

# ¿PODRÍA SUPRIMIRSE EL SENADO ESPAÑOL MEDIANTE LA TÉCNICA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL? (Una primera aproximación al problema práctico desde las Ciencias Constitucionales)<sup>1</sup> (I)\*

JAVIER RUIPÉREZ ALAMILLO  
*Catedrático de Derecho Constitucional*  
*Universidad de La Coruña*

## SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Consideraciones acerca del concepto de «Cámara de los Estados» en el contexto de la clásica Teoría Constitucional General del Estado Políticamente Descentralizado.
- III. Las tesis que consideran la existencia de la Cámara de representación territorial como el contenido esencial del concepto mismo de Estado Federal, y acerca de sus consecuencias para el ejercicio de la actividad constituyente.
- IV. La concepción de la Cámara de los Estados como un instrumento propio del federalismo, pero ajeno a su manifestación estructural «Estado Políticamente Descentralizado».
- V. Algunas reflexiones sobre la aparición histórica de la Cámara de los centros autónomos de decisión política democrática y legítima, o de la misma como indiscutible manifestación de lo que La Pergola denomina «Residui contrattualistici» en los ordenamientos constitucionales federales
- VI. Conclusiones provisionales: la difícil tarea de conjugar la posible supresión del Senado con la necesaria participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales en el Estado Políticamente Descentralizado.

1 Este trabajo se inscribe en un proyecto de investigación mucho más amplio, como es el que dirigido y coordinado por el Dr. V. A. Wong Meraz (Universidad Autónoma del Estado de México), y con la participación de

## I. INTRODUCCIÓN

De todos es, sin duda, conocido que si ha habido un asunto donde ha existido una absoluta unanimidad en la vida española desde la entrada en vigor del Texto de 1978, éste ha sido el de la afirmación de la falta de adecuación entre la definición del Senado como, según dice el art. 69.1, la «Cámara de representación territorial» y la regulación concreta que, sobre su composición y sus funciones, realizó el Legislador Constituyente de esta segunda Cámara legislativa. Unanimidad que se tradujo en que bien puede afirmarse que ha sido una constante de la actual realidad jurídica y política, práctica y académica, española la aseveración de la necesidad y conveniencia de proceder a operar una transformación substancial del actual Senado para que, al adecuarlo a la caracterización hecha por el art. 69,1, sea posible reconducir este órgano a ese concepto de «Cámara de los Estados» que había sido acuñado por la más clásica Teoría del Estado y de la Constitución como uno de los elementos definidores de esta forma política general que, de acuerdo con La Pergola<sup>2</sup>, podemos denominar de manera indistinta «Estado Federal» o «Estado Políticamente Descentralizado».

En tales circunstancias, lo que acaso pueda extrañar, —y resultará sorprendente para cualquier iuspublicista no español que se preocupe de conocer la dinámica constitucional española—, es el hecho de que existiendo un acuerdo prácticamente unánime, y tanto en el ámbito de la clase política como en el de la académica, sobre la necesidad y conveniencia de proceder a la modificación de la composición y funciones atribuidas al Senado para adecuarlo a una de las manifestaciones estructurales posibles de la figura de la Cámara de los Estados, no haya sido, sin embargo, hasta 1994, —cuando se puso en funcionamiento la «Comisión General de las Comunidades Autónomas», creada mediante la reforma del Reglamento del Senado, y, con ello, se puso de manifiesto su absoluta insuficiencia e incapacidad para dar cumplimiento a las relaciones jurídicas de inordinación inherentes al Estado Políticamente Descentralizado en cuanto que ese sistema integrador único que, como, inspirándose en Publio<sup>3</sup>, había señalado Smend<sup>4</sup>, ha de ser la realidad jurídica y política de la Unión de Derecho Constitucional, caracterizada por ser una

Profesores de Universidades de Alemania, Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos de América, España, Italia, México, Venezuela, Chile y Francia, tiene por objeto el estudio de «La problemática de la reforma constitucional. Análisis y perspectivas. América y Europa», y al que han tenido la amabilidad de invitarme para reflexionar sobre algunos de los problemas que en este sentido se plantean en la España de 1978.

2 Cfr. A. LA PERGOLA, «Italian regionalism: a federal experience?», en A. LA PERGOLA, *Studies in Public Law*, Milán, 1959; «Federalismo y regionalismo: el caso italiano», en G. TRUJILLO (coord.) y otros, *Federalismo y regionalismo*, Madrid, 1979; «Federalismo y Estado Regional. La técnica italiana de las autonomías a la luz del Derecho Comparado», *Revista de Política Comparada*, n.º 10-11 (1984); «La técnica constitucional de la autonomía: aspectos de Derecho Comparado», en J. J. GONZÁLEZ ENCINAR (comp.) y otros, *Autonomía y partidos políticos*, Madrid, 1984.

3 Cfr. A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *El Federalista*, México, 1982, 1.ª ed., 3.ª reimpr.

4 Cfr. R. SMEND, «Constitución y Derecho Constitucional» (1928), en R. Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, 1985.

verdadera unión de ciudadanos, y no, y a diferencia de la *Staatenbund*, de Estados soberanos, sujetos, por ello mismo, del Derecho Internacional Público; y entre otras cosas por cuanto que se puso de manifiesto la muy escasa virtualidad que tiene entre los gobernantes regionales españoles aquel principio de la *Bundestreue* que el propio Smend<sup>5</sup> consideraba el elemento central, nuclear y basilar para la posibilidad misma de la existencia y funcionamiento ordenado de un *Bundesstaat*—, cuando el proyecto de dar satisfacción a este requerimiento se haya presentado ya en términos de la verificación de una reforma constitucional. En efecto, todo el mundo puede constatar que hasta esa fecha, y con muy raras excepciones tanto por parte de los prácticos de la política<sup>6</sup> como por parte de los estudiosos del Derecho del Estado<sup>7</sup>, las propuestas formuladas en este sentido eludían, apelando a los peligros políticos que encerraba la apertura de un proceso de enmienda constitucional para llevar a cabo lo que, en rigor, no era más que un claro supuesto de lo que usualmente se conoce como «reforma técnica»<sup>8</sup>, la posibilidad de que la necesaria transformación del Senado en una auténtica Cámara de representación territorial se llevase a cabo mediante la verificación de una modificación formal del Código Constitucional. Por el contrario, fue el criterio general, y tanto parte de unos como de otros, el de buscar vías alternativas para llevar a cabo esta deseada transformación.

No podemos, como es obvio, detenernos aquí a realizar una exposición exhaustiva y pormenorizada de todas y cada una de las propuestas que fueron realizadas en el período 1978-1994 para tratar de lograr la ansiada conversión del Senado en una verdadera Cámara de representación territorial. Hacerlo supondría exceder, y mucho, los estrechos límites de espacio impuestos por la lógica para este tipo de publicación científica. Ahora bien, lo que no podríamos, ni querríamos por otra parte, dejar de hacer es realizar alguna consideración al respecto de esta práctica.

En este sentido, es menester comenzar indicando que, aunque ello no deje de ser una evidente simplificación, el argumento que subyace en el razonamiento de todos aquellos profesionales universitarios que defendieron la utilización de estas vías alternativas es, de una u otra suerte, el mismo. Y éste termina, en todos ellos, girando en torno a peligros que supondría la apertura de un proceso de revisión a los pocos años de la entrada en vigor de la Constitución. Peligros que se harían, en su opinión, manifiestos en orden a asegurar la real y efectiva, por decirlo con la célebre expresión del trabajo de Hesse<sup>9</sup>, «*Die normative Kraft der Verfassung*», en la medida en que con una tal hipótesis no se haría más que impedir que entre los

5 Cfr. R. SMEND, «Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat» (1916), en R. Smend, *Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlín, 1968

6 Vid. D.S.S. n.º 55 (1 de diciembre de 1987), y D.S.S., n.º 56 (2 de diciembre de 1987).

7 Cfr. R. PUNSET, *El Senado y las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1987; R. CALZADA CONDE, J. RUIPÉREZ ALAMILLO, «El Senado español: ¿Auténtica Cámara de representación territorial?», *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 6 (1988), vol. I.

8 Cfr. F. RUBIO LLORENTE, «Sobre la conveniencia de terminar la Constitución antes de acometer su reforma» (1992), en F. Rubio Llorente, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, 1993.

9 Cfr. K. HESSE, «La fuerza normativa de la Constitución» (1959), en K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, Madrid, 1983.

españoles surgiera tanto un verdadero «sentimiento constitucional»<sup>10</sup>, como una auténtica «*Willem sur Verfassung*» —entendida como el deseo de gobernados y gobernantes de cumplir y hacer cumplir los mandatos consagrados por la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant*—, que son, indiscutiblemente, los requisitos imprescindibles para que los preceptos constitucionales puedan gozar de una positiva eficacia jurídica obligatoria y vinculante. Lo de menos sería detenernos a precisar que tal modo de pensar es claramente tributario de la tesis mantenida por Hesse y Loewenstein sobre las perniciosas consecuencias que tendría la frecuente puesta en marcha de la técnica de la revisión para la consolidación, profundización y desarrollo de cualquier Estado Constitucional. Tesis que, por lo demás, y como, entre otros, han puesto de manifiesto Stern y De Vega<sup>11</sup>, resultan totalmente infundadas, en tanto en cuanto que no es, en realidad, el número de reformas operadas, sino, por el contrario, su contenido material lo que puede hacer mermar la fuerza normativa del Código Constitucional. Lo que queda perfectamente confirmado con sólo tomar en consideración lo que ha sucedido tanto en la actual República Federal de Alemania, como en el marco del Derecho Constitucional mexicano.

Lo que nos interesa es, única y exclusivamente, dejar constancia del cómo justificaban su propuesta todos aquellos Profesores del Derecho del Estado. Y, en este sentido, hemos de decir que particularmente expresivas son las afirmaciones realizadas al respecto por un colectivo de iuspublicistas catalanes<sup>12</sup> en la segunda mitad de la década de 1980. En efecto, su apuesta por la posibilidad de efectuar la transformación del Senado a través de la utilización de vías alternativas a la reforma no puede ser más clara, y, al mismo tiempo, contundente. Así, y de una manera más concreta, afirmaron éstos, en 1988, que proceder a la reforma del Senado a través de la revisión según lo previsto en el art. 167 constituía una operación política harto peligrosa y, por ello mismo, como una hipótesis a descartar toda vez que «Esta vía [la modificación formal de la normativa fundamental] tiene todos los inconvenientes de la reforma de la Constitución». Concepción ésta que, dicho sea con todos los respetos, en modo alguno compartimos. Es más, nos parece, e, insisto, formuló la crítica sin ánimo de proceder a una, en el contexto de una democracia constitucional actuante, totalmente injustificada descalificación hacia los mantenedores de la tesis que ahora nos ocupa, que la misma acaba por traducirse en una práctica en extremo perniciosa para el mantenimiento de la forma política general «Estado Constitucional». Y ello, en la medida en que la utilización de estas vías alternativas propuestas puede terminar generando unas consecuencias diametralmente opuestas a la finalidad perseguida con su formulación. La razón de nuestra crítica no ha de ser muy difícil de comprender. En el fondo, lo que sucede es que asumimos plenamente las observaciones que, en su, seguramente, y como

10 Cfr. P. LUCAS VERDÚ, *El sentimiento constitucional*, Madrid, 1985.

11 Cfr. K. STERN, *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, Madrid, 1987; P. De Vega, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1985.

12 Vid. J. TORNOS MÁS, E. AJA, T. FONT I LLOVET, J. M. PERULLES, E. ALBERTI ROVIRA, *Informe sobre las Autonomías*, Madrid, 1988.

han admitido incluso alguno de sus más enconados detractores, insuperada e insuperable «*La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*», había realizado, desde una óptica general, De Vega sobre el problema que nos ocupa. Esto es, coincidimos con lo afirmado por el Maestro cuando, con la brillantez y rigor que le han sido siempre característicos, escribía que lo que quienes así actuaban parecen olvidar es «que políticamente toda reforma encierre riesgos para el prestigio y la propia eficacia normativa de la ley fundamental, no implica en modo alguno que las reformas hayan de ser sistemáticamente eludidas. La reforma no debe interpretarse como un capricho político sino como una necesidad jurídica. Por ello, la pregunta, [...], sobre cuándo es el momento oportuno para utilizar el procedimiento formal de la reforma, sólo admite una respuesta: la reforma es siempre políticamente conveniente cuando resulta jurídicamente necesaria».

Siendo así, creemos que es tan sólo una la conclusión a la que, actuando desde la más elemental lógica jurídica y política, podría llegar todo aquel jurista no español que trate de comprender lo que ha sucedido en España desde 1978. Y ésta sólo puede ser la de que todos estos intentos de los prácticos de la política y de los estudiosos del Estado, la Política y el Derecho no hacían más que poner de manifiesto la precariedad de la vida democrática española y de la existencia de un muy escaso sentimiento constitucional que, primeramente y como sucede en todos las Comunidades Políticas donde esta circunstancia se verifica, tiende a restringir al máximo la operatividad de la revisión a la que se contempla con recelo, y que, en definitiva, en el plano histórico se había concretado en el hecho de que, al no ser capaz nuestra clase política de entender que, con la técnica de la *Verfassungsänderung* —que en cuanto que, como sentó Arnoult<sup>13</sup>, jamás podría ser utilizada por los poderes constituidos para proceder a la destrucción, en el más puro sentido schmittiano de este término, del documento de gobierno que se pretende modificar, se presenta, en primer término, como un instrumento fundamental para la defensa de la Constitución concreta de que se trate, y, en segundo lugar, pero con una mayor importancia, como, y de acuerdo con mi muy dilecto Maestro<sup>14</sup>, el más efectivo mecanismo de defensa de la democracia constitucional misma—, y como ha escrito el propio Dr. De Vega, «No se trata de que, a través de la reforma, se vulnere la voluntad política del poder constituyente del presente, al cumplir las exigencias del poder soberano del pasado, sino, justamente al contrario, de lo que se trata es de producir por su actuación la integración de la voluntad constituyente (de la Constitución material) en la Constitución formal elaborada en el préterito. Lo que explica que sea en la técnica de la reforma donde terminan por confluír los supuestos políticos y los imperativos jurídicos de lo que, forzosamente, ha de dar

13 Cfr. G. ARNOULT, *De la révision des Constitutions. Établissement et révision des Constitutions françaises. Systèmes de révisions des Constitutions étrangères*, París, 1895.

14 Cfr. P. DE VEGA, «La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la Democracia», [http://www.fundaciongimenezabad.es/imagen/Documentos/2006/20061127\\_epp\\_devega\\_garcia\\_p\\_es\\_o.pdf](http://www.fundaciongimenezabad.es/imagen/Documentos/2006/20061127_epp_devega_garcia_p_es_o.pdf).

cuenta un Derecho constitucional que, consciente de su propio contenido, abarque y considere tanto la realidad política como la realidad jurídico-normativa».

De cualquiera de las maneras, y el debate político y jurídico que se plantea en la España actual parece confirmarlo de manera definitiva, nos encontramos con que todo lo anterior ha provocado una consecuencia a la que, por dramática y trágica que sea, no querríamos dejar de aludir. Nos referimos, de una forma muy concreta, al hecho incontrovertido, de que siguen siendo absolutamente correctas las consideraciones que, formuladas originariamente por las fuerzas políticas que ocupaban las posiciones minoritarias en la Asamblea Nacional, determinaron que el primer Constituyente francés procediera a la constitucionalización del procedimiento a través del cual podría llevarse a cabo la modificación formal del Código Constitucional. Reflexiones que, en último extremo, se concretaban en la idea de que no realizar aquellas revisiones de carácter técnico que fuesen menester, podría incluso deparar, en la medida en que supondría la perpetuación y mantenimiento de todos los errores técnico-jurídicos en que hubiera podido incurrir el *Pouvoir Constituant*, la propia disolución del Cuerpo Político. Nos sumamos, de esta suerte, a la advertencia realizada, hace ya 18 años, por Alzaga<sup>15</sup> en el sentido de abandonar los temores a la técnica de la revisión y, en consecuencia, proceder a una reflexiva, y ciertamente necesaria, reforma de la actual Constitución, mediante la cual, entre otras cosas, se lograría que esta última fuese capaz de seguir cumpliendo con la que, de acuerdo, por ejemplo, con Heller y Hesse, constituye la función primordial de los Textos Constitucionales. Cometido esencial que, en definitiva, no es otro que el de ser capaz de conducir adecuadamente el proceso político democrático en el, en nuestro caso, Estado español.

De igual forma que, por razones de espacio, nos vemos obligados a prescindir del estudio de todos aquellos proyectos, incluidos los que se debían al ingenio de los universitarios y que se planteaban como propuestas meramente académicas, tendentes a transformar el Senado en una auténtica Cámara de los centros autónomos de decisión política democrática y legítima a través de vías normativas alternativas a la utilización del procedimiento de reforma, y ello a pesar de que como, haciéndose eco de lo mantenido al respecto por Jellinek y Carré de Malberg<sup>16</sup>, indicó, en 1992, el Tribunal Constitucional<sup>17</sup> no cabe, en el contexto de un sistema de Constitución rígida, otra posibilidad de modificar el Texto Constitucional que la de verificar lo que Schmitt<sup>18</sup> denominaba «reforma constitucional de la Constitución», es decir, con total, absoluta y escrupulosa observancia del procedimiento establecido para tal fin, nos vemos, asimismo, forzados a no entrar a enjuiciar los

15 Cfr. O. ALZAGA VILLAAMIL, «Entre el santo temor a la reforma de la Constitución de 1978 y la conveniencia de pensar en ella», en E. LAMO DE ESPINOSA Y E. PARDO (eds.) y otros, *Entre dos siglos. Reflexiones sobre la democracia española*, Madrid, 1996, pp.

16 Cfr. G. JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución* (19s06), Madrid, 1991; R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, México, 1948.

17 Cfr. DTC 1/1992, de 1 de julio, F. J. 4.º

18 Cfr. C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (1928), Madrid, 1982.

proyectos de revisión del Senado que se han formulado desde 1994. Que, como nadie puede ignorar, no han sido pocos. Y ello, aún y cuando su análisis puede ser de un grandísimo interés. Nos limitaremos, en consecuencia, a indicar que ha habido alguno de ellos que, en realidad, más que venir a solucionar el problema planteado por la propia redacción original del Código Constitucional, lo que de verdad hacía era venir a complicar, por no decir que a imposibilitar de manera definitiva, la posible adecuación entre la definición constitucional del Senado como «Cámara de representación territorial» y la composición y atribuciones que a la misma deberían corresponder de acuerdo con el aparato conceptual construido por la clásica Teoría del Estado y de la Constitución para explicar la Cámara de los Estados. Tal era el caso, por ejemplo, de aquéllas que proponían que, porque el art. 69.1 habla de Cámara de representación territorial, y no de «Cámara de las Comunidades Autónomas», la reforma debía permitir que formasen, junto a los Senadores provinciales y los autonómicos, parte del Senado los representantes de la Administración Local (Municipios y Diputaciones Provinciales).

Así las cosas, indicaremos que lo que justifica este escrito, y que, al mismo tiempo, permite presentarlo como un trabajo de investigación propio de un área de conocimiento que es, como con total acierto indicó Jellinek<sup>19</sup>, a la vez, y por igual, una Ciencia del Estado y una Ciencia del Derecho del Estado y que, además, se define, como comprendieron tanto el insigne Maestro de Heidelberg como Heller<sup>20</sup>, por tener un carácter eminentemente conceptual y práctico, es el hecho de que reanudado por los prácticos de la política el debate sobre la reforma del Senado, ha entrado en escena una propuesta nueva, y que, en todo caso, nos sitúa ante un escenario completamente nuevo. Nos referimos, de un modo muy concreto, a la propuesta realizada por la Presidenta de la Comunidad Autónoma andaluza que, y esto es lo importante, abre la puerta a la hipótesis de que el objeto de la proyectada revisión no sea el de copiar las fórmulas normativas contenidas en el Texto Constitucional estadounidense, en relación con el llamado «modelo Senado», o en los distintos documentos de gobierno que han regido la vida política alemana desde su constitución, en 1870-1871, en un Estado único, aunque, eso sí, organizado según la técnica del federalismo, en lo que hace al llamado «modelo Consejo». Propuesta que, en la medida en que la Sra. Díaz milita en una organización partidista, el PSOE, que viene defendiendo la conveniencia y perentoria necesidad de llevar a cabo una modificación formal de la Constitución en «un sentido federalista», plantea un muy interesante problema teórico. A saber: si es posible, o no, eliminar la, Cámara de representación territorial, entendida como el órgano legislativo a través del cual los centros autónomos de decisión política democrática y legítima pueden incorporar su voluntad unitaria al proceso de formación de la voluntad

19 Cfr. G. JELLINEK, *Teoría General del Estado* (1900/1905), Buenos Aires, 1981.

20 Cfr. H. HELLER, «Osservazioni sulla problematica attuale della Teoria dello Stato e del Diritto» (1929), *La sovranità ed altri scritti sulla Dottrina del Diritto e dello Stato*, Milán, 1987; *Teoría del Estado* (1934), México, 1983, 1.ª ed., 9.ª reimpr.

unitaria del Estado español en su conjunto, manteniéndose, no obstante, como una de las múltiples manifestaciones estructurales posibles de la forma política «Estado Políticamente Descentralizado» o, si se prefiere, «Estado Federal». Y, en este contexto, lo que a nosotros, en cuanto que estudiosos del Estado, la Política y el Derecho, nos corresponde es tan sólo llevar a cabo esta tarea que, de acuerdo con lo felizmente afirmado por, entre otros, Jellinek, Heller<sup>21</sup>, De Vega y Rubio Llorente, no es ya que, al igual que el resto de los juristas teóricos, constituya una tarea prioritaria del constitucionalista, sino que, además, jamás, por lo menos si es consciente de su propia función social, puede renunciar a realizarla. Esto es, la de facilitar tanto a los prácticos de la política, en cuanto que, según la terminología tradicional, clase gobernante, como a los distintos ciudadanos, en su condición de gobernados pero que, a través de su sufragio, pueden condicionar la evolución del ordenamiento jurídico vigente en el Estado, una comprensión racional y científica del problema que, en último extremo, les sirva para encontrar una solución cabal y ponderada para la resolución del problema al que, en el momento que sea, se enfrenta, y, en este caso, a la problemática de la reforma del Senado.

Interrogante que, como puede ser comprendido fácilmente por todos, carece de sentido, y resulta plenamente irrelevante, para quienes actúan desde el más radical de los normativismos logicistas, y, por ello mismo, acaban haciendo depender la validez y legitimidad de cualquier operación de reforma del mero dato formal de que la misma haya respetado todos los trámites y requisitos establecidos en los preceptos destinados a determinar el cómo puede llevarse a cabo la revisión. E importa señalar que en España son muchos los que aceptan este principio. Los hubo, en efecto, y como denunció De Vega<sup>22</sup>, en el período histórico de la transición política, en donde no pocos iuspublicistas, jugando a desempeñar aquel papel que había asumido Laband durante el Imperio guillermino, y que le valió el calificativo de ser «el jurista del régimen», se esforzaron en demostrar que era indiscutiblemente válido, lícito y legítimo el proceder a la sustitución de todos los presupuestos medulares de la dictadura franquista para dar paso a un régimen de democracia constitucional, siempre y cuando ello se hiciese con respeto al principio de legalidad establecido por las Leyes Fundamentales del Reino, aunque lo mismo supusiese una más que sobresaliente y flagrante vulneración del principio de legitimidad sobre el que descansaba todo el régimen autocrático. Su razonamiento no podía ser más claro. Procediendo a la, siempre peligrosa, conversión del respeto al principio de legalidad en el único y exclusivo criterio para determinar la legitimidad y validez de las operaciones jurídicas, —que, no nos olvidemos, había comenzado a realizarse ya en el siglo XIX por parte de una burguesía conservadora que se veía asfixiada por la propia lógica del Estado Consti-

21 Cfr. H. HELLER, *La soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho estatal y del Derecho internacional* (1927), México, 1995, 2.<sup>a</sup> ed.

22 Cfr. P. DE VEGA, «Tendencias y problemas del constitucionalismo español actual», <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/712/22.pdf>.



tucional (H. Heller, P. De Vega)—, entendieron todos estos juristas a los que nos referimos que tal hipótesis era factible y viable en la medida en que art. 10 de la Ley de Sucesión permitía el que pudieran llevarse a cabo modificaciones formales de la normativa fundamental por la que se debía regirse la vida de la monarquía nacional-catolicista.

Ni que decir tiene que lo anterior, que, de uno u otro modo, ha sido también asumido y santificado por la mayoría del Tribunal Constitucional<sup>23</sup> —en realidad, todos salvo Luis I. Ortega Álvarez, quien, en su voto particular, se muestra partidario de que, en la medida en que el Constituyente había establecido dos vías distintas para la modificación formal del Código Constitucional atendiendo a la materia que se pretendía alterar, el custodio constitucional tenía que haber entrado a enjuiciar el contenido material de la revisión operada por las Cortes Generales, y no haberse quedado tan sólo en el análisis del respeto a las formalidades procedimentales de la misma— en su pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la reforma de 2011, tiene una serie de implicaciones políticas y jurídicas que, por su propia gravedad y efectos perniciosos que tiene para el ordenado, cabal y ponderado funcionamiento del Estado Constitucional democrático y social, no pueden ser silenciados. En este sentido, hemos de indicar que lo que sucede es que todos los juristas que operan desde los esquemas estrictamente formales propios del normativismo logicista lo que, de manera consciente o inconsciente, hacen no es, en rigor, más que aceptar el criterio defendido en 1979 por aquel Schmitt que se esforzaba todavía el justificar científicamente todos los excesos cometidos en este sentido por el régimen nacional-socialista. Y es que, en efecto, a lo que una tal comprensión de la reforma conduce no es, ni más ni menos, que otorgar con carácter general plena validez y legitimidad a cuantos fraudes constitucionales —entendidos, de acuerdo con la definición ofrecida por De Vega, como «la utilización del procedimiento de reforma para, sin romper con el sistema de legalidad se establecido, proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente»— pudieran cometerse a lo largo de la vida de una Comunidad Constitucional estatal, y ello aún y cuando esta técnica, en la medida en que constituye una inequívoca e innegable verificación de lo que la doctrina alemana conoce con el nombre de «*Verfassungsüberschreitung*» (transgresión constitucional), pueda deparar, como sucedió en la Alemania hitleriana, la aniquilación total del régimen político y jurídico creado por la Constitución que se pretende reformar.

Todo lo contrario sucede en el caso de quienes, de acuerdo con los esquemas mentales y conceptuales desde los que actuaron, por ejemplo, Heller, el Schmitt de 1928, Mortati, Hesse, Zagrebelsky, De Vega, Lucas Verdú, Morodo y Andri-

23 Vid. ATC 9/2012, de 13 de enero.

no Hernández<sup>24</sup>, entienden, o, más bien, entendemos<sup>25</sup>, que porque todo Código Constitucional, en cuanto que expresión normativa del conjunto de principios y valores que operaban en el seno de la sociedad en el momento en que fue aprobado, «se identifica [como escribió De Vega] con un régimen político determinado y con una fórmula política que materialmente define, y socialmente legítima, el ordenamiento legal, es claro que cualquier intento de modificación de los valores básicos que componen la fórmula política, a través del mecanismo de la reforma, implicaría no la simple sustitución de unos artículos por otros, sino la creación de un régimen político diferente y el establecimiento de un nuevo sistema constitucional», el legislador de reforma, en cuanto que, aunque facultado para desarrollar la actividad constituyente, poder constituido que es, se encuentra limitado en el contenido de su voluntad tanto desde un punto de vista formal, lo que se concreta en la obligación de respetar el procedimiento establecido para llevar a cabo la modificación formal del Texto, como desde un punto de vista material. De esta suerte, lo que sucede es que, a la hora de revisar válida, lícita y legítimamente la normativa fundamental, el poder de reforma habrá de respetar, necesaria, ineludible y constrictivamente, las materias que integran lo que Hesse denomina «núcleo estable e irreformable de la Constitución», cuya existencia no depende, ni mucho menos, de que el *Pouvoir Constituant* haya establecido alguna cláusula de intangibilidad, sino que, por el contrario, y como advierte mi muy admirado Maestro, el mismo se deriva de la propia eficacia y realidad del dogma político de la soberanía popular. Y, en nuestra opinión, no hace falta realizar un gran esfuerzo intelectual para comprender que la propuesta realizada por la Presidenta andaluza puede ser altamente problemática cuando, desde la perspectiva anterior, se entiende que no le falta la razón a Hesse<sup>26</sup> cuando afirma que en todo ordenamiento constitucional de un Estado Políticamente Descentralizado existe, siempre, y ya sea de forma expresa o de forma implícita, una cláusula de federalidad que se erige en un límite material absoluto para la actuación futura del poder de revisión, y que, además, éste se traduce en una

24 Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padua, 1985, 9.ª ed. reel. y puesta al día, reimpr., t. II; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg-Karlsruhe, 1978, 11.ª ed.; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del Diritto*, Turín, 1984; N. PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, 1976; P. LUCAS VERDÚ, «Teoría jurídica de los cambios constitucionales», en P. LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político. II. La crisis de la Teoría del Estado en la actualidad. Federalismo y Estado Federal. La Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político*, Madrid, 1977, 2.ª ed. rev.; R. MORODO, «Las doctrinas políticas sobre la reforma constitucional», en E. TIERNO GALVÁN y R. MORODO, *Estudios de pensamiento político*, Madrid, 1976; M. ANDRINO HERNÁNDEZ, «Sobre las reformas constitucionales», *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, n.º 10-12 (1956).

25 Cfr., en este sentido, y por todos, R. CALZADA CONDE, *La reforma constitucional y las mutaciones en el ordenamiento constitucional* (Tesis Doctoral, inédita) Salamanca, 1987, vol. 1; J. RUIPÉREZ, *Reforma versus revolución. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*, México, 2014.

26 Cfr. K. HESSE, «Bundesstaatsreform und Grenzen der Verfassungsänderung», *Archiv für öffentliches Rechts.*, Bd. 98 (1973); «Aspekte des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik», en la obra colectiva *Festschrift für Gerhard Müller*, Tübinga, 1970.

auténtica garantía tanto de la forma política territorial Estado Federal considerado en abstracto, como de la manifestación estructural concreta y determinada que de este último consagró, o, al menos, y como sucede en el supuesto de la Constitución de 1978, permitió su materialización, el Poder Constituyente revolucionario de la Comunidad Política estatal de que se trate.

Enfrentados a tan dispares comprensiones, creemos, honradamente, que es tan sólo una la posibilidad que existe para encontrar la solución adecuada al dilema que ocupa nuestra atención en este escrito. Y ésta, en última instancia, es la de atender a los procesos de conceptualización y fundamentación tanto del Estado Constitucional mismo, como de la institución que estudiamos. Lo que significa tener que abordar el problema concreto operando desde el aparato conceptual elaborado a lo largo de la Historia por la Teoría del Estado y de la Constitución para explicar y justificar, o, en su caso, criticar, la existencia misma de la genéricamente denominada «Cámara de los Estados». Así, en todo caso, es como nos proponemos abordar el estudio de la nuevamente planteada por los prácticos de la política posible reforma de la, como se dice en el art. 69.1 de la vigente Constitución, «Cámara de representación territorial».

## II. CONSIDERACIONES ACERCA DEL CONCEPTO DE «CÁMARA DE LOS ESTADOS» EN EL CONTEXTO DE LA CLÁSICA TEORÍA CONSTITUCIONAL GENERAL DEL ESTADO POLÍTICAMENTE DESCENTRALIZADO

De todos los estudiosos de las Ciencias Jurídicas debiera ser conocido que la circunstancia de que todo Estado Federal aparezca dividido en una serie de entes públicos territoriales a los que, no siendo, bajo ningún concepto —y como categóricamente afirmaron autores tan relevantes en el estudio del Derecho, la Política y el Estado como lo fueron Carré, Friedrich y Carpizo<sup>27</sup> y como, en 1981, aceptó nuestro custodio constitucional<sup>28</sup>—, titulares de derechos de soberanía sino tan sólo, y por el contrario, titulares de derechos de autonomía, y, en consecuencia, de un poder jurídico limitado, se les reconoce constitucionalmente tanto su participación en el ejercicio del poder político ordinario del Estado, como una cierta capacidad de autogobierno —que, importa destacarlo, y tanto más por la singular circunstancia de que nuestro Tribunal Constitucional ha mantenido una cambiante y confusa posición<sup>29</sup>, no puede encontrar otro fundamento que el que, como, en abierta polémica con las tesis que, inspirándose en las construcciones del Preuss académico, había mantenido el sindicalismo revolucionario en el período entre gue-

27 Cfr. C. J. FRIEDRICH, *Gobierno Constitucional y Democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, Madrid, 1975, 2 vols.; *El hombre y el Gobierno. Una Teoría empírica de la Política*, Madrid, 1968; *Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique*, Bruselas, 1971. J. CARPIZO, «Sistema federal mexicano», en la obra colectiva *Los sistemas federales del Continente americano*, México, 1972.

28 Cfr. STC 4/1981, de 2 de febrero, Fundamento Jurídico 3.º.

29 Vid. STC 103/2008, de 11 de septiembre, y STC 31/2010, de 28 de junio.

rras, indicó Heller, se deriva de la voluntad soberana del Pueblo que, actuando como *Pouvoir Constituant*, dio origen al ordenamiento jurídico de esa determinada Comunidad Política—, fue algo que no pudo resultar indiferente para los cultivadores de la clásica Teoría del Estado y de la Constitución. En efecto, todos ellos se vieron obligados a tratar de buscar algún elemento diferenciador entre estas colectividades jurídico-políticas particulares, y los demás entes públicos territoriales en que pudiera aparecer dividido el Estado, y a los que igualmente se le reconoce como titulares de lo que suele denominarse «autonomía administrativa» o «autarquía». Y, lógicamente, su esfuerzo se dirigió a intentar justificar, y fundamentar, esa diferencia en términos jurídico-públicos.

No podemos, como es lógico, realizar una exposición exhaustiva y pormenorizada de todas y cada una de las construcciones que realizaron tanto los clásicos de la Teoría del Estado como los de la Teoría del Derecho del Estado para conseguir cifrar, en términos jurídico-públicos, las grandes diferencias existentes entre la naturaleza de las colectividades-miembro de un Estado Políticamente Descentralizado y esos otros entes públicos territoriales, y sobre todo cuando la Comunidad Política se configuraba como un Estado Federal. Lo que nos interesa es sólo dejar constancia de que fue un criterio muy generalizado en la doctrina clásica el de que, porque, como advirtió ya, por ejemplo, Durand<sup>30</sup>, no existe en realidad obstáculo jurídico alguno que impida que estas otras divisiones territoriales del Estado puedan gozar de un nivel de autogobierno igual o, incluso, superior al que pudiera corresponder a una colectividad particular del Estado Federal más descentralizado, las diferencias existentes entre uno y otro tipo de entes públicos territoriales son tan sólo de índole cualitativa, y nunca de carácter cuantitativo. Diferencias cualitativas éstas que, de modo fundamental, se concretarían en las tres siguientes:

1.<sup>a</sup>) La primera, aparecería referida a la naturaleza jurídica que corresponde realmente a estos entes públicos territoriales que se presentan como auténticas colectividades-miembro del Estado Políticamente Descentralizado. En modo alguno está de más, en este punto, indicar que el problema que se nos plantea surge como consecuencia de las especulaciones teóricas realizadas, casi un siglo después de que esta forma de organización territorial del Estado hiciera su entrada en la Historia con la obra de la Convención de Filadelfia, por los cultivadores de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado alemanes, singularmente las debidas a la vieja Escuela Alemana de Derecho Público. Téngase en cuenta, en este sentido, que se vio obligada la Escuela Alemana de Derecho Público a realizar un, tan espectacular como sorprendente, ejercicio de prestidigitación, el cual, conviene señalarlo, sería criticado incluso por quienes, como sucedía con Schmitt<sup>31</sup>, actua-

30 Cfr. Ch. DURAND, *Les États Fédéraux. Étude de Droit Constitutionnel Positif*, París, 1930; «El Estado Federal en el Derecho Positivo», en G. BERGER, J. J. Chevallier y otros, *Federalismo y federalismo europeo*, Madrid, 1965.

31 Cfr. C. Schmitt, «El problema de la soberanía como problema de la forma jurídica y de la decisión», anexo a C. SCHMITT, *El Leviatán en la Teoría del Estado de Tomás Hobbes* (1938), Granada, 2004.

ban desde la lógica inherente a las ideas y el principio monárquico, aunque, eso sí, con otra metodología de estudio del Derecho Constitucional. Ejercicio de prestigiatización que, como puso de relieve Triepel<sup>32</sup>, se tradujo en el intento de afirmar a los miembros de la nueva Unión alemana como unos auténticos Estados, que es lo que demandaban los señores territoriales para aceptar la posición de privilegio y hegemonía de la que iba a gozar el rey de Prusia en el contexto de aquella, procediendo, para ello, a negar que la soberanía fuese un elemento esencial, y en último término definidor, del concepto mismo de Estado. Concepción que, ningún jurista podría, ni debería, ignorarlo, aunque recibió el aplauso de Carré<sup>33</sup>, sería rechazada de un modo muy generalizado. Lo hizo, en efecto, y desde el antiformalismo jurídico democrático, Heller, al considerar que lo que verdaderamente define al Estado es el hecho de configurarse como una unidad de decisión y acción política y jurídica universal para un territorio determinado, lo que, de manera indefectible, lo convierte en un sujeto soberano. Pero lo hizo también, y desde la aceptación de la, por lo demás tan extendida como errónea, identificación de la soberanía del Estado con el principio de la *Kompetenz-Kompetenz*, Le Fur<sup>34</sup>. Éste, en efecto, siguiendo los planteamientos mantenidos al respecto por Borel<sup>35</sup> y Zorn, y oponiéndose a los de los Brie y Rosin<sup>36</sup>, por un lado, y los de Laband<sup>37</sup> y Jellinek, por otro, afirmará que, a diferencia de lo que sucede con los miembros de la Confederación de Estados, las colectividades particulares del Estado Federal no son Estados, y que no lo son, justamente, porque en esta última forma territorial del Estado el ejercicio de la competencia sobre la competencia le corresponde a quienes ocupan las instituciones del gobierno, fundamentalmente, y para este supuesto, el Poder Legislativo, de la organización política central. Y tampoco podría olvidarse el que a esta misma conclusión llegarían también los partidarios del monismo jurídico moderado, como lo eran, *verbi gratia*, Verdross, Kunz y Mouskheli<sup>38</sup>, para quienes sólo la Comunidad Internacional, en cuanto que titular de la *Kompetenz-Kompetenz* más amplia posible, podría ser comprendida como un sujeto verdaderamente soberano.

Ahora bien, es lo cierto que comprendió la doctrina clásica que, precisamente porque las colectividades-miembro se presentan como una unidad de decisión y acción jurídica y política parcial, las mismas no podían quedar equiparadas a esas

32 Cfr. H. TRIEPEL, *Die Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten*, Stuttgart-Berlín, 1938, 2.ª ed.

33 Cfr. R. CARRE DE MALBERG, «La question du caractère étatique des pays allemands et l'article 76 de la Constitution de Weimar», *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, 1924.

34 Cfr. L. LE FUR, *État Fédéral et Confédération d'États* (1896), París, 2000.

35 Cfr. E. BOREL, *Étude sur la souveraineté et l'État fédératif*, Berna, 1886.

36 Cfr. S. BRIE, *Theorie der Staatenverbindungen*, Stuttgart, 1886.; H. ROSIN, „Souveränität, Staat, Gemeinde. Selbstverwaltung«, *Annalen des Deutschen Reiches*, 1883.

37 Cfr. P. LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, París, 1900, t. I.

38 Cfr. A. VERDROSS, *Die Verfassung des Völkerrechtsgemeinschaft*, Viena, 1926; «Le fondement du Droit International», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Le Haye*, 1927, t. I; *Völkerrecht*, Viena, 1964, 5.ª ed. J. L. Kunz, «La primauté de Droit des Gens», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1925; *Die Staatenverbindungen*, Stuttgart, 1929. M. Mouskheli, *Teoría jurídica del Estado Federal*, Madrid, 1931.

otras divisiones territoriales del Estado. Y la respuesta correcta al problema de cuál es la diferencia entre ellas es, en nuestra opinión, a que ofreció Hesse. Para éste, lo que sucede es que las colectividades de un Estado Políticamente Descentralizado se definen, y únicamente pueden definirse, porque, cualquiera que sea su denominación formal, todas ellas aparecen constitucionalmente configuradas como unos centros autónomos de decisión política democrática y legítima.

2.<sup>a</sup>) El segundo gran criterio establecido por la mejor doctrina de la Teoría del Estado y de la Constitución para proceder a la diferenciación entre los miembros del Estado Federal y el resto de los entes públicos territoriales en los que el Estado puede aparecer dividido, se concreta en el muy distinto régimen de garantía jurídica del que disfrutaban uno y otro tipo de división territorial de la Comunidad Política. Problemática que, como nadie debiera ignorar, acaba remitiendo a la concepción friedrichiana del Estado Políticamente Descentralizado como «proceso de federalización», y, de una manera mucho más concreta, a la cuestión de los límites, formales y materiales, del *federalizing process*. Lo cual, y tampoco debiera ser olvidado por los Profesores de Derecho Público, sería, de una u otra suerte, asumido por el Tribunal Constitucional. No otra cosa, en efecto, cabe deducir de lo señalado en el *Fundamento Jurídico* 3.º de la STC 32/1981.

Sea de ello lo que sea, lo que a nosotros nos interesa, y no podríamos dejar de consignar, es el que esta diferencia entre los centros autónomos de decisión política democrática y legítima que integran el Estado Federal y el resto de los entes públicos territoriales en que pudiera aparecer dividido este último por su, como decíamos, un muy distinto régimen de garantía jurídica del que disfrutaban uno y otro, acaba concretándose en un doble problema<sup>39</sup>. En primer lugar, la divergencia se traduce en el muy distinto modo en el que pueden los poderes constituidos del Estado proceder a la modificación o alteración del ámbito competencial que corresponde a uno y otro sujeto jurídico-político de carácter territorial. Ha sido un lugar común en la que, con Hesse, podemos llamar «Teoría Constitucional General del Estado Federal», la afirmación que mientras que el contenido real y efectivo de la llamada «autonomía provincial» se presenta como una materia sobre la que puede, libre pero condicionadamente, disponer el legislador ordinario, el cual, como consecuencia de la operatividad de lo que Schmitt denominó en su día «*institutionellen Garantien*», podrá, por decirlo en los términos de la ya citada STC 32/1981, «disminuir o acrecentar las competencias hoy existentes, pero no eliminarlas por entero, y, lo que es más, el debilitamiento de su contenido sólo puede hacerse con razón suficiente y nunca en daño del principio de autonomía que es uno de los principios estructurales básicos de nuestra Constitución». Todo lo contrario sucede en relación con el ámbito competencial propio de las colectividades-miembro. En este supuesto, y en la medida en que ahora la autonomía de éstas se deriva de la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant*, lo que sucede es que, como criterio general de la Teoría Constitucional General del Estado Federal, aparece el principio de

39 Cfr. J. RUIPÉREZ, *La protección constitucional de la autonomía*, Madrid, 1994.

que la alteración del reparto, territorial y funcional, del poder entre la organización política central y las organizaciones políticas regionales sólo podrá llevarse a cabo a través de la utilización del procedimiento de reforma constitucional, sin la cual, y como, entre otros, ha señalado Träger<sup>40</sup>, carecería incluso de valor la renuncia de los miembros a alguna de sus competencias. Principio que conoce algunas singularidades en el actual Derecho Constitucional español. Peculiaridades que se traducen en que como consecuencia de lo que, sin disputa —y siguiendo las enseñanzas de, p. ej., un Hesse, un Stern, o un De Vega—, se presenta como uno de los mayores errores técnicos en los que, para tratar de mantener el consenso entre las distintas fuerzas políticas, incurrió el Legislador Constituyente: la extensión de la virtualidad del principio dispositivo o de voluntariedad, —cuya constitucionalización en 1931 había recibido los mayores elogios por parte de un Mirkine-Guetzévitch<sup>41</sup> en cuanto que, con ello, en la República española el proceso de institucionalización de la autonomía política de los territorios quedaba subordinada a la eficacia real de los principios democrático y de racionalidad—, a la problemática de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas<sup>42</sup>. Resultado de esto fue que, porque el Constituyente llamó al poder estatuyente para que, de manera individualizada para cada una de las Comunidades Autónomas, concretase, por decirlo con García de Enterría<sup>43</sup>, el régimen constitucional aplicable en cada uno de los nuevos centros autónomos de decisión política democrática y legítima, lo que sucede es que en la realidad jurídica y política española el ejercicio de la *Kompetenz-Kompetenz* puede verificarse tanto a través de la reforma constitucional como, y aunque ello es altamente criticable desde el punto de vista de la corrección constitucional, mediante la revisión de las distintas normas institucionales básicas de las diversas Comunidades Autónomas.

El segundo aspecto en el que esta diferenciación de orden cualitativo entre los miembros y el resto de los entes públicos territoriales en los que puede aparecer dividido el Estado Federal, y que adquiere una singular transcendencia en el actual ordenamiento constitucional español, resulta fácilmente comprensible. De cualquier forma, hemos de indicar que esto fue, de una u otra suerte, también admitido en la ya tantas veces citada STC 32/1981. En efecto, es menester recordar que sentó en ésta el Tribunal Constitucional que si bien es cierto que el legislador ordinario es constitucionalmente competente para determinar el haz de poder que corresponde a las Provincias españolas como contenido de su autonomía, y que, de acuerdo con el art. 141.1, las Cortes Generales, y sólo éstas, pueden, mediante una Ley Orgánica

40 Cfr. E. TRÄGER, «Informe a la VI Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos, 1984», en la obra colectiva *Tribunales Constitucionales y autonomías territoriales*, Madrid, 1985. Cfr., también, J. RUIPÉREZ, «La reforma constitucional en el Estado Federal», *Debate Abierto. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 2 (1990).

41 Cfr. B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Madrid, 1934.

42 Cfr. J. RUIPÉREZ, *División de competencias y forma territorial del Estado*, Madrid, 2012.

43 Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistemas de relaciones», *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102 (1983), vol. I.

específica<sup>44</sup>, proceder a la alteración de los límites geográficos del ente provincial, lo que, sin embargo, nunca podrá hacer el legislador, ya estatal, ya autonómico, y, en este último supuesto, lo mismo da que quien actúe sea el titular del poder legislativo ordinario regional, el poder estatuyente o el poder de reforma estatutaria, es llevar a cabo una normación que venga a eliminar la existencia de la Provincia. Por el contrario, y en tanto en cuanto que se trata de una división territorial del Estado que, *ex art.* 137, tiene carácter necesario, y no potestativo, la posibilidad de suprimir la existencia misma de la Provincia queda configurada, como correctamente ha comprendido el Tribunal Constitucional, como una materia sobre la que, siempre en condiciones de normalidad, sólo podría disponer el poder de reforma constitucional. Todo lo contrario sucede, y no resultaría exagerado afirmar que se trata de un entendimiento unánime entre los cultivadores de la Teoría del Estado y de la Constitución, —de hecho, nos encontramos con que sólo discrepan de esta idea, y que se trate de autores singularmente relevantes, Livingston y McWhinney<sup>45</sup>—, el que la división del Estado Políticamente Descentralizado en una serie de centros autónomos de decisión política democrática y legítima constituye uno de los contenidos medulares del núcleo estable e irreformable de la Constitución.

3.ª) Al tercero, y último de los que vamos a destacar, de los criterios que se han argüido para cifrar la diferencia cualitativa entre las comunidades-miembro y el resto de los entes públicos territoriales en que pudiera aparecer dividido el Estado Políticamente Descentralizado, le otorgó la doctrina clásica una importancia y trascendencia decisiva. Tanto es así que el mismo fue considerado, por ejemplo, por Jellinek, Zorn, Borel, Le Fur, Smend, Mouskheli y, aunque muchas veces, y de modo más que lamentable se ignora, Heller como la única circunstancia que, en realidad, permitiría proceder tanto a la contraposición entre el Estado Federal y el Estado Unitario, como para diferenciar definitivamente la distinta naturaleza que corresponde a los centros autónomos de decisión política democrática y legítima que integran el Estado Políticamente Descentralizado y al resto de las divisiones territoriales de éste. Del mismo modo que fue ya Kelsen quien, entre otros muchos, resaltaría la capital virtualidad de este tercer criterio, al considerar que el mismo constituía, y de manera irrefutable, uno de los principales, si no el principal, instituto de garantía para la propia existencia y subsistencia de las colectividades particulares de la Federación.

Sea de ello lo que sea, lo que interesa es que el enunciado de esta última diferencia cualitativa no pudo ser, y en cualquiera de sus múltiples formulaciones teóricas, más claro. Partió, en efecto, la doctrina de la clásica Teoría del Estado y de la Constitución de la idea de que, porque en toda Unión de Derecho Constitucional el poder se encuentra dividido, funcional y territorialmente, entre la organi-

<sup>44</sup> Vid. STC 99/1986, de 11 de julio, F. J. 9.º.

<sup>45</sup> Cfr. W. S. LIVINGSTON, *Federalism and Constitutional Change*, Oxford, 1956; E. MCWHINNEY, «Modification de la Constitution», en R. BOWIE, C. J. FRIEDRICH, *Études sur le fédéralisme*, Bruselas, 1953, vol. VII.



zación política central y las organizaciones políticas regionales, resultaba obligado el que, como contenido concreto de las relaciones jurídicas de inordinación propias de esta forma territorial de la Comunidad Política estatal, estas últimas debían participar también en el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales del *Bundesstaat* en su conjunto. Lo que, y este fue el criterio generalizado entre los clásicos, sólo podría llevarse a cabo estableciendo algún mecanismo que permitiese el que cada uno de los centros autónomos de decisión política democrática y legítima incorporase su privativa voluntad unitaria al proceso de formación de la voluntad unitaria de la propia Federación.

Nada de extraño tiene, desde la anterior óptica, que fuese un lugar común en la Teoría Constitucional General del Estado Federal la afirmación de que la propia esencia de esta forma de Estado obligaba a los distintos Legisladores Constituyentes que creaban o, al menos, refundaban una Comunidad Política organizada de acuerdo con la técnica del federalismo, y con total y absoluta independencia de que ésta naciese como consecuencia de la progresiva y paulatina centralización de una preexistente *Staatenbund*, —supuesto éste en donde, como señala, p. ej., Perassi<sup>46</sup>, la existencia de una segunda Cámara legislativa dedicada a representar a los ciudadanos en su condición de ciudadanos de los centros autónomos de decisión política democrática y legítima, puede llegar a entenderse como una solución normativa absolutamente lógica—, o si la misma es el fruto de la transformación de un preexistente Estado Unitario, a adoptar un determinado modelo institucional para ésta. Conclusión en la que estaban de acuerdo tanto quienes, como Heller, afirmaban que la organización política central, identificada con el mismo *Bund*, se sitúa, y por la circunstancia de ser en realidad la única unidad de decisión y acción política y jurídica universal, en un nivel superior al de las colectividades-miembro, como por todos aquellos otros que siguiendo la, por lo demás hartó, y positivamente con acierto, criticada, doctrina del Estado Federal de tres miembros formulada por Kelsen y Nawiasky<sup>47</sup> afirman que la organización política central y las organizaciones políticas regionales se encuentran en el mismo nivel.

Surge, de esta suerte, la idea, y que nosotros vamos a expresar aquí en la terminología empleada, inspirándose en las especulaciones de Jellinek, por Carré, de que en todo Estado Políticamente Descentralizado han de ordenarse las instituciones de organización política central desde la distinción entre los «órganos federales sin enlace con los centros autónomos de decisión política democrática y legítima» y los «órganos federales con vinculación con los miembros». Los primeros, en esencia, se definirían por el dato de que los mismos se corresponden con la unidad estatal de la Federación, de suerte tal que bien podríamos decir que son, pura y simplemente, los órganos constitucionales del Estado Federal mismo. Entre éstos, y con una particular importancia para lo que en este trabajo interesa, se encontraría la que Carré denomina

46 Cfr. T. PERASSI, *Confederazioni di Stati e Stato Federale*, Manopello, 1910.

47 Cfr. H. NAWIASKY, *Der Bundesstaats als Rechtsbegriff*, Tubinga, 1920; *Allgemeinen Staatslehre*, Berlín, 1925.

«Cámara federal popular», cuya principal característica es la de que, por más que puedan ser elegidos utilizando como circunscripción electoral el ámbito geográfico de las colectividades particulares, los miembros son elegidos, de acuerdo con lo dispuesto al efecto por la legislación electoral federal, directamente por los ciudadanos en su condición de Cuerpo Electoral del Estado Federal, y que, por esta misma circunstancia, y siguiendo la lógica que se deriva ya de aquella teorización de la democracia representativa realizada, tratando de conciliar las tesis defendidas por Montesquieu y las propugnadas por Rousseau (E. Zweig<sup>48</sup>, H. Heller, P. De Vega, etc.), por el abate Sieyès, representan al Pueblo federal en cuanto que sujeto político único.

Desde la óptica anterior, resulta fácil de comprender cuál es el concepto real de lo que Carré denomina «órganos federales con vinculación con los miembros». Éstos se definirían de manera fundamental porque su misión principal es la de dar cumplimiento a las relaciones jurídicas de inordinación al permitir que los miembros, que son, como señalaría Smend, unos sistemas de integración parciales, se incorporen al *Bundesstaat* mismo, concebido como un sistema integrador único. Ejemplo inequívoco de este tipo de órgano con especial vinculación con los centros autónomos de decisión política democrática y legítima es, y así está reconocido de manera general, la llamada «Cámara de los Estados». La virtualidad de ésta, y esto es particularmente importante, es la de actuar como un mecanismo a través del cual estas últimas incorporan su voluntad unitaria al proceso de formación de la voluntad unitaria de la Federación.

Como ha de ser para todos obvio, no podemos, siquiera sea por razones de espacio, detenernos a realizar un estudio exhaustivo y pormenorizado de los distintos tipos de «Cámara de representación territorial» que se han conocido en el Derecho Constitucional y la Ciencia Política comparados. Los cuales, en última instancia, serán siempre reconducibles a lo que los clásicos cultivadores de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado identificaron con los términos «modelo Senado» y «modelo Consejo». Habrá de bastarnos con realizar una breve exposición de los rasgos más básicos de uno y otro modelo.

En este sentido, comenzaremos señalando que la Cámara de los Estados organizada de acuerdo con el llamado «modelo Senado» hizo su entrada en la Historia, por los motivos que, como veremos, de la mano de A. de Tocqueville<sup>49</sup>, posteriormente, se derivaban de la pugna entre los partidarios de organizar la estructura estatal como un nuevo Estado Unitario y los que pretendían mantener los esquemas del confederantismo, con la obra de los *Founding Fathers* reunidos en Filadelfia. Sus notas caracterizadoras más relevantes son las siguientes: 1.<sup>a</sup>) La de que todos los Estados-miembro han de tener el mismo número de representantes en ella. Exigencia que, como nos enseñan Bryce y Burgess<sup>50</sup>, y no obstante lo apuntado por Wi-

48 Cfr. E. ZWEIG, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht des französischen Revolution*, Tubinga, 1909.

49 Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, París, 1888, 17.<sup>a</sup> ed., 2 tomos.

50 Cfr. J. BRYCE, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, 1988; J. W. BURGESS, *Ciencia Política y Derecho Constitucional Comparado. I. Soberanía y Libertad*, Madrid, 1922.

lloughby<sup>51</sup> —que, en realidad, no es más que la aplicación de la, por lo demás, tan ingeniosa como insostenible doctrina de la revisión en doble grado (P. De Vega, R. Calzada Conde,...)—, terminó, si bien no desde el punto de vista jurídico-formal, pero si, e indiscutiblemente, desde el punto de vista jurídico-político práctico, configurándose en una materia irreformable como consecuencia, directa e inmediata, del hecho de que se hiciera depender del consentimiento de los propios Estados afectados la posibilidad de que el legislador de reforma constitucional pudiese alterar esta igualdad de voto en el Senado; lo que supone, insisto, en la práctica, la exigencia de la unanimidad para llevar a cabo una tal modificación formal del Texto de 1787, siendo así que, por ser impensable que alguna de las comunidades-miembro estuviese dispuesta a situarse en una situación de clara inferioridad respecto de todas las demás, es, justamente, por lo que puede afirmarse la intangibilidad de esta materia, y ello, por la muy sencillísima razón de que, como indicó Esposito<sup>52</sup>, en el terreno de la realidad lo mismo da que el *Pouvoir Constituant* hubiese sancionado una cláusula de intangibilidad que el que hubiese establecido un mecanismo de enmienda procedimentalmente tan complejo que, por esta causa, jamás pudiera ser utilizado. 2.<sup>a</sup>) El modelo Senado se caracterizará por el hecho de que la relación representativa entre los Senadores y los distintos centros autónomos de decisión política democrática y legítima se articula en base a la técnica del llamado «mandato representativo» o «mandato libre», de suerte tal que, en decidida y consecuente coherencia con la lógica inherente a este sistema de representación política parlamentaria, esto se traduce en que, por decirlo con Durand, «los miembros de la Cámara de los Estados no pueden ser revocados, ni sometidos a instrucciones imperativas, por el órgano de nominación». 3.<sup>a</sup>) Por último, hemos de señalar que el sistema de elección de los representantes de las colectividades particulares en este modelo de Cámara de representación territorial no ha conocido una única fórmula. En efecto, lo que el Derecho Constitucional comparado nos enseña es que la designación de estos representantes parlamentarios puede producirse o bien por los órganos propios, principalmente los encargados de ejercer el Poder Legislativo en el nivel regional, de cada uno de los miembros, o bien por el sufragio directo de los ciudadanos actuando, ahora, en su condición de Cuerpo Electoral del ente público territorial federado. Y, parece obligado advertir, que el primero de estos sistemas fue el que operó en los Estados Unidos de América hasta la aprobación, en 1912, de la enmienda XVII, ocurriendo que a partir de esta fecha en Estados Unidos, y por emulación en la mayoría de los ordenamientos constitucionales que habían seguido el ejemplo de lo hecho en la Convención de Filadelfia, la regla más general es la de que los representantes de los centros autónomos de decisión política democrática y

51 Cfr. W. W. WILLOUGHBY, *The Constitutional Law of the United States*, Nueva York, 1910; *Principles of the Constitutional Law of the United States*, Nueva York, 1917.

52 Cfr. C. ESPOSITO, *La validità delle Leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vici degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milán, 1964, reimpr. inalterada de la ed. de 1934.

legítima en el Senado sean elegidos por el sufragio directo del que usualmente se denomina «Pueblo» de los miembros.

Bien distinto es lo que caracteriza al «modelo Consejo». Como ningún profesional universitario de las Ciencias Jurídicas puede ignorar, esta variante es la propia, característica y, con toda probabilidad, privativa del Derecho Constitucional alemán (K. Hesse), el cual hizo su entrada en la Historia con la aprobación del Texto de 1871 y que, aunque manteniéndose en la misma fórmula, recibió una regulación constitucional bien diversa a la primigenia por parte de los Constituyentes de 1919, y por parte de aquel *Parlamentarischer Rat* que, en 1949, y con unas grandísimas singularidades respecto tanto al cómo se desarrolló el proceso de elaboración, discusión y aprobación del documento de gobierno, como en cuanto al quién desempeñó la facultad constituyente misma (H.-P. Schneider<sup>53</sup>), aprobó la todavía vigente *Bonner Grundgesetz*. Lo de menos sería el detenernos a indicar, siguiendo las enseñanzas de Zorn, Jellinek y Hsü Dau-Lin<sup>54</sup>, que, en realidad, este tipo de Cámara de los Estados, creado por la Constitución de 1871, tan sólo adquirió la naturaleza de ser un órgano constitucional permanente, —transformación que, sin embargo, sería negada por Laband y Meyer-Anschütz<sup>55</sup>—, como consecuencia de la modificación no formal de del Texto Constitucional operada por la última convocatoria del *Bundesrath* realizada por el Emperador el 22 de agosto de 1883. De igual manera que tampoco resulta especialmente relevante, a los efectos que aquí importan, detenernos a recordar que, incluso como consecuencia de la antes aludida *Verfassungswanlung*, mantuvo Hesse que el *Bundesrath* no logró nunca alcanzar la importancia que se le atribuía en la propia Constitución, entre otras cosas porque, derivado de manera directa de aquel antiparlamentarismo que informaba el constitucionalismo monárquico, —y sobre el que estaban ahora de acuerdo tanto Stahl y Treitschke como von Bismarck—, el Consejo Federal no paso, como señalan, con acierto, Brie y Le Fur, de ser un mero instrumento de dominación en manos del Emperador.

Lo que nos interesa, en este momento, es poner de manifiesto que, en cualquiera de sus distintas manifestaciones históricas, el unánimemente denominado «modelo Consejo» está fundado en unos principios diametralmente distintos a los que operan en el supuesto del «modelo Senado». En efecto, la discrepancia se manifiesta, en todas y cada una de las notas que definían a este último. Así, nos encontramos, en primer término, con que, frente a la representación igualitaria del modelo anterior, lo característico de la Cámara de los Estados propia del Derecho Constitucional alemán es que la representación de los *Länder* va a ser desigual. En segundo lugar, se diferenciarán también por el hecho de que mientras que en el modelo nacido como consecuencia de la obra de la Convención de Filadelfia la relación repre-

53 Cfr. H. P. SCHNEIDER, «Democracia y constitución. Orígenes de la Ley Fundamental», en H.-P. Schneider, *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991.

54 Cfr. Ph. ZORN, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Berlín-Leipzig, 1880, 1880 (t. I) y 1883 (t. II); Cfr. H. DAU-LIN, *Mutación de la Constitución* (1932), Oñati, 1998.

55 Cfr. G. MEYER, G. ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, Munich-Leipzig, 1917, 2 tomos.

sentativa entre los miembros del Senado y los entes públicos territoriales a los que éstos representan se articulaba en base a la técnica del mandato libre, los miembros del *Bundesrat* guillermino, los del *Reichsrat* weimariano y los del actual *Bundesrat*, se encuentran vinculados a sus representantes mediante el mandato imperativo. Y no está de más indicar, con, *v. gr.*, Le Fur, Bühler, Stein y Pérez Serrano<sup>56</sup>, que, para lograr que lo anterior tuviese una auténtica y real eficacia, quienes ejercieron una facultad constituyente en 1871, en 1919 y en 1949 establecieron que para que las votaciones sean válidas en este órgano es menester que todos los votos que le corresponden a cada *Land* sean emitidos en la misma dirección, anulándose, además, los votos de los *Länder* donde se haya producido esta hipotética discrepancia. Por último, también se diferenciarán el Senado y el Consejo Federal en cuanto al sujeto que designa a los representantes. Téngase en cuenta que lo que define en este punto al Consejo Federal es el que sus miembros son designados por los Gobiernos de los *Länder*. Como a nadie puede ocultársele, la circunstancia de que esto sea así y que, en consecuencia, los representantes regionales se presenten, como ya afirmó contundentemente Laband, como auténticos mandatarios o, incluso, como una suerte de representantes diplomáticos de los órganos regionales mandantes, dio origen a una muy rica, y constante, polémica doctrinal sobre la propia naturaleza jurídica de esta segunda Cámara. Esto es, de lo que se trataría, y nosotros, por razones de espacio, nos vamos a limitar tan sólo a señalarlo, es de decidir si el Consejo Federal, aunque ejerce la función legislativa de la Federación junto con la Cámara federal popular es realmente, y como, entre otros, sostuvieron Brie, Bühler y Barthélemy<sup>57</sup>, un órgano parlamentario, o si, por el contrario, y como defendieron Laband y Schmitt, jamás podría mantenerse que aquél formase parte verdaderamente del Parlamento alemán.

De lo hasta aquí dicho, bien podemos deducir los caracteres distintivos que, con carácter general, han predicado desde la Teoría Constitucional General del Estado Federal de esta Cámara de los Estados, y que, por lo demás, son comunes a los dos modelos en los que este órgano se ha materializado en las distintas Constituciones federales. El primero de ellos, se concreta en la afirmación de que el sistema es tanto más federal cuanto que la Constitución establezca los mismos, o similares, poderes a la Cámara de los Estados y a la Cámara federal popular. Importa señalar que aunque fue este el criterio general entre los tratadistas de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado, es lo cierto que el sistema del «bicameralismo perfecto» no ha tenido una existencia real generalizada en el marco del Derecho Constitucional comparado. De hecho, bien podríamos afirmar que este sistema únicamente existe, y acaba de anunciarse su posible reforma para soslayar los graves problemas operativos que el mismo plantea para el ordenado funciona-

56 Cfr. O. BÜHLER, «Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos» (1922/1929), en el vol. *La Constitución de Weimar. La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, Madrid, 2010; E. STEIN, *Derecho Político*, Madrid, 1973; N. PÉREZ SERRANO, «Tres lecciones sobre la Ley Fundamental de Bonn» (1951), en N. Pérez Serrano, *Escritos de Derecho Político*, Madrid, 1984, vol. II.

57 Cfr. J. BARTHELEMY, P. DUEZ, *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1933, nueva ed.

miento del sistema de gobierno parlamentario, en la República italiana. En efecto, ningún profesional de las Ciencias Jurídicas puede desconocer que las dos Cámaras legislativas italianas tienen idénticos poderes de decisión y, además, en todos los aspectos. Pero, al mismo tiempo, nadie puede, ni debiera, ignorar que si bien es incontestable y verdadero que el Senado italiano se elige sobre la base regional, es lo cierto, sin embargo, que en modo alguno podría comprenderse que los Senadores italianos tienen como misión la de incorporar la voluntad unitaria de los centros autónomos de decisión política democrática y legítima por los que fueron elegidos al proceso de formación de la voluntad unitaria de la propia República italiana. Aceptar lo correcto de esta última afirmación no puede ser, en verdad, muy difícil de lograr. Basta, en este sentido, para ello tomar en consideración que la deliberadamente confusa y ambigua redacción del art. 57 de la Constitución italiana de 1947, y que se mantuvo en la legislación ordinaria de desarrollo de la misma, contenida en la Ley de 6 de febrero de 1948 y que fue modificada por la de 27 de febrero de 1958, tan sólo puede ser interpretada, tal y como, entre otros, puso de manifiesto T. Martines<sup>58</sup>, en el sentido de que lo que el *Pouvoir Constituant* consagró fue el que, a los efectos de la elección del Parlamento italiano, y de un modo mucho más preciso para la de los Senadores, «las regiones constituyen la mayor circunscripción en cuyo ámbito se desarrollan las operaciones electorales». Desde esa perspectiva, evidente resulta, e indiscutible para todos debiera ser, la imposibilidad de equiparar, no sólo desde el punto de vista conceptual, sino también desde el punto de vista de la política legislativa práctica, el Senado italiano con una auténtica Cámara de los Estados. Y ello, siquiera sea por el hecho de que en la elección de los integrantes de esta segunda Cámara legislativa las Regiones Autónomas actúan tan sólo como meras circunscripciones electorales para la celebración de unos comicios en los que los ciudadanos participan no, y como se predica del Senado estadounidense, en su cualidad de Cuerpo Electoral regional, sino, por el contrario, en cuanto que Cuerpo Electoral de la República italiana en su conjunto. Siendo así, bien puede darse, en nuestra opinión, la razón a Rescigno<sup>59</sup> cuando señala que, en realidad, la razón de fondo por la que el Constituyente italiano de 1947 optó por consagrar el bicameralismo en modo alguno puede vincularse a su deseo de proceder a transformar, siguiendo de algún modo el ejemplo de hecho en la Constitución de la segunda República española, al menos en la interpretación que de ésta había hecho, en 1933, Ambrossini<sup>60</sup>, el otrora unitario Estado italiano en una de las múltiples manifestaciones estructurales posibles del Estado Federal o Estado Políticamente Descentralizado, sino, por el contrario, como reflejo de ese proverbial recelo por parte de la burguesía conservadora hacia la fórmula del unicameralismo propugnada por la burguesía progresista y que, en último término, trataron de justificar siempre como

58 Cfr. T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milán, 1986, 4.º ed., rev. y puesta al día.

59 Cfr. G. U. RESCIGNO, *Corso di Diritto Pubblico*, Bologna, 1989, 2.ª ed.

60 Cfr. G. AMBROSSINI, «Un tipo intermedio di Stato tra l'unitario e il federale caratterizzato dall'autonomia regionale», *Rivista di Diritto Pubblico*, 1933.

consecuencia de los excesos cometidos durante el llamado «Terror» en el marco de la Revolución Francesa por parte de, en rigor, no del jacobinismo radical burgués revolucionario de izquierdas (Robespierre, Saint-Just, etc.), sino por parte de los miembros del Gobierno revolucionario que posteriormente pudieron ser definidos como los «thermidoriananos».

El segundo de los criterios consignado por la clásica Teoría Constitucional General del Estado Federal como inequívocamente definidor de la «Cámara de representación territorial» se concreta, por su parte, en la idea de que la elección de los miembros de este órgano ha de realizarse, respetando, naturalmente, las disposiciones generales dictadas por el Poder Constituyente federal en esta materia, de acuerdo con lo normado, bien sea en su privativa norma institucional básica, bien sea mediante una norma correspondiente al Derecho ordinario, por las propias organizaciones políticas regionales. Exigencia ésta que, como muy bien comprendió, y afirmó, nuestro Tribunal Constitucional<sup>61</sup>, se interpreta, justifica y explica desde la idea de que el que los sean quienes regulen el modo de elección de sus representantes para participar en el proceso de formación de la voluntad unitaria de la propia Federación es, se diría, y de forma prácticamente unánime, uno de los contenidos concretos y fundamentales de la capacidad de autogobierno mismo de los centros autónomos de decisión política democrática y legítima. Y debemos, en todo caso, indicar que esta nota encontró, sin duda, su máxima expresión en el art. 80 de la Constitución suiza de 29 de mayo de 1874, conforme al cual cada Cantón determinaba libremente no sólo el modo de elección de sus representantes en el «*Conseil des États*» o «*Ständerat*», sino también la composición del cuerpo electoral que habría de designar a éstos, y la duración de su mandato, pudiendo decidir la colectividad particular si éste coincidía con la duración del mandato del Poder Legislativo federal determinado por el Texto Constitucional, o si la duración del mandato de los representantes en el Consejo de los Estados se hacía coincidir con el del Parlamento de cada uno de los Cantones.

El tercero de los elementos caracterizadores básicos de la Cámara de los Estados consignados por la doctrina clásica, no ha de ser muy difícil de descubrir. Como tampoco debiera serlo llegar a compartirlo. Lo será, de cualquiera de las maneras, para todos aquellos juristas que tomen en consideración la función central, basilar, esencial, medular y, bien podríamos afirmar, exclusiva, que la Teoría Constitucional General del Estado Políticamente Descentralizado ha atribuido, de forma prácticamente unánime, a esta Cámara de representación territorial. Recuérdese, en este sentido, que fue el criterio general entre los autores clásicos el conceptualizar a esta última como un órgano federal a través del cual los distintos centros autónomos de decisión política democrática y legítima, concebidos, al menos a los efectos que aquí interesan, como unos sujetos distintos y, en cierto modo, contrapuestos, a la organización política central, se integran, de uno u otro modo, en esta última para llevar a cabo el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales del Estado

61 Cfr. STC 40/1981, de 18 de diciembre, F. J. 1.º.

Políticamente Descentralizado en su conjunto, que es, en definitiva, lo que tratan de hacer real la relaciones jurídicas de inordinación propias de esta forma territorial del Estado. De esta suerte, y desde esta perspectiva, obligado resulta, entendemos, dar la razón a Mouskheli cuando, en su escrito «*Teoría jurídica del Estado Federal*», afirmaba que la nota basilar y definitivamente conceptualizadora de este tipo de órganos federales es la de que, en ellos, únicamente deben actuar los representantes de las colectividades particulares del Estado Políticamente Descentralizado.

Por último, hemos de señalar, o, más bien, recordar, que establecieron los autores de la clásica Teoría del Estado y de la Constitución un cuarto factor definidor para atribuir a esa segunda Cámara parlamentaria, encargada de proceder, junto con la Cámara Federal popular, a la formación de la voluntad unitaria de la Federación, la naturaleza de ser una auténtica Cámara de los Estados. Criterio este último que se refiere a las funciones que aquélla debía cumplir para lograr dar una cumplida realización a su propia esencia. E importa señalar que, aunque esto es así, es lo cierto que el mismo sólo resulta cabal y ponderadamente comprensible cuando este último elemento caracterizador se pone en relación con los tres anteriores. Sea de ello lo que sea, lo que nos interesa es poner de manifiesto que fue un principio extensamente presente en la conciencia colectiva de los juristas clásicos que se dedicaban al estudio de la rama central, y principal, de las Ciencias del Derecho del Estado el de entender, y de manera correcta, que para que la segunda Cámara del Parlamento de un Estado Políticamente Descentralizado pueda ser tenida por una verdadera y real Cámara de representación territorial, es menester, y, además, de manera absolutamente ineludible, el que la misma, cuyos integrantes son elegidos en el marco geográfico de cada uno de los centros autónomos de decisión política democrática y legítima, y que, como ya quedó señalado, debería tener los mismos, o al menos similares, poderes que los que el Código Constitucional atribuye a la Cámara legislativa en la que, de acuerdo con la lógica de la democracia representativa en régimen de mandato libre que, en última instancia, define el propio Estado Constitucional, estaría representado todo el Pueblo Federal en cuanto que Cuerpo Político único, la misma no aparezca constitucionalmente configurada como, por ejemplo, aquella «*Staatenhaus*» diseñada, coincidiendo, de una u otra suerte, con el criterio expresado al respecto por Max Weber, en el segundo Proyecto de Constitución de la República alemana por Preuss, y que, como nos dice W. Jellinek<sup>62</sup>, se caracterizaba por presentarse realmente, y en cuanto a sus funciones, como una segunda «*Volksbaus*», aunque, eso sí, elegidos sus miembros no directamente por el Cuerpo Electoral de cada uno de las comunidades-miembro, sino, por el contrario, por los respectivos *Landtagen*. Y no es muy difícil de comprender que esto último es, justamente, lo que determina el que, en rigor, el Senado italiano no pueda ser reconducido al concepto clásico de Cámara de los Estados. De igual manera que tampoco debiera ser difícil de entender que esto último, y en muy buena medida

62 Cfr. W. JELLINEK, «El proceso de elaboración de la Constitución de Weimar» (1930), en el vol. *La Constitución de Weimar. La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, Madrid, 2010.



como consecuencia del fenómeno partidista, es lo que acaba sucediendo en el actual Derecho Constitucional español en relación con los «Senadores autonómicos» a los que se refiere el art. 69.5 del Texto de 1978.

No hace falta ser muy perspicaz para comprender que aunque estos cuatro criterios definidores de la Cámara de representación territorial fueron admitidos, de manera prácticamente unánime, por los tratadistas clásicos que se preocuparon de esta forma territorial del Estado, existieron, empero, grandes diferencias entre ellos en cuanto a cuál de todas las soluciones normativas adoptadas por los distintos Poderes Constituyentes federales otorgaba, en el terreno de la realidad y no en el de las grandes proclamas jurídico-formales, una más adecuada respuesta para que las diversas Cámaras de los Estados desempeñarán el papel que, tanto desde la perspectiva jurídico-formal como desde la óptica político-jurídico material, les correspondía para dar cabal cumplimiento a las relaciones jurídicas de inordinación. Varias son, a este respecto, las observaciones que se han hecho al respecto por parte de los clásicos. Circunstancia ésta que, en definitiva, no hace sino dar la razón a La Pergola cuando señalaba que existirían grandes y substanciales diferencias en la doctrina no sólo en relación a cuáles son realmente los caracteres estructurales básicos que definen al Estado Políticamente Descentralizado, en cualquiera de sus manifestaciones estructurales concretas posibles, sino también, y con igual discrepancia, en cuanto a cómo deben ser constitucionalizados estos supuestos caracteres estructurales básicos del Estado Federal.

Como es lógico, no podemos realizar un estudio y una exposición pormenorizados de todas y cada una de estas observaciones, así como de su significado real. En efecto, razones de espacio nos obligan, por el contrario, a limitarnos a dejar constancia de la existencia de todas estas discrepancias.

Conocido ya el concepto de «Cámara de los Estados» elaborado por los tratadistas de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado a la hora de tratar de formular una Teoría Constitucional del Estado Federal general o abstracto, así como los rasgos principales de los dos grandes modelos que operan en el Derecho Constitucional comparado y, al mismo tiempo, las dudas que los diferentes sistemas generaron a los estudiosos, clásicos y contemporáneos, de las Ciencias Constitucionales, es cuando, en realidad, y por haber atendido a los procesos de conceptualización y fundamentación de la propia institución objeto de nuestra atención, empezamos ya a estar en condiciones de intentar encontrar una respuesta adecuada al interrogante que, planteado en la práctica política por la Presidenta de la Comunidad Autónoma andaluza, da origen a este escrito. E importa, de cualquier modo, advertir que la solución a nuestro interrogante no es, y en manera alguna, sencilla.

Que ello sea así, no ha de ser muy difícil de comprender. La dificultad, en último extremo, se deriva del hecho de que son muy diferentes las opiniones que han mantenido los diversos *Staatsrechtslehrer* no sólo en cuanto a la posibilidad misma de la eliminación o supresión de la Cámara de representación territorial, sino también, y con el mismo nivel de discrepancia, en cuanto a la importancia real que juega este

tipo de órganos en el sistema constitucional de las distintas Comunidades Políticas estatales organizada según la técnica del federalismo.

Importa señalar, a este respecto, que si es cierto que forma parte de la conciencia colectiva de los constitucionalistas la idea de que, de forma necesaria e ineludible, todo Código Constitucional que pretenda regular la vida de un Estado Políticamente Descentralizado ha de establecer una serie de mecanismos que permitan la participación de los centros autónomos de decisión política democrática y legítima en el proceso de formación de la voluntad unitaria de la Federación en su conjunto, es asimismo verdad que semejante consenso no existe, empero, en cuanto a la determinación de cuál sería la vía más apropiada para articular esta necesaria integración de las comunidades-miembro en la vida política y jurídica del Estado Federal en su conjunto. Lejos de existir un real consenso generalizado en esta materia, con lo que nos encontramos es con una muy profunda divergencia entre las múltiples tesis doctrinales que desde que esta forma política hizo su entrada en la Historia, se han ido formulando. De esta suerte, ocurre que para no pocos constitucionalistas y politólogos la existencia de la Cámara de los Estados no es ya que sea carácter estructural básico de ésta concreta manifestación estructural del Estado Constitucional, sino que, además, la entenderán como el único elemento basilar, medular, central y esencial para la atribución de una verdadera naturaleza federal a una determinada y concreta estructura jurídico-política territorial estatal, de suerte tal que la misma se presentaría, como veremos, como una materia indisponible naturalmente para el poder de revisión constitucional, pero también, y esto es lo verdaderamente importante, para el propio *Pouvoir Constituant*. Pero, si esto es así, ningún práctico de la política ni, todavía con menos motivo, ningún profesional dedicado al estudio científico de las Ciencias Jurídicas, puede desconocer, ni obviar, el hecho de que fueron también muchos los estudiosos del Estado, el Derecho y la Política que mantuvieron que la Cámara de representación territorial no es más que, por utilizar la terminología marxiana, un elemento superestructural que, por ello mismo, en realidad ni añade ni resta federalidad a una determinada República que quiera configurarse como un verdadero Estado Federal, siendo así que consagración constitucional resulta, en rigor, irrelevante.

En tales circunstancias, evidente debiera ser para todos que si aceptamos que resulta una cuestión axiomática, indiscutida e indiscutible el que al constitucionalista teórico, como cultivador de una parcela del Derecho que se define por ser al mismo tiempo, y por igual, una ciencia conceptual y una ciencia práctica, le corresponde la irrenunciable tarea tanto de contribuir a la mejora de la situación jurídica reinante en un momento histórico determinado de la vida de la Comunidad Política donde actúa, como la de tratar de contribuir a la correcta y adecuada evolución de esa realidad jurídica y política que él no crea, pero que ha de hacerla comprensible en términos jurídico-públicos y participando en su dinámica evolutiva, la única manera posible de facilitar a los verdaderos artífices de la realidad constitucional, es decir, a los operadores jurídicos y políticos que actúan, en nuestro caso, en el Estado español, y ya lo hagan en el marco de la organización política

central o en el de las distintas organizaciones políticas regionales, la adopción de la solución definitiva al interrogante suscitado, desde la propia práctica política, por la Presidenta andaluza, es la de exponer, lo más claramente posible, aunque de manera sintética, las razones jurídicas y políticas que subyacen en cada una de las posturas antes citadas, así como las consecuencias que de ellas se derivan. En efecto, será sólo atendiendo, una vez más, a los procesos de conceptualización y fundamentación de la institución objeto de nuestra atención como, en último extremo, pueda responderse de una manera cabal y ponderada al problema de si esa anunciada, y, de una u otra suerte, deseada, reforma de la Constitución de 27 de diciembre de 1978 en un sentido «federalizador» o «federalizante» podría, o no, no sólo el proceder a configurar el Senado español de una manera bien diversa a como originariamente lo diseñó el Legislador Constituyente de 1977-1978, sino decretar la eliminación o supresión de esta Cámara parlamentaria. De cualquiera de las maneras, así es como vamos a actuar.

### III. LAS TESIS QUE CONSIDERAN LA EXISTENCIA DE LA CÁMARA DE REPRESENTACIÓN TERRITORIAL COMO EL CONTENIDO ESENCIAL DEL CONCEPTO MISMO DE ESTADO FEDERAL, Y ACERCA DE SUS CONSECUENCIAS PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD CONSTITUYENTE

Decíamos que, en efecto, son muchísimos los cultivadores de las Ciencias del Estado y de las Ciencias del Derecho del Estado que han afirmado la consagración de la Cámara de los Estados no sólo como uno de esos caracteres estructurales básicos a los que se refería Wheare como factores necesarios, junto con el principio de autonomía, para que pudiera atribuirse la naturaleza federal a una determinada estructura estatal, sino, por el contrario, como el único de entre éstos que le corresponde la incuestionable virtualidad de convertirse en el solo elemento auténticamente definidor de la forma política general «Estado Federal». Lo que se defenderá desde la consideración de que es la existencia de este órgano federal con especial vinculación con los miembros lo que, en rigor, permite proceder a la diferenciación tanto al Estado Políticamente Descentralizado, en cuanto que «Unión de Derecho Constitucional», del Estado Unitario, como los a centros autónomos de decisión política que integran la Federación de otros entes públicos territoriales en los que pudiera estar dividida la Comunidad Política estatal.

No hace falta perder mucho tiempo en aclarar que lo que subyace en la construcción de todos estos *Staatsrechtslehrer* es la comprensión de que, como afirmó Hesse, la existencia de esta segunda Cámara legislativa se deriva, en cuanto que presupone la subsistencia de los entes político-territoriales como centros autónomos de decisión política democrática y legítima, de la finalidad material y de las funciones del federalismo. Del mismo modo, tampoco es menester extenderse demasiado en advertir que una tal concepción ha sido mantenida, de una manera muy

firme, por aquellos autores, —entre los que, a título de ejemplo, podemos recordar a Brie, Haenel, Laband, Rosin y Jellinek—, que afirmaron, desde la antidemocrática idea del *foedus*, o como también hace, por ejemplo, Smend definiendo que la creación de, por decirlo en la expresión acuñada por Louis Le Fur, un «*État composé*» no supone, pese a tratarse de un Cuerpo Político único en el que, al modo descrito por Althusius, los preexistentes Estados particulares se integran y, de una u otra suerte, se disuelven, que las comunidades-miembro pierdan la naturaleza jurídica de ser unos auténticos Estados. Pero también, la existencia obligatoria de la Cámara de los Estados federales ha sido defendida por aquéllos que, por entender, desde las más diversas concepciones y posicionamiento respecto de la misma, que la soberanía es un elemento esencial para la definición misma de la forma política «Estado», niegan la cualidad estatal a los centros autónomos de decisión política democrática y legítima. Pasando, inevitablemente, por aquellos autores que como sucede con Hesse, y en relación concreta con la vida constitucional del Estado alemán desde su fundación a 1962, entienden que si en el marco de la Constitución guillermina era todavía posible el plantearse, y aceptar como correcta, la posibilidad de atribuir a los *Länder* la naturaleza jurídica de ser unos auténticos Estados, tal hipótesis resulta ya claramente inviable en el «tiempo» y el «espacio» determinado por la aprobación de la *Bonner Grundgesetz*.

Como, en último término, tampoco resulta especialmente relevante el recordar que esto último se ha hecho por parte de los autores clásicos y de los autores contemporáneos desde los más diversos puntos de vista. Aunque, dadas las singulares circunstancias por las que atraviesa hoy la España de 1978, acaso no esté de más realizar alguna aclaración sobre este particular. Y, en este sentido, señalaremos que en la Teoría del Estado y de la Constitución jugó un papel decisivo para la negación de la naturaleza estatal a las colectividades particulares del Estado Federal, nadie debiera ignorarlo, ni siquiera aquéllos que, siguiendo los planteamientos de Preuss y Kelsen, propugnan la eliminación del concepto de soberanía. Y tampoco debería olvidarse que fue un lugar común entre los clásicos *Staatsrechtslehrer* el construir sus distintas teorías desde la apelación al principio de la competencia sobre la competencia, identificando éste, aunque de manera errónea (C. Schmitt), con la titularidad de la soberanía estatal. Desde esta perspectiva, importa señalar que aunque la conclusión es la misma, resulta, empero, bien diferente el modo en que se afirma el carácter no estatal de los centros autónomos de decisión política democrática y legítima según que se atribuya la *Kompetenz-Kompetenz* a la Comunidad Política estatal o a la Comunidad Internacional. Problemática esta es la que, creemos, resulta oportuno detenerse en tanto en cuanto que el hacerlo facilitará la comprensión de cuál ha de ser la solución correcta a la cuestión de si sería, o no, posible suprimir el actual Senado español.

El primero de estos supuestos, sería el defendido, entre otros, por Borel, Le Fur y Carré. En las obras de éstos, en efecto, va a defenderse que la gran diferencia que existe entre las dos manifestaciones históricas del federalismo se encuentra en la determinación de cuál de las dos instancias de decisión política que integran la

organización federal, y que puede materializarse tanto en la más perfecta de las Uniones de Derecho Internacional, es decir, la *Staatenbund*, como en una Unión de Derecho Constitucional o, si se prefiere, el *Bundesstaat*, se le atribuye la titularidad de la competencia sobre la competencia, identificada, como decíamos, con la titularidad de la soberanía estatal. De esta suerte, se dirá que si en el caso de la Confederación de Estados, en tanto en cuanto su puesta en marcha, aunque implica, eso sí, la aparición de un nuevo ente político al que, como esta generalmente aceptado (*v. gr.*, Westerkamp<sup>63</sup>, Le Fur, Kunz, Mouskheli y Carré), se le reconoce una cierta personalidad jurídica tanto a nivel internacional como a nivel interno, no supone ni, por un lado, la desaparición de las distintas colectividades particulares, ni, por otro, supone, en contra de la opinión de Meyer<sup>64</sup>, la pérdida de la titularidad del ejercicio de la soberanía por parte de los Estados que integran la Confederación, aunque, como señala Zorn, si conocerán una limitación en el ejercicio de la misma, son, de manera indiscutible, las distintas colectividades estatales particulares quienes únicamente pueden ser concebidas como sujetos soberanos. Lo que, por lo demás, prueban por el hecho de que en toda *Staatenbund* los órganos comunes podrán tan sólo, y como, no conviene olvidarlo, sucede hoy también en el caso de la Unión Europea, ejercitar las competencias que explícitamente, y en el libre ejercicio de la *Kompetenz-Kompetenz*, le sean transferidas o delegadas por las distintas Comunidades Políticas estatales que forman parte de dicha Confederación. Principio éste que la doctrina formulaba teniendo presente, y además muy presente, la solución normativa que a este respecto consagraron los revolucionarios liberal-burgueses estadounidenses en el art. 2.º de los «*Articles of Confederation*», de 1 de marzo de 1781.

Todo lo contrario sucede en el supuesto del *Bundesstaat*. En efecto, ahora la facultad para decidir en última instancia cuál es el efectivo reparto del poder entre la organización política central y las diversas organizaciones políticas regionales corresponde, y por su propia naturaleza, a la Federación la cual ejercerá la competencia sobre la competencia a través de la decisión soberana del *Pouvoir Constituant* en el momento de la fundación de la propia Comunidad Política estatal, o a través de la actuación del poder de reforma constitucional cuando haya de hacerse a lo largo de la vida del Estado Políticamente Descentralizado de que se trate. Debemos hacer constar que si el criterio es común existen, empero, grandes discrepancias en relación a la problemática de a quién debe atribuirse en realidad la titularidad de la *Kompetenz-Kompetenz*. Lo que adquiere su máxima entidad y trascendencia en el momento fundacional del propio Estado Federal. Así, nos encontramos con que mientras que hay autores que entienden que el ejercicio de la competencia sobre la competencia sólo puede corresponder al Pueblo federal en su conjunto, actuando como Constituyente y, en consecuencia, como un sujeto fáctico y político-existencial que ejerce un poder soberano, absoluto e ilimitado en el contenido, material y formal,

63 Cfr. J. B. WESTERKAMP, *Staatenbund und Bundesstat. Untersuchungen über die praxis und das recht der moderne bünde*, Leipzig, 1892.

64 Cfr. G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes*, Leipzig, 1899, 5.º ed.

de su voluntad, defenderá, sin embargo, Le Fur<sup>65</sup> que esta facultad le corresponde ejercitar la las autoridades de la organización política central del Estado Políticamente Descentralizado, con el que, en último extremo, estas últimas se identifican.

La segunda alternativa, responde a los esquemas mentales y conceptuales que fueron puestos en circulación por los defensores del llamado monismo jurídico moderado. De todos ha de ser bien conocido que, siguiendo la estela abierta ya por Stier-Somlo, para quien la soberanía no es más que uno de los contenidos del Derecho Internacional Público mismo, partieron estos autores de la idea de que, en tanto en cuanto le corresponde la *Kompetenz-Kompetenz* más amplia posible, es única y exclusivamente la Comunidad Internacional el único sujeto jurídico-político que puede ser concebido como un verdadero sujeto soberano. E interesa dejar constancia de que la tesis anterior llevará a los mantenedores del monismo jurídico moderado a entender que, como, en 1927, había escrito Verdross, la «soberanía del Estado no es ya un poder supremo, sino la expresión de la competencia conferida directamente por el Derecho de gentes». Y fue, en todo caso, desde esta consideración, como procedieron los defensores del monismo jurídico moderado a establecer una clara y nítida diferenciación entre la Confederación de Estados y el Estado Políticamente Descentralizado. Lo que, en última instancia, hicieron desde la toma en consideración de aquella distinción puesta en circulación por Kunz, conforme a la cual, y atendiendo a si el ejercicio de la competencia sobre la competencia por parte de las autoridades estatales se derivaba, o no, de esa concesión directa por parte de la propia Comunidad Internacional, las diversas estructuras estatales a de clasificarse atendiendo a si el Cuerpo Político concreto de que se trate se configura como un verdadero «*Staat im Sinne der Völkerrechts*» (Estado en el sentido del Derecho Internacional), en cuyo caso ejercerá la competencia sobre la competencia como consecuencia de esa delegación directa por parte del auténtico sujeto soberano, o si, por el contrario, se presenta como un inequívoco «*Staat im Sinne des Staatsrechts*» (Estado en el sentido del Derecho Constitucional), concepto éste que, en opinión del propio Kunz, resultaría aplicable tanto al propio Estado Federal como a los miembros. Desde esta perspectiva, la distinción entre la Confederación y el Estado Federal resulta meridiana. En la primera, inconcuso resulta que son las colectividades, y no la Unión de Derecho Internacional en su conjunto, a quienes les corresponde la naturaleza de ser verdaderos Estados. Por su parte, en el caso del Estado Políticamente Descentralizado la solución es la inversa.

Se deriva, de esta suerte, un fundamental corolario que jamás debiera ser olvidado. Corolario que enlaza con aquella distinción, que, aunque adquiere una grandísima importancia en el plano ideológico, es, sin embargo, y como advirtió La Pergola, totalmente irrelevante desde el punto de vista jurídico y político, establecida según el distinto proceso histórico de formación de los diversos Estados Federales, y que, en última instancia, se concreta en que cuando el Estado Políticamente Descentralizado nace como consecuencia de un progresivo proceso de unificación

65 Cfr. L. LE FUR, «La souveraineté et de Droit», *Revue de Droit Public*, 1908.

y centralización de unos preexistentes Comunidades Políticas estatales que, hasta ese momento, se presentaban como Estados soberanos, independientes y todos ellos sujetos del Derecho Internacional Público, los centros autónomos de decisión política democrática y legítima gozarán de una «autonomía residual», mientras que en el supuesto contrario estos últimos serán titulares de una «autonomía otorgada». Piénsese, en este sentido, que a lo que lleva la construcción del monismo jurídico moderado es a la conclusión de que cuando el Estado Federal nace por la unificación y centralización de una anterior Unión de Derecho Internacional, cada uno de sus miembros disfrutará de su capacidad de autogobierno como una reminiscencia de su antigua condición de «*Staat im Sinne der Völkerrechts*».

El anterior *excursus* resultaba hartamente necesario y conveniente. Desde luego, lo es para situarse en condiciones de obtener una cabal y ponderada comprensión de la problemática que aquí y ahora nos ocupa. Tanto más cuanto que fue un lugar común entre los clásicos el proceder a la justificación de la existencia de la segunda Cámara y de la obligada participación de los miembros en el proceso de formación de la voluntad normativa del Estado Políticamente Descentralizado, justamente, al antiguo *status* de soberano que corresponde a los diversos centros autónomos de decisión política en los que se divide territorialmente el Estado Federal.

Tal es el caso, por ejemplo, de Zorn, Le Fur, Mouskheli y, aunque con alguna singularidad, Smend. Aunque partiendo de las más diversas concepciones sobre la soberanía estatal e, incluso, sobre la verdadera naturaleza jurídica que les corresponde a las comunidades-miembro, todos ellos procedieron, a afirmar la centralidad de la Cámara de representación territorial a la hora de atribuir, o no, la naturaleza federal a una determinada estructura territorial. Medularidad y basilaridad que justificarán desde la afirmación de que es, justamente, la existencia de este órgano la circunstancia que permite tanto diferenciar al Estado Federal del Estado Unitario, como distinguir desde el punto de vista jurídico y político a los miembros del resto de los entes públicos territoriales en los que pudiera aparecer dividido el Estado.

De una manera básica la argumentación ofrecida por todos estos autores es la misma. Y ésta, es la de entender que es gracias a esta segunda Cámara legislativa como las colectividades federadas encuentran una salvaguardia real y efectiva de su existencia y subsistencia política, en tanto en cuanto que se les garantiza una cierta participación en la soberanía de la Federación. Por no extendernos demasiado, nos limitaremos a dejar constancia de la formulación realizada al efecto por Smend. Para éste, constituye un principio incuestionable el que los centros autónomos de decisión política democrática y legítima deben participar tanto en el proceso aprobación de la legislación federal ordinaria, como en el de materialización de la reforma constitucional, en la medida en que es de este modo como los miembros, ahora transformados en unos entes públicos titulares de derechos de autonomía, y no de soberanía, recuperan algo de aquél poder soberano al que renunciaron al crear el propio *Bundesstaat*.

No es preciso ser muy perspicaz para darse cuenta que dicha construcción resulta, en realidad, muy poco satisfactoria. Desde luego, no lo es para lograr demostrar

que la existencia de la Cámara de representación territorial, así como la obligatoriedad de que en ella estén representados no los ciudadanos, sino las colectividades jurídico-políticas particulares, constituye un inequívoco carácter estructural básico del Estado Federal. Y mucho menos para probar que ésta es el elemento central, nuclear, basilar, fundamental del mismo, sin el cual habría de considerarse a la estructura político territorial estatal descentralizada de que se trate como un mero Estado Unitario descentralizado, en el que los entes públicos territoriales pueden gozar de un cierto nivel de autogobierno pero que, sin embargo, no cuentan con instrumentos constitucionales suficientes para garantizar su existencia y subsistencia futura.

De la misma manera, creemos, que tampoco puede existir dificultad comprender los motivos por los que estas construcciones resultan claramente insuficientes para explicar, y buscar una solución adecuada, el problema que suscita estas páginas. Basta con tomar en consideración que la tesis defendida por Zorn, Le Fur, Mouskheli y Smend podría servir, sí, para explicar la existencia de esta Cámara de los Estados en el supuesto de los Estados Federales que, como había sucedido con la República Federal estadounidense y con el Estado Políticamente Descentralizado alemán, desde luego el que regulaba la Constitución guillermina, nacieron como consecuencia de un proceso de unión y progresiva centralización de unos preexistentes Estados soberanos e independientes agrupados, en todo caso, en una anterior Unión de Derecho Internacional. Ahora bien, lo que sucede es que la tesis que ahora nos ocupa deja sin una justificación y explicación aceptable a la afirmación, también muy generalizada, de que también en el supuesto de que el Estado Federal haya surgido como consecuencia de la transformación de un preexistente Estado Unitario, la existencia de la Cámara de representación territorial ha de ser comprendida igualmente como un elemento definidor central, nodular y basilar de la estructura estatal y, en definitiva, como la nota que le atribuyen verdad su naturaleza federal. Hipótesis ésta última que fue admitida, si bien considerándolo como un supuesto marginal, por todos estos autores.

Comprender, el sentido de la anterior crítica tampoco debiera ser muy difícil de lograr. Bastará con tomar en consideración las muy distintas circunstancias jurídicas y políticas que concurren en este último supuesto. Si así se hace, se comprenderá el por qué todas éstas construcciones no son satisfactorias. Al fin y al cabo, cuando el Estado Federal surge como consecuencia de la realización de un nuevo proceso constituyente, los centros autónomos de decisión política, que nacen como consecuencia de la decisión del *Pouvoir Constituant* revolucionario, no tuvieron nunca la condición de sujetos titulares de la soberanía. Siendo así, no acaba de entenderse cómo podrían recuperar algo de ese poder soberano, en expresión de, por ejemplo, Smend, cuando, en realidad, nunca les correspondió ese *status*.

No obstante lo anterior, es lo cierto, que también en el supuesto de que las colectividades particulares disfruten de, por decirlo con La Pergola, una «autonomía otorgada», va a afirmarse por los mantenedores de la tesis que ahora nos ocupa, y que, naturalmente, son muchos más que los aludidos Zorn, Le Fur, Mouskheli y Smend, que la existencia de la Cámara de los Estados, en cuanto que nota conclu-



yente y definidora de esta forma territorial del Estado, resulta también obligada. Y es porque esto es así, por lo que el constitucionalista se ve inexorablemente compelido a interrogarse sobre las consecuencias que una tal concepción tiene para el ejercicio de la actividad constituyente. Consecuencias que, por lo demás, son tan evidentes como considerables y gigantescas.

Problemática que sólo podrá ser sólo podrá ser contestada de un modo adecuado, cuando quien se enfrenta a este problema, cuente con un conocimiento fundado y una exacta comprensión de las diferencias que existen entre los dos sujetos que se encuentran legitimados para actuar en el nivel normativo del Derecho Constitucional positivo: *Pouvoir Constituant* y poder de reforma constitucional. De manera más que lamentable, y por razones de espacio, no podemos desarrollar aquí este problema. Nos remitimos, en consecuencia, a la asaz brillante y rigurosa exposición que, sobre este, hizo el Maestro De Vega en su «*La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*», con cuyos planteamientos coincidimos de manera plena. Lo que, obviamente, los permite hacer tan sólo una breve referencia sobre este asunto.

En este sentido, es menester señalar que el Poder Constituyente, en cuanto que sujeto fáctico y político existencial que ejerce un poder soberano y absoluto, desarrolla la actividad constituyente ejecutando un verdadero acto de soberanía. Lo que se traduce en que esta actividad constituyente se presenta como una facultad libre, y que no puede verse limitada por las prescripciones de un ordenamiento jurídico preexistente, entre otras cosas porque, como se deriva de la propia teoría democrática del Poder Constituyente, éste queda automáticamente derogado, al menos teóricamente, por la mera aparición en el seno del Cuerpo Político de ese nuevo *Pouvoir Constituant*. Todo lo contrario sucede, y además de manera inexorable, cuando la facultad constituyente se ejercita en el marco de un Estado Constitucional ya operante. Entre otras cosas, porque constituye una de sus principales notas características es la de que, como han señalado, por ejemplo, Friedrich y Kriele<sup>66</sup>, en su seno, y siempre en condiciones de normalidad constitucional, no existe un poder soberano, siendo así que es, concretamente, esto lo que permitió a Paine, Krabbe<sup>67</sup> y Kelsen definir al Estado Constitucional como aquél en el que la única soberanía posible es la de la Constitución y el Derecho. Porque esto es así, inconcuso ha de resultar que ahora la facultad constituyente se presentará puede concebirse, como una actividad reglada y limitada, en el sentido de que si, en primer lugar, y como señalaron ya Jellinek, Schmitt y Carré, para que la misma resulte una operación válida, lícita y legítima, la modificación formal del Texto ha de hacerse con observancia del procedimiento constitucionalmente establecido para llevar a cabo la revisión, ocurre, en segundo lugar, que el contenido material de la misma habrá de respetar, en todo caso, la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant* y que, en definitiva, es lo

66 Cfr. M. KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimación del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, 1980.

67 Cfr. TH. PAINE, «El sentido común (Dirigido a los habitantes de América)» (1776), en Th. PAINE, *El sentido común y otros escritos*, Madrid, 1990. H. KRABBE, *Lehre der Reichssouveränität: Beitrag zur Staatslehre*, Groningen, 1906; *Die moderne Staatslehre*, Haag, 1919.

que expresa a nivel jurídico el Código Constitucional por él aprobado (H. Heller, P. De Vega, etc.). De ahí, precisamente, el que el sujeto encargado de llevar a cabo la *Verfassungsänderung*, en cuanto facultad constitucional que es, no sea el Poder Constituyente soberano, el cual, como nos dicen Schmitt y De Vega, desaparece de la escena política una vez que la Constitución ha entrado en vigor, sino el llamado poder de reforma, cuya verdadera naturaleza es la de ser, aunque, eso sí, extraordinario, un auténtico poder constituido, el cual, porque ha sido creado por el Código Constitucional y, además, le debe a éste todas sus facultades, nunca, y, como de la mano de Arnoult, ya hemos tenido ocasión de señalar, podría de una manera legítima actuar en contra de aquélla.

Pues bien, lo que nos interesa es advertir que, desde los esquemas mentales y conceptuales con los que operan los mantenedores de la tesis que nos ocupa, la obligada existencia de una segunda Cámara, integrada por los representantes de los distintos centros autónomos de decisión política que integran el Estado Políticamente Descentralizado, afecta tanto a una como a otra materialización de la actividad constituyente. La genéricamente denominada Cámara de los Estados se presentaría, en efecto, como lo que, a pesar de su muy firme oposición general —siguiendo, de una u otra suerte, y al igual que Biscaretti<sup>68</sup>, la tesis iniciada, en su discurso, de 3 de septiembre de 1791 ante la Asamblea Constituyente francesa, por Frochot—, a la existencia de límites a la facultad constituyente, y que le lleva a considerarlos como algo de carácter extrajurídico, Jorge Vanossi<sup>69</sup> ha llamado límites estructurales, cuya principal característica es la de que éstos afectan no sólo a la capacidad de obrar del poder de revisión constitucional, sino que lo hacen también, y con igual intensidad, en relación con el contenido de la voluntad del *Pouvoir Constituant* revolucionario.

Ninguna duda puede existir sobre que lo que se desprende de las construcciones de Zorn, Le Fur, Mouskheli y Smend es que la existencia de un órgano federal que permita la participación directa de los representantes de los miembros en el proceso de formación de la voluntad unitaria de la Federación constituye, indefectiblemente, un auténtico límite material a la capacidad de obrar del Poder Constituyente en el desarrollo de lo que el reverendo Wise denominó «momento constitucional» o «momento constituyente». Lo que se explica por ese carácter intrínseco que los mantenedores de esta tesis atribuyen a aquél para la posible atribución de la naturaleza federal a una determinada estructura estatal. Desde esta perspectiva, lo que sucede es que si bien es cierto que el Legislador es absolutamente libre para decidir la forma territorial del Estado de la Comunidad Política que funda o, en su caso, refunda, su libertad, empero, se ve limitada en el supuesto de que aquél opte

68 Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, «Sui limiti della revisione costituzionali», *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, vol. III (1949); *Derecho Constitucional*, Madrid, 1965; *Introducción al Derecho Constitucional comparado. Las «Formas de Estado» y las «formas de Gobierno»*. *Las Constituciones modernas*, México-Madrid-Buenos Aires, 1979, 1.ª ed. reimpr.

69 Cfr. J. R. A. VANOSSI, *Teoría Constitucional. I. Teoría Constituyente. Poder Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*, Buenos Aires, 1975.

por organizar el Estado como una de las múltiples manifestaciones estructurales posibles de lo que la doctrina clásica denominó «Unión de Estados de Derecho Constitucional». Y lo está por ese carácter central, basilar, esencial y fundamental que tiene el, en la terminología propuesta por Carré, el más importante de los órganos federales con especial vinculación con los miembros para la real conformación de la República como un auténtico Estado Federal.

La razón es fácilmente comprensible. Es menester tomar en consideración que la afirmación de que la participación de los miembros en la Cámara de los Estados es la única nota distintiva de esta forma territorial del Estado, es tanto como afirmar que decidido, en el momento del «pacto social», por el nuevo y naciente Pueblo estatal organizar la Comunidad Política como un Estado Federal, y constituido el conjunto de los ciudadanos de ésta en el titular del Poder Constituyente, la primera decisión, tal y como se desprende ya de la teorización de la mecánica del proceso constituyente debida a Wise, condicionará la voluntad de este último en el sentido de que, de manera obligada, tendrá que proceder a consagrar un Parlamento federal inexorablemente dividido en la Cámara federal popular y la Cámara de los Estados. Límite que, sin embargo, no es absoluto. En efecto, lo que ocurre que, aunque es cierto que el *Pouvoir Constituant* originario se encuentra forzado y constreñido a instituir este órgano, es lo cierto que el Constituyente mantendría su completa libertad para decidir tanto si el mismo ha de responder al modelo «Senado» o, por el contrario, al modelo «Consejo», como también lo es para sancionar la solución normativa concreta por la que se regiría este órgano federal con especiales vínculos con las colectividades particulares.

Fácil habría de ser comprender si la existencia de la Cámara de representación territorial se erige en un límite estructural para la actuación del titular del ejercicio de la soberanía estatal en el momento fundacional, todavía lo será más cuando de lo que se trata es de ejercitar la función constituyente como una actividad reglada y limitada por el contenido de la voluntad del *Pouvoir Constituant* federal. Surge, de este modo, el interrogante acerca de las facultades que en el marco de un Estado Federal ya operante le corresponden al poder de revisión sobre las posibles modificaciones de la Cámara de los Estados. Problemática que, en todo caso va a manifestarse en un doble sentido.

El primero de ellos, se concretaría en la cuestión si el legislador de reforma podría suprimir la Cámara de representación territorial. Y la respuesta a este interrogante sólo puede ser negativa. La razón es fácilmente comprensible. Basta con tomar en consideración que porque nos encontramos con que, de acuerdo con la concepción que examinamos, en la medida en que se considera que la participación de los miembros en el más significativo de los órganos federales con especiales vínculos con los centros autónomos de decisión política se presenta como el elemento definidor esencial de la forma política Estado Federal, inconcuso resulta que, siempre que se dé por buena la tesis de todos estos profesionales del *Staatsrecht*, nos encontramos en presencia de una materia que es indisponible para el poder de reforma, y sobre la que únicamente podría decidir un nuevo Constituyente revolu-

cionario que, como tal, procediese a transformar el preexistente Estado Federal en uno Unitario.

Lo anterior, de cualquier manera, es lo que ha venido a consagrar el art. 79.3 de la *Bonner Grundgesetz*. En efecto, el mero tenor de este precepto revela que fue la voluntad del *Parlamentarischer Rat* la de establecer que en modo alguno podría considerarse una operación válida, lícita y legítima cualquier modificación formal de la *Grundgesetz* que tuviera por objeto la supresión de este órgano constitucional. Y si, no obstante lo anterior, los miembros de la clase política procediesen a presentar una iniciativa en tal sentido, y lograsen que la misma, contrariando lo que, de acuerdo con Maunz y Dürig, ordena el art. 79.3, fuese admitida a trámite por el *Bundestag* y, finalmente, que se aprobase como una ley de reforma, la misma habría de ser tenida como nula y, además, *ex tunc*. Se diferenciaba, de esta suerte, claramente de lo que sucedía en la República de Weimar, en donde a la luz del art. 76 del Texto de 1919, y a pesar de que tenía razón Bühler cuando consideraba que un tal actuar supondría, en cuanto que constituiría una «flagrante contradicción con el espíritu de la Constitución y, por lo tanto, serían ilícitos desde la perspectiva del Derecho constitucional», fueron muchos los profesionales del Derecho del Estado que defendieron entonces, de igual manera que hoy lo hace Stern, que el legislador de revisión podría libremente proceder a la eliminación del *Reichsrat*. Y no podríamos dejar de consignar aquí la postura defendida por W. Jellinek<sup>70</sup>. Éste considerará que la participación de los *Länder* en la legislación federal constituía un límite material implícito y relativo, ya que, al considerar que seguía estando vigente, aunque de manera tácita, la solución consagrada en el art. 78 de la Constitución guillermina, dicha participación de los *Länder*, así como el órgano constitucional por el cual ésta se lleva a cabo, podría suprimirse siempre y cuando todos los miembros estuvieran de acuerdo con una tal reforma.

Sentado el principio anterior, es cuando aparece la otra gran cuestión. Nos referimos, de manera concreta, al problema de si, aunque teniendo que respetar la permanencia de la Cámara de representación territorial, puede, o no, el poder de reforma llevar a cabo una modificación constitucional tanto en relación con el modelo por el que optó el Constituyente originario, como respecto de la solución normativa concreta adoptada por aquél para su funcionamiento.

Como nadie puede desconocer, y como consecuencia de la existencia de una cláusula de intangibilidad concreta al respecto, el problema anterior se hizo particularmente patente en el marco de la actual República Federal alemana. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si lo que queda abstraído a la actuación del poder de reforma es tanto el derecho de los miembros a cooperar en la legislación federal, como la variante concreta del modelo Consejo representada por la regulación constitucional del actual *Bundesrat*. Esta alternativa es la que, entre otros, han defendido Maunz y Dürig. Contraria es, y bien diversa, la tesis formulada a este respecto por Hesse. La construcción de éste no puede ser más clara. Partiendo

70 Cfr. W. JELLINEK, *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Berlín, 1931.

del entendimiento de que las cláusulas de intangibilidad del art. 79.3 garantizan tanto la forma de Estado Federal general como, y con mayor importancia, el Estado Políticamente Descentralizado democrático y social como concepción fundamental concreta de la Unión de Derecho Constitucional consagrada por la *Bonner Grundgesetz*, afirmará Hesse que lo que, en cuanto que es una exigencia de la propia finalidad material y de las funciones del federalismo, el poder de revisión alemán ha de respetar siempre la participación de los *Länder* en el proceso de formación de la voluntad federal. Tanto es así que, para Hesse sería inviable el realizar una reforma que suprimiese ese derecho y, por tanto, la existencia de un órgano federal para que pudieran verificarse las relaciones jurídicas de inordinación que aquel derecho pretende satisfacer, incluso aunque todas las colectividades-miembro particulares estuviesen de acuerdo en la eliminación de la garantía establecida en el art. 79.3. Lo que se traduciría en el ejercicio real de la tesis de la revisión en doble grado defendida, entre otros, por Biscaretti y Crosa<sup>71</sup>, la cual, como señala Gomes Canotilho<sup>72</sup>, acabaría traducándose en un auto suicidio constitucional operado, eso sí, desde el mayor de los respetos al principio de legalidad.

Ocurre, sin embargo, que esta garantía no supone, en opinión de Hesse, que exista una auténtica garantía de eternidad del actual *Bundesrat*, y, además, tal y como éste fue originariamente diseñado por la Ley Fundamental de Bonn. Antes al contrario, entiende Hesse, y así lo viene afirmando por lo menos desde 1973, que el poder de revisión podría optar libremente —al margen de la reflexiones sobre su posible funcionalidad o de su total inadecuación a la realidad alemana que, desde la consideración de las categorías «espacio» y «tiempo», realizó, en 2003, Dieter Grimm—, por mantener la caracterización y regulación de este órgano realizada por el *Parlamentarischer Rat*, como podría también proceder a actuar sobre el actual Consejo Federal para volver a adoptar el viejo *Bundesrath* del Imperio guillermino, y en todos sus extremos; como también, y de un modo igualmente válido, lícito, y legítimo, podría optar por reestablecer aquel *Reichsrat* weimariano, o, por último, establecer una regulación que se diferenciase de modo substancial de cualquiera de las tres experiencias históricas del Consejo Federal. Pero es más, ocurre que para Hesse la competencia del legislador de reforma constitucional sobre la Cámara de los Estados es lo suficientemente amplia como para que éste, respetando tanto el principio de legitimidad como el principio de legalidad, pudiera llegar incluso a decidir substituir el actual *Bundesrat* por otro órgano de representación de las comunidades-miembro pero que, a diferencia de éste, responda al modelo creado por los *Founding Fathers* en Filadelfia. Lo que se explica por cuanto que, para él, lo que el art. 79.3 protege es, única y exclusivamente, el que ha de existir siempre un órgano federal que permita a los *Länder* concurrir al proceso de formación de la voluntad unitaria de la Federación.

71 Cfr. E. CROSA, *Diritto Costituzionale*, Turín, 1937.

72 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, «O problema da dupla revisão na Constituição Portuguesa», *Revisita Fronteira*, 1979; *Direito Constitucional*, Coimbra, 1989, 4.ª ed., 3.ª reimpr.

Solución que en modo alguno puede ser entendida como un mero supuesto de laboratorio, alejado de la propia realidad y la propia dinámica jurídico-política de la República alemana. Antes al contrario, es menester recordar que la propuesta realizada por Hesse sería no sólo tomada en consideración, sino también aplaudida por la *Enquête-Kommission Verfassungsreform* ya en sus trabajos de la década de 1970. Y debemos, asimismo, hacer constar que la tesis de Hesse fue también la que defendieron en 2003 tanto el Presidente del Tribunal Constitucional Federal, a la sazón el Profesor Papier, como los Presidentes de los grupos parlamentarios del FDP en los diferentes Parlamentos regionales.

\*\*\*

TITLE: *Could Spanish Senate be suppressed by the reform process? (an early approximation to the practical problem from constitutional science).*

ABSTRACT: *This essay studies, regarding the proposed elimination of the Senate in Spain and Italy, the legal nature of this House in the political decentralized States, confronting the thesis of Zorn, Le Fur, Smend y Mouskbeli and that the Durand, to arrive, finally, to a conclusion, with La Pergola, that in Germany and the United States the Bundesrath and the Senate are a waste of their confederal past, dispensable in other States.*

RESUMEN: *el presente ensayo estudia, a propósito de las propuestas de eliminación del Senado en España e Italia, la naturaleza jurídica de esta Cámara en los Estados Políticamente Descentralizados, confrontando, en concreto, las tesis de Zorn, Le Fur, Smend y Mouskbeli y las de Durand para llegar, finalmente, la conclusión, con La Pergola, de que en Alemania y Estados Unidos el Bundesrath y el Senado son un residuo confederantista, prescindible en los demás Estados.*

KEY WORDS: *Constitutional Law Science; Senate; Bundesrath; federalism.*

PALABRAS CLAVE: *Ciencia del Derecho Constitucional; Senado, Bundesrath; federalismo.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 23.05.2014      FECHA DE ACEPTACIÓN: 30.07.2014