para la elaboración de una Constitución Europea

El proceso de construcción europea se ha abordado en nuestro país, con la excepción de la cuestión relativa al derecho de sufragio activo de los ciudadanos comunitarios en las elecciones locales, al margen por completo de la reforma constitucional. Ello solo puede ser indicativo o bien de que no se considera ésta un instrumento adecuado para encauzar esta transformación tan profunda del Estado, o bien que en el fondo no se considera una transformación tan radical como para hacer necesario el mecanismo de la reforma. Aunque no lo parezca, una y otra alternativa son interdependientes entre sí. Sólo estaría justificado constitucionalmente considerar a la reforma un instrumento inadecuado para llevar a cabo el último y definitivo paso en este proceso de integración política europea, esto es, la elaboración de una Constitución Europea, si, en efecto, a pesar de los términos en los que se expresa, no se produce una auténtica elaboración de una norma suprema europea (se denomine Constitución Europea o Tratado Constitucional), pues

⁴⁰ En este sentido, **BASTIDA FREIJEDO, F.**, “La soberanía borrosa: la democracia”, ob. cit., pág. 456-457, para quien la apertura de esta posibilidad es incongruente con el significado del principio democrático en abstracto.

⁴¹ Esto hace plantearse si la ratificación del Tratado de Maastricht, de Amsterdam, de Niza y, en su caso, la del futuro tratado constitucional en proceso de elaboración, requieren la previa reforma constitucional agravada, debido al alcance que tienen para el principio democrático como principio vinculado a la nacionalidad (Art. 1.2 CE); sobre ello, véase **ALÁEZ CORRAL, B.**, “Soberanía constitucional e integración europea”, Fundamentos, 1998, N° 1, pág. 548 ss.

con ello la transformación del ordenamiento estatal no sería tan radical como el nombre parece indicar. Para clarificar si esto es así es preciso, en primer término, determinar el alcance y efectos de semejante transformación respecto del ordenamiento estatal, pues sólo entonces, en un segundo momento, será posible fijar, en su caso, cuáles son las exigencias constitucionales que, desde el punto de vista de la reforma constitucional, se interponen en el camino del proceso de elaboración de la Constitución de la Unión Europea.

a) La elaboración de la Constitución Europea como un proceso expreso de disolución de la soberanía estatal

La elaboración de una Constitución Europea (o de un Tratado Constitucional) plantea el problema relativo a si, con ella, se altera la tradicional supremacía de las Constituciones estatales o, por el contrario, los Estados siguen siendo soberanos. Se trata de una cuestión que, ciertamente, no es nueva, pues ya se planteaba en relación con el derecho comunitario originario y derivado, tal y como hoy lo conocemos. El principio de primacía de este derecho comunitario, afirmado por el TJUE también con respecto a las normas constitucionales de los Estados miembros, pero implícitamente negado por algunos de los Tribunales Constitucionales de aquéllos como el alemán, el italiano, el francés o el español⁴², viene a representar ya materialmente una primitiva constitucionalización de la construcción europea. La conversión de los Tratados constitutivos en una auténtica Constitución, entendida como norma suprema de un ordenamiento complejo en la que se concentra la *Kompetenz-Kompetenz*, constituye, pues, la expresión indubitada del proceso de disolución de la soberanía estatal que, al amparo de la mencionada jurisprudencia del TJUE, había venido operando silenciosamente por lo menos desde la entrada en vigor del TUE. Así lo atestigua alguno de los proyectos de Tratado Constitucional o de Constitución Europea presentados a la Convención hasta el momento, que refrendando el criterio del TJUE, además de prever la primacía del derecho de la Unión sobre el derecho estatal, configuran a dicha Constitución al modo y manera tradicional de los documentos constitucionales,

⁴² Cfr. BVerfGE 89, 155 ss; Sentencia nº 232 de 1989 de la Corte Costituzionale italiana, Decisión del Conseil Constitutionnel francés 97-394 de 31.12.1997 y Decisión 1/1992, de 1 de julio, del Tribunal Constitucional, F.J, 4º.

dotada de rigidez en su modificación, y descartando la posibilidad de secesión unilateral de los Estados miembros⁴³.

La ya adelantada necesidad de canalizar esta disolución de la soberanía estatal a través de la previa reforma constitucional, presupone haber dado respuesta a la cuestión de cuáles son los criterios que rigen las relaciones entre el ordenamiento estatal y el comunitario europeo. Las **posiciones pluralistas**⁴⁴, que diferencian nítidamente los ámbitos de validez del ordenamiento estatal y del ordenamiento comunitario, son incapaces de dar una respuesta única y coherente a la confrontación que puede surgir entre ordenamientos distintos como no sea la del mantenimiento objetivo de ésta⁴⁵. Por ello, se hace necesaria una respuesta que, desde **posiciones monistas**, determine la posición de las normas estatales en el ordenamiento comunitario o, a la inversa, de las normas comunitarias en el ordenamiento estatal⁴⁶. En efecto, dicho monismo puede conducir en la comprensión de la unidad del ordenamiento jurídico tanto a la subordinación del ordenamiento estatal al internacional, como, a la inversa⁴⁷, derivándose, en el primer caso, la validez del ordenamiento estatal de una norma de Derecho internacional general, “el principio de eficacia”⁴⁸, en el que se hallaría la cúspide del ordenamiento y, con ello, en cierta medida la soberanía, y en el segundo la validez del ordenamiento

⁴³ Cfr., por ejemplo, el Estudio de viabilidad al Anteproyecto de Constitución Europea presentado a la Convención por el Presidente de la Comisión Europea, D. Romano Prodi: http://europa.eu.int/futurum/documents/offtext/const051202_es.pdf

⁴⁴ Véase una formulación clásica del dualismo derecho nacional-derecho internacional en **TRIEPEL, H., “Völkerrecht und Landesrecht”**, Scientia Antiquariat, Aalen, 1958 (Unveränderter Nachdruck der Ausgabe Leipzig 1899), pág. 9, 11 ss., 27 ss.

⁴⁵ Cfr. **KELSEN, H., “Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts”**, (Unveränderter Nachdruck der zweiten Auflage vom 1928), Scientia, Aalen 1960, pág. 120-121 ss. En el sentido de que no es posible encontrar una respuesta científicamente satisfactoria a este problema, por lo que la confrontación es ineludible, cfr. **MACCORMICK, N., “La sentencia de Maastricht: soberanía ahora”**, Debats, 1996, N° 5, pág. 29; y tratando de solventar el problema en términos de aplicabilidad y no de validez, con lo que se elude la jerarquización de los ordenamientos, cfr. **REQUEJO PAGÉS, J. L., “Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente”**, ob. cit., pág. 109 y ss.

⁴⁶ En un sentido similar, cfr. **SCHILLING, T., “Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen”**, Berlin Verlag/Nomos Verlag, Berlin/Baden Baden, 1994, pág. 424.

⁴⁷ Cfr. **KELSEN, H., “Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht”**, en Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), “Die wiener rechtstheoretische Schule”, Europa Verlag, Wien y otros, 1968, pág. 2214 ss.

⁴⁸ Cfr. **KELSEN, H., “Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts”**, ob. cit., pág. 239, 240, 241.

internacional de la norma suprema del Estado. Éste, no obstante, podría poner dicha supremacía a disposición del ordenamiento internacional, mediante la traslación del ejercicio de la competencia de reforma constitucional a las normas internacionales o comunitarias europeas.

Sin embargo, resultaría paradójico fundamentar la validez del ordenamiento estatal en una norma del sistema normativo internacional, el “principio de eficacia”, cuando su contenido se ha de constituir, en tanto *realidad empírica* y no sólo *normatividad ideal*, en la condición necesaria para conceder validez al sistema jurídico⁴⁹. En efecto, el derecho internacional está ciertamente debilitado en su eficacia general hasta el punto de que puedan caber serias dudas acerca de si la misma alcanza un punto suficiente para poder concederle validez⁵⁰. Y aunque la eficacia mínima de un ordenamiento en su conjunto no representa el fundamento de validez de sus normas, sí aparece como condición de ésta. Lo cierto es que 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 alcanzan su eficacia mínima necesaria. Pero dicha eficacia mínima tampoco puede venir asegurada por otro ordenamiento, so pena de confundir la eficacia de éste con la de aquél, y esto aún más, cuando el “principio de eficacia” se convierte a su vez en *norma fundante*⁵¹ del ordenamiento cuya existencia 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.

⁴⁹ La norma fundamental presupuesta del Derecho internacional explicaría el *por qué* de la validez del sistema jurídico internacional, mientras que su eficacia mínima determinaría el *cuándo* de dicha validez, que se constituye en presupuesto para poder fundamentar lógicamente la del ordenamiento jurídico en su conjunto; cfr. **KELSEN, H.**, “**Reine Rechtslehre**”, Franz Deuticke, Wien 1976, (unveränderter Nachdruck der zweiten Auflage 1960), pág. 219.

⁵⁰ Precisamente por la falta de criterios normativos claros a cerca de cuando se pasa de un sistema de uso de la fuerza física basado en la autodefensa a un sistema basado en el monopolio de dicho uso por unos entes internacionales con capacidad para imponerla por sí mismos, como ponen de relieve algunas de las crisis internacionales más recientes.

⁵¹ Como una especie de norma de reconocimiento en el sentido que le da **HART, H. L. A.**, “**The concept of law**”, ob. cit., pág. 100 ss.

Ello es lo que explica que la unidad del ordenamiento haya de fundarse aún desde la perspectiva de la **primacía del ordenamiento jurídico estatal**⁵². El ordenamiento estatal concede al ordenamiento jurídico internacional la única validez que éste realmente posee, su validez interna⁵³. El Derecho internacional representa, así, el Derecho externo del Estado⁵⁴. *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, se deriva del ordenamiento estatal, desde el momento en que éste puede sujetar las normas internacionales al respeto de unos determinados contenidos que se convierten así en su condición material de validez⁵⁵. Negado que el Derecho internacional posea una validez jurídica externa a la que le presta el Estado, se puede concluir que fuera de aquél, las normas internacionales sólo son hechos que se transforman en normas jurídicas mediante la técnica del reenvío u otra técnica jurídica de similares efectos⁵⁶.

b) Modelos de disolución de la soberanía estatal

El Derecho internacional, en general, y el comunitario, en particular, han de ocupar, por tanto, la posición que les atribuya la Constitución del Estado. Ello no impediría, ciertamente, que el ordenamiento estatal disuelva su soberanía en beneficio del ordenamiento de la Unión Europea, pero ello debe acontecer en los términos que establezca su Constitución. Dicha disolución

⁵² De uno sólo, aquel ordenamiento jurídico estatal que represente el punto de vista de conocimiento del ordenamiento jurídico que utilice el actor jurídico o el científico del Derecho. De este modo, los demás ordenamientos estatales serían para cada Estado subsistemas normativos, que pueden ser integrados en él en la medida en que los reconozca a través del derecho internacional público o privado; en este sentido, cfr. **KELSEN, H.**, “**Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts**”, ob. cit., pág. 187-188 ss.

⁵³ Sobre la distinción entre validez interna y validez externa del Derecho internacional, cfr. **MIRKINE-GUETZEVITCH, B.**, “**Droit Constitutionnel international**”, Librairie du Recueil Sirey, Paris 1933, pág. 151.

⁵⁴ En la terminología acuñada por **ZORN, P.**, “**Die deutsche Staatsverträge**”, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1880, Bd. 36, pág. 1 ss.

⁵⁵ Cfr. **MIRKINE GUETZEVITCH, B.**, “**Droit Constitutionnel international**”, ob. cit., pág. 166.

⁵⁶ 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.

puede acontecer básicamente conforme a tres modelos: el de soberanía compartida con el ordenamiento internacional, el de soberanía de la constitución material y el de soberanía plena de la Constitución formal.

En efecto, cuando el ordenamiento estatal ha determinado que las normas elaboradas total o parcialmente 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 les ha atribuido el ejercicio del poder de reforma constitucional, se está ante el modelo de **soberanía compartida con el ordenamiento internacional**⁵⁷. La disolución de la soberanía estatal se produce regularmente mediante la celebración de tratados internacionales y la integración en organizaciones supranacionales que se realizan por un procedimiento constituyente-constituido semejante al de la reforma constitucional. La diferencia estriba en que la traslación de esta supremacía por parte de la Constitución estatal no tiene lugar en favor de otra norma cuyo procedimiento de creación es previsto por ella misma, como ocurre cuando se aplican las cláusulas de reforma constitucional internas, sino en beneficio de normas de creación externa cuya eficacia general propia es, como se ha visto, más que dudosa. La norma suprema del ordenamiento como unidad pasará, entonces, a estar compuesta por un conjunto aleatorio de normas, las internacionales, cuya *“positividad”* se halla en tela de juicio por la inexistencia de un mínimo de eficacia fuera del ordenamiento estatal interno.

Una segunda opción es aquella que, desdoblado la Constitución del Estado en dos, las normas constitucionales ordinarias, por un lado, y el núcleo constitucional intangible, integrante de una especie de **“supra-constitución material”**, por otro, admite la preeminencia del Derecho internacional respecto de las primeras, cuyo ámbito de aplicación estaría a disposición de las normas del ordenamiento internacional, pero lo subordina al segundo, verdadera Constitución, cuya existencia sería en todo caso indisponible⁵⁸. Esta supra-

⁵⁷ Cfr. el **artículo 92 en relación con el 91.3 de la Constitución holandesa** o el **artículo 50.3 en relación con el artículo 44.1 y 2 de la Constitución austriaca**, aunque es discutible, respecto de este último, que esta posibilidad de cesión afecte también a la competencia de reforma total, cfr. **ÖHLINGER, T.**, **“Verfassungsrechtliche Aspekte eines Beitritts Österreichs zu der Europäischen Gemeinschaft”**, Manz, Wien, 1988, pág. 48.

⁵⁸ Tal es la postura que parece adoptar el ordenamiento constitucional alemán, en función de los **Arts. 23 (antiguo 24 I) y 79 III GG** tal y como han sido interpretados por una doctrina mayoritaria (**RANDELZHOFFER, A.**, **“Art. 24 GG”**, en Maunz/Dürig (Hrsg.), **“Grundgesetz**

constitución material estaría constituida por un núcleo de valores y principios fundamentales (entre los que se encuentran los principios estructurales del ordenamiento y los derechos fundamentales), identificativos del orden constitucional que devendrían indisponibles tanto para el poder de reforma constitucional interno o externo. Para este tipo de ordenamiento estatal, la disolución de su soberanía ya se ha realizado a favor de aquéllos valores integrantes, que por su naturaleza suprapositiva, tienen un carácter estático y no son modificables, sino únicamente sustituibles -también como consecuencia del nacimiento de una entidad supranacional soberana- por otros nuevos, al margen de las normas de la Constitución estatal, esto es, por un procedimiento constituyente originario, con los riesgos que ello conlleva para la diferenciación del sistema jurídico.

Finalmente, en tercer lugar, el modelo de **soberanía plena de la Constitución formal** requiere la necesaria conformidad constitucional de los productos normativos procedentes parcial (derecho comunitario originario) o totalmente (derecho comunitario derivado) de sujetos cuya existencia no ha sido reglada de manera directa por el ordenamiento jurídico estatal, pero cuya relevancia jurídica sí ha sido establecida por éste (arts. 95 y 96 CE). En tales casos, la disolución de la soberanía constitucional sólo puede tener lugar tras una previa reforma constitucional que altere la naturaleza suprema de la Constitución estatal o el ámbito espacial de esa supremacía.

Este último es, precisamente, el modelo dogmático por el que ha optado la CE de 1978 como expresión de la "*autorreferencialidad*" y "*positividad*" del ordenamiento del que es cúspide, cuya previsión en su art. 93 de la incorporación en nuestro ordenamiento de subordenamientos externos, como el de la UE, se articula a un nivel infraconstitucional. No supone en ningún caso el reconocimiento de la supremacía o paridad jerárquica de sus normas, entre

Kommentar", C.H. Beck, München, 1992, pág. 20 ss.) y por la jurisprudencia (ver por todas **BVerfGE 89, 155 ss.**). Igualmente, en Italia sobre la base del **Art. 11 de la Constitución italiana** se ha expresado un sector de la doctrina (**CARTABIA, M., "Principi inviolabili e integrazione europea"**, Giuffrè, Milano, 1995, pág. 150 ss.) y la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de la **Sentencia nº 232 de 1989**. También se manifiesta en este sentido, sobre la base de los **Arts. 54 y 88 de la Constitución francesa**, parte de la doctrina (cfr. **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, 1067-1068) y la jurisprudencia francesa (cfr. la **Decisión CC 97-394 de 31.12.1997 sobre la ratificación del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997**).

otras razones porque no se produce, a través de esta incorporación, la reforma de la Constitución ni cabe entender que se ha cedido esa competencia a la organización supranacional⁵⁹. La primacía del derecho comunitario está sujeta, por tanto, a la norma que le ha otorgado su condición de tal (la CE de 1978), es decir, a la *regla de tipo constitutivo*⁶⁰, sin cuya existencia su validez no sería posible.

c) La necesidad de poner en marcha el proceso de reforma constitucional agravada

Así las cosas, parece del todo claro que era necesario –cuando en el genérico principio de primacía del derecho comunitario se incluían también las normas constitucionales de los Estados miembros-, y sigue siéndolo ahora –en la medida en que se pretende elaborar un instrumento constitucional dotado estructuralmente de esa supremacía-, poner en marcha el proceso de reforma constitucional que articule la disolución de la soberanía del ordenamiento estatal en el ordenamiento de la Unión Europea. En efecto, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere semejante transformación debería contar previamente con la disolución de la soberanía de la CE de 1978 operada a través de una reforma constitucional por el procedimiento agravado del art. 168 CE.

No sólo porque dicha disolución, al atentar contra la esencia misma de la noción de Constitución (su supremacía jerárquica), sería equivalente a una reforma total, sino porque, además, con semejante proceso disolutorio se vería alterado el contenido obligatorio de disposiciones del Título Preliminar (el art. 1 y el art. 9, por ejemplo) para las que también es preceptivo dicho procedimiento agravado. Como ya se ha dicho, la supremacía de la CE de 1978 es una consecuencia implícita de su función normativa en el sistema jurídico y viene expresada, entre diversos preceptos, en la fórmula del art. 9.1, conforme a la cual “los poderes públicos y los ciudadanos están sometidos a la CE y al resto

⁵⁹ Cfr. **Declaración 1/1992, de 1 de julio, del Tribunal Constitucional, FF.JJ. 4º y 5º**. Por el contrario, ha querido ver esta traslación de la competencia constituyente **REQUEJO PAGÉS, J. L., “Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas”**, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, pág. 256-27.

⁶⁰ Sobre las reglas de tipo constitutivo, como reglas que establecen condiciones necesarias (y no siempre necesariamente suficientes) para la producción normativa, cfr. **SEARLE, J.R., Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language**”, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, pág. 33-34.

del ordenamiento jurídico”. Dicho precepto se ve necesariamente alterado por un proceso de integración europea que se basa en la supremacía de las normas de la UE también sobre el derecho constitucional interno, pues en tal caso los órganos comunitarios y los órganos nacionales, poderes públicos unos y otros al fin y al cabo, ya no estarían simplemente sometidos a la norma constitucional española más que en la medida en que ello sea compatible con las normas comunitarias. Por tanto, se hace preceptiva una reforma previa del art. 9.1 CE en el sentido de que, por ejemplo, se añadiese la fórmula “sin perjuicio de la primacía del derecho de la Unión Europea”.

Pero, además, la CE de 1978 ha articulado su supremacía en torno a una determinada forma de estructurar el ordenamiento jurídico, la que le presta el principio democrático del art. 1.1 CE, y ésta no siempre se ve adecuadamente reflejada en los procesos de creación normativa de la Unión. No se trata tanto del muchas veces denunciado déficit democrático de la Unión como de que la estructura de la Unión Europea, aún sin definir plenamente, parece estar basada en una soberanía dual: popular, por un lado (de los ciudadanos de la Unión), y federal, por otro (de los Estados miembros), mientras que la CE de 1978 estructura su supremacía a partir de la atribución de la soberanía a un sujeto colectivo nacionalmente definido, el pueblo español. Y sin hacer referencia al hecho de que en un caso, el español, esa estructuración democrática de la supremacía normativa se hace sobre la base de un sistema parlamentario, mientras que en el otro, el de la Unión Europea, el sistema, todavía parcialmente indefinido, se aleja de los presupuestos del parlamentarismo por la estructura institucional que pretende mantener. Son estas cuestiones, sin embargo, que no procede analizar aquí, pero que sirven como botón de muestra de los ámbitos en los que la disolución de la soberanía estatal es más evidente y por tanto la reforma constitucional más necesaria.

5) La desmembración del Estado autonómico a través de la reforma constitucional

Un segundo frente en el que se desarrollan las transformaciones del Estado español en los comienzos del siglo XXI es el relativo a la insuficiencia del marco constitucional del Estado autonómico, planteada por la mayoría de los partidos nacionalistas del País Vasco, para dar satisfacción a las

necesidades de autogobierno de los ciudadanos del territorio de aquella Comunidad Autónoma, o incluso de Comunidades limítrofes. No es este el lugar en el que analizar la legitimidad política, histórica o social de semejantes pretensiones nacionalistas, ni tampoco si se dan las condiciones fácticas para garantizar el correcto y democrático desenvolvimiento del proceso. Únicamente se trata de determinar las exigencias constitucionales del paso de una estructura del ordenamiento a otra muy distinta en la que la CE de 1978 ha perdido temporal o definitivamente la soberanía sobre cierta parte del territorio.

a) La disolución ad intra de la soberanía de la CE de 1978: de Comunidad Autónoma a Estado independiente

La tradicional aspiración de algunas partes del territorio nacional de convertirse en Estados independientes, con el sentido jurídico que el término conlleva, presupone, aunque sea temporalmente, la disolución de la soberanía de la CE de 1978 sobre ellas. El principio autonómico, recogido en el art. 2 CE, ha permitido descentralizar *ad intra* la creación normativa mediante la atribución de autonomía política a ciertos entes territoriales creados al amparo de esa descentralización política: las Comunidades Autónomas⁶¹. No cabe duda de que una transformación que suprimiese la garantía institucional que ampara a las nacionalidades y regiones integrantes de la Nación española para acceder a su autonomía o que disolviese la unidad de ésta e instituyese aquéllas como entes federados, afectaría al principio estructural de Estado autonómico⁶².

Tanto más, ciertamente, si la transformación es aún más radical y pretende que esa parte del territorio nacional que se ha constituido en Comunidad Autónoma se segregue y se convierta en un Estado independiente, incluso aunque de forma casi automática dicho Estado se vuelva a unir en una estructura federal al Estado español mediante un acuerdo de libre asociación,

⁶¹ Lo que implica la *posibilidad* de que los entes descentralizados ejerzan potestades normativas entre las que se encuentra la potestad legislativa pero no la constituyente; cfr. **OTTO Y PARDO, I. de**, “**Estudios sobre Derecho estatal y autonómico**”, Civitas, Madrid, 1986, pág. 33.

⁶² Sobre la diferencia entre la articulación de la creación normativa conforme al principio autonómico y al principio federal, cfr. **OTTO Y PARDO, I. de**, “**Estudios sobre Derecho estatal y autonómico**”, ob. cit., pág. 22-23 ss.

como recientemente se ha propuesto. En tales casos, con la independencia total o temporal se estaría disolviendo la supremacía de la norma constitucional en dicha parte del territorio bien para siempre (en el caso de no asociación o de una asociación confederal), bien durante el instante –incluso teórico- previo a la asociación federativa con el resto del territorio del Estado español. Semejante transformación conlleva alterar la obligatoriedad de todas las normas constitucionales sobre un territorio, que, aún indirectamente definido por el texto constitucional⁶³, incluye sin ninguna duda el territorio de la actual Comunidad Autónoma del País Vasco. Ello hace inexcusable la previa reforma constitucional por el procedimiento agravado del art. 168 CE.

No cabe, pues, pensar que dicha transformación sea la reminiscencia, subyacente al texto constitucional, de un concepto histórico-material de Constitución que la contempla como un pacto entre cuerpos políticos, los territorios forales (entre los que se encuentra el País Vasco), de un lado, y el Reino de España, de otro, preexistentes a la CE misma⁶⁴. Semejante concepción no sólo es inadecuada para el cumplimiento de su función respecto de la diferenciación del sistema jurídico, sino que, además, resulta profundamente antidemocrática, al basarse en presupuestos desde los que difícilmente puede definirse en términos de igual y plural participación quien ha de componer dichos cuerpos políticos y adoptar la decisión de segregarse o asociarse.

Ciertamente, los derechos históricos de los territorios forales vienen amparados por la Disposición adicional 1ª de la CE de 1978, pero conforme a la misma su actualización sólo puede tener cabida en el marco de lo dispuesto por la propia CE y los Estatutos de Autonomía, y nunca de forma que resulte irreconocible su imagen histórica y tradicional⁶⁵. Ello no significa ni que hayan de ser necesariamente actualizados ni que su actualización implique *ex constitutione* o *ex historia* un determinado régimen competencial. Lo que

⁶³ Piénsese en la referencia constitucional a las provincias (arts. 68, 137, 143), a los territorios históricos con derechos forales (Disposición Adicional 1ª), a los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado un Estatuto de Autonomía (Disposición Transitoria 1ª).

⁶⁴ En este sentido, cfr. **HERRERO DE MIÑÓN, M.**, “**Derechos históricos y Constitución**”, Taurus, Madrid, 1998, pág. 88 ss., 320 ss.

⁶⁵ Cfr., entre otras, la **Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981 de 2 de febrero, F.J. 4º; 76/1988 de 26 de abril, FF.JJ, 4º y 5º; 159/1993 de 6 de mayo, F. J. 6º.**

garantizaría la Disposición Adicional 1ª sería una “*foralidad*” no sólo carente de una existencia supra o preconstitucional⁶⁶, sino necesitada de una actualización que obligatoriamente ha de llevarse a cabo en el marco del Estatuto de Autonomía⁶⁷. Ni siquiera aunque se aceptase que los territorios forales hubiesen sido en alguna ocasión Estados independientes y se hubiesen asociado libremente al Estado español, lo que, como se ha visto, no se corresponde con la configuración constitucional de sus derechos históricos, cabría que éstos variasen su *status* a través de un nuevo pacto político celebrado al margen de los procedimientos de reforma constitucional previstos por el texto de 1978, pues ello presupondría bien la falta de supremacía de la CE de 1978 sobre esos territorios durante sus casi ya veinticinco años de vigencia, o bien la vulneración de unos procedimientos de reforma que obligan también a los entes federados (asociados).

b) La inexistencia de un límite material a la reforma constitucional en la “unidad de la Nación española”

Del otro lado de la argumentación entorno a esta transformación del Estado se encontraría su exclusión del marco de lo constitucionalmente posible, incluso en el caso de que fuese encauzada a través de la reforma constitucional, como consecuencia de la eficacia desplegada por el mandato del art. 2 CE, conforme al cual la descentralización del Estado ha de tener lugar dentro del respeto a la indisoluble unidad de la Nación española. Esta indisolubilidad de la unidad de la Nación española vendría a convertirse en una especie de límite material absoluto a la reforma constitucional que impediría cualquier secesión de parte del territorio nacional y la posterior asociación del Estado independiente nacido de aquélla.

Esta clausura cognitiva del Estado ha de quedar, sin embargo, descartada, y, por ello, también el que el mantenimiento de la unidad de la Nación española represente un límite material absoluto a la reforma constitucional, cuya naturaleza debiera ser, en todo caso, implícita, dada la

⁶⁶ Cfr. **CORCUERA ATIENZA, J.**, “La constitucionalización de los derechos históricos. Fueros y autonomía”, Revista Española de Derecho Constitucional, 1984, Nº 11, pág. 37-38.

⁶⁷ Sobre esto, véase **SOLOZÁBAL ECHAVARRIA, J. J.**, “Problemas constitucionales de la autonomía vasca”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1989, Nº 2, pág. 124.

ausencia de mención expresa al mismo en el Título X dedicado a la reforma constitucional⁶⁸. Nada obsta a que siguiendo el procedimiento de reforma constitucional se altere la unidad normativa de la Constitución (personificada en la Nación) y se desgaje parte del territorio sobre el que tiene vigencia, que pasaría a constituir un simple hecho, cuya nueva relevancia jurídica para el ordenamiento jurídico español dependerá de las correspondientes normas de derecho internacional público y privado. Ninguna interpretación del texto constitucional en clave histórica o teleológica debiera enfrentarse a la interpretación adecuada al cumplimiento por parte de éste de su función de canalización de expectativas desde el medio social hacia el interior del ordenamiento estatal.

El carácter fundamentador que el Art. 2 CE atribuye a la unidad de la Nación española no convierte a esta decisión en la presuposición de una entidad pre- y suprapositiva de la cual derivan su validez la Constitución misma y, con ella, su principio autonómico. La unidad de la Nación española no es, pues, la unidad de una entidad metafísica, cuya existencia se basa en una identidad sustancial (sea cultural, sea económica, racial, etc...), sino en una unidad normativa que halla su expresión en la CE de 1978. Por tanto, su carácter fundamental sólo puede referirse, al igual que sucede con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE), a que la misma preside la existencia del sistema jurídico e impide que, sin su reforma previa, se realicen determinadas formas de estructuración de la creación normativa incompatibles con dicha unidad, como la secesión o la confederación.

No se trata, pues, de si la forma de organizar la existencia de los distintos subordenamientos que se integran en el sistema jurídico presidido por la CE de 1978 es el federalismo, el principio autonómico o una mera descentralización administrativa. Cualquiera de estas fórmulas es en principio posible sin quebrar la unidad de la Nación española, pues en todas ellas la CE de 1978 conservaría su supremacía que es la que otorga unidad a la Nación, siempre que al hacerlo no se disuelva (sobre todo con la federalización) alguno

⁶⁸ Aunque en este sentido se haya manifestado parte de la doctrina. Ver por todos, **ALZAGA VILLAAMIL, O.**, “**La Constitución española de 1978**”, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 970.

de los aspectos que componen esta unidad, como, por ejemplo, el económico⁶⁹ o el personal⁷⁰, en cuyo caso sólo serían nuevamente posibles, previa reforma constitucional. Una reforma que, además, sería necesaria, por otro lado, ya sólo por el mero hecho de alterar el contenido constitucional del principio autonómico.

Ni siquiera se puede utilizar como argumento en favor de dicha precomprensión de la unidad de la Nación, el hecho de que el art. 8 CE, atribuya a las Fuerzas Armadas la "misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional". La distinción entre la función de garantía de la soberanía y la independencia de España, y la función de defensa de su integridad territorial y del ordenamiento constitucional no ponen de relieve la existencia de una unidad metafísica o, por lo menos, metaconstitucional, que haya de ser defendida al margen del propio ordenamiento constitucional. Simplemente se refiere a las funciones que la propia CE atribuye a las Fuerzas Armadas en atención a conceptos cuya determinación corresponde a los niveles normativos infraconstitucionales. Por consiguiente, en qué consista la integridad territorial del Estado español, depende tanto de la Constitución que podría, en vía de reforma constitucional, establecer la secesión de parte del territorio, como de formas jurídicas infraconstitucionales, que podrían, por ejemplo, a través de un tratado internacional prever la incorporación de Gibraltar al territorio nacional.

c) La necesidad de aplicar el procedimiento agravado de reforma para la desmembración

De lo expuesto hasta el momento se deduce que la desmembración del Estado, aunque constitucionalmente posible, debe canalizarse a través del procedimiento de reforma constitucional, y no puede discurrir por cauces espurios como el de un pacto entre unas presuntas entidades histórico-políticas de origen medieval sin entidad representativa democrática. Ahora bien, es preciso, de nuevo, como sucedía con la transformación consistente en la

⁶⁹ Cfr. **STC 1/1982, F. J. 1º**; **STC 177/1990, F. J. 3º**, respecto de la unidad económica como uno de los aspectos de la unidad de la Nación del Art. 2 CE.

⁷⁰ Basado en la nacionalidad española común y única, competencia exclusiva del Estado conforme al Art. 149. 1, 3ª CE.

elaboración de una Constitución europea, preguntarse cuál ha de ser el procedimiento de reforma constitucional por el que debe discurrir la hipotética desmembración de parte del territorio nacional.

Dicho procedimiento está en función de los efectos que la misma tendría sobre el ordenamiento constitucional. En primer término, no cabe duda alguna de que un proceso de autodeterminación conducente a la afirmación de la soberanía como Estado (independencia jurídica) de una parte del territorio nacional conlleva la parcial disolución de la soberanía del Estado español, como consecuencia de la pérdida de supremacía de la CE de 1978 en aquélla. Por ello, lo dicho en su momento respecto de la afectación del art. 9.1 CE que se producía con la disolución de la soberanía estatal en el ordenamiento comunitario europeo, tendría aquí también cierta vigencia. Como consecuencia de la secesión de parte del territorio, se vería alterado el ámbito de vigencia de la proposición normativa del art. 9.1 CE, que presupone (aunque sea indirectamente) un determinado ámbito subjetivo y espacial sobre el que opera la sujeción a la CE de 1978 de todos los poderes públicos y de los ciudadanos.

Pero es que, además, la desmembración de parte de un territorio nacional ya organizado en Comunidades Autónomas, vendría a alterar, en segundo lugar, el contenido de la garantía institucional del Estado autonómico, previsto en el art. 2 CE. No sólo porque la autodeterminación conducente a la desmembración de parte del territorio estatal no se corresponde con la naturaleza del principio estructural de Estado autonómico, cuyo núcleo identificativo ha sido expuesto con anterioridad, como por el hecho de que la misma quebraría la unidad de la Nación española, sustento de esa forma de organización territorial del Estado, en su más puro sentido de unidad normativa del texto constitucional.

De todo lo anterior se desprende que los efectos de dicha transformación afectarían al contenido esencial de disposiciones constitucionales incluidas en el Título Preliminar de la CE de 1978, por lo que deben considerarse sustraídas a la competencia del poder de reforma del Art. 167 CE, y modificables únicamente por el procedimiento agravado de reforma del Art. 168 CE. La determinación, pues, del grado de inmodificabilidad que disfrutaran las decisiones constitucionales en favor del principio autonómico o de la unidad de la Nación

española depende de su configuración por el propio texto constitucional. Y éste ha querido, en su Art. 168, que operen solo como límites materiales de carácter relativo frente al poder simple de reforma del art. 167. No ha querido poner trabas infranqueables a dicha transformación, sino que, muy al contrario, la ha encauzado por un procedimiento en el que se trata de dar la máxima garantía democrática a los derechos de las minorías habitantes en dichos territorios.

En efecto, el art. 168 CE diseña un procedimiento agravado de reforma en el que se concilian de forma peculiar las exigencias democráticas de respeto a las minorías y de autodeterminación de los individuos y los grupos, con las exigencias normativo-funcionales de la soberanía del Estado, tanto del viejo reducido en su ámbito territorial de vigencia, como del nuevo desmembrado. En efecto, de un lado, la iniciativa puede corresponder a los territorios que se quieren secesionar, conforme los arts. 166 y 87.2 CE, a través de las Asambleas Legislativas de las CC.AA. afectadas. Pero, de otro lado, la decisión última es una decisión que, al afectar a intereses comunes y, sobre todo, a los derechos constitucionales de los habitantes de la parte del territorio que se quiere desmembrar, sólo puede corresponder a los órganos del Estado español, tal y como ha sido diseñado por la CE de 1978, por mayorías altamente cualificadas, y no, por consiguiente, sólo a los territorios secesionados. Esta última posibilidad hubiera exigido, muy probablemente, el compromiso jurídico por parte del naciente Estado soberano de respetar los derechos de las minorías opuestas a la secesión que habitasen aquél. Y ello supondría una injerencia en la autorreferencialidad y la positividad del nuevo ordenamiento, difícilmente compatible con su soberanía.

Todo este proceso está plagado de situaciones en las que los órganos intervinientes pueden impulsarlo, ralentizarlo o incluso frenarlos, según cuál sea el *indirizzo político* dominante, al que corresponde valorar también si se dan las condiciones adecuadas, en lo que se refiere al respeto de la libertad, igualdad y pluralismo político de los colectivos humanos llamados a participar en él, como para que la decisión se adopte democráticamente de conformidad con lo previsto en la CE de 1978. Y corresponde al Tribunal Constitucional, en el ámbito de sus competencias como supremo garante de la normatividad de la CE de 1978, enjuiciar la conformidad constitucional de la aplicación realizada por los órganos políticos de aquel procedimiento normativo, en aquellos casos

en que se discuta una cuestión jurídica y no meramente política atinente al desarrollo de dicho proceso y aquella haya sido puesta en tela de juicio.

6) Conclusión

En resumen, se puede decir que la evolución de las formas de creación normativa dentro de lo que hoy conocemos con el término tradicional de Estado no puede ser sometida a trabas o límites insuperables si se quiere que éste siga cumpliendo la función de garantía de expectativas mediante la regulación del uso de la fuerza física en una determinada comunidad humana. Lo que sí cabe, sin embargo, es que el propio ordenamiento jurídico articule los procesos normativos de cambio o transformación en su forma de Estado o en el ámbito de vigencia de sus disposiciones desde el interior del mismo y que lo haga estructurándola de una determinada manera especialmente funcional para la diferenciación social del Estado. Al servicio de tal función están orientadas las normas sobre reforma constitucional, que en un Estado democrático, como el establecido por la CE de 1978, garantizan mediante la agravación procedimental y la participación ciudadana directa en la adopción final de la decisión que en el desarrollo de dichas transformaciones se respeten los derechos de la minoría.

Lo que en ningún caso puede garantizar la CE de 1978, ni ningún otro texto constitucional, es que el resultado de una transformación, como la que representa la elaboración de una Constitución europea o la desmembración de parte del territorio estatal en un nuevo Estado independiente, tenga como resultado un nuevo ordenamiento soberano, dotado de unas características estructurales concretas y predeterminadas por el Estado cuya soberanía se ha disuelto total o parcialmente. Semejante efecto sólo es posible alcanzarlo mediante la introducción de límites materiales a la reforma constitucional que, en último extremo, vendrían a garantizar que no sean posibles determinados cambios poniendo. Pero, con ello, se pone en peligro, como se ha visto, la capacidad del Estado para mantenerse como un sistema social diferenciado de los demás, ante el empuje que pueden tener las expectativas de transformación excluidas que buscarán un canal de garantía al margen del ordenamiento jurídico.

Quizás precisamente porque de forma errónea se contempla al procedimiento de reforma constitucional agravado del art. 168 CE como un mecanismo de clausura cognitiva del sistema, funcionalmente equivalente a los límites materiales a la reforma constitucional, y no como lo que es, un mecanismo de apertura estructural, es por lo que ya se esté en procediendo a realizar alguna de esas transformaciones (especialmente la relativa a la elaboración de una Constitución europea) al margen de los procedimientos de reforma constitucional, como si se tratase de un procedimiento constituyente originario al que es imposible superar determinados límites materiales absolutos a la reforma constitucional. Y ello supone hurtar a la representación democrática y plural de los ciudadanos y a éstos mismos la participación en la decisión acerca de la soberanía de su ordenamiento democrático.