

# GLOBALIZACIÓN JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

BENITO ALÁEZ CORRAL  
*Catedrático de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Oviedo*

## SUMARIO

I. Globalización jurídica en el contexto de la teoría de los sistemas. II. La globalización jurídica formal y el sistema constitucional español. III. La globalización jurídica material del Derecho Constitucional español: la homogeneización internacional/supranacional del constitucionalismo. IV. Conclusiones.

## I. GLOBALIZACIÓN JURÍDICA EN EL CONTEXTO DE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS

La globalización es el concepto polisémico que seguramente, junto con Internet, más haya transformado la sociedad en el último siglo. Polisémico, porque en español, como en casi todos los idiomas, contiene una diversidad de significados que hoy en día se le atribuyen y que hacen difícil aprehender este término. Y transformador porque ni la Economía, ni la Comunicación, ni la Política, ni siquiera el mismo Derecho, son comprensibles en términos parecidos a como lo eran antes de que apareciera la globalización por los efectos que ésta tiene sobre el espacio y el tiempo<sup>1</sup>.

Una paradoja de la globalización es que ésta se produce en algunos subsistemas sociales, como el económico, el cultural, o el de los medios de comunicación, mucho más que en otros como el político o el jurídico, con la consiguiente preeminencia de los sistemas globalizados que tienen a construir una sociedad mundial y la pérdida de protagonismo de los subsistemas que no se globalizan y no se integran en esa sociedad mundial. En este sentido, Niklas Luhmann ya afirmaba en 1975 que «la característica combinación de Derecho y Política quizás fuera una forma fallida

1 Cfr. BAUMAN, Z., *La globalización. Consecuencias humanas*, FCE, México, 1999, p. 10 ss.

de especialización del desarrollo humano que, al menos provisionalmente, no permita su traducción en un sistema de una sociedad mundial»<sup>2</sup>.

Lo anterior no obstante, de los diversos significados de la palabra globalización recogidos por la Real Academia de la Lengua Española, dos sí que podrían aplicarse al mundo jurídico: de una parte, el segundo, referido a la «extensión del ámbito propio de instituciones sociales, políticas y jurídicas a un plano internacional»; y de otra, el tercero, relativo a la «difusión mundial de modos, valores o tendencias que fomenta la uniformidad de gustos y costumbres». Es decir, que cabría una globalización jurídica con respecto a la cual el Derecho constitucional de los Estados (de momento) soberanos pueda tener que decir.

Además, la globalización ha reabierto en el ámbito de la teoría del derecho la cuestión de la existencia de un pluralismo jurídico allende del derecho estatal o del derecho internacional<sup>3</sup>, que tenga en cuenta no solo el *soft law* internacional sino principalmente los acuerdos económicos transnacionales (*lex mercatoria*), un Derecho Constitucional fragmentado y transnacional, o incluso el derecho religioso muy en boga en algunos Estados confesionales, consecuencia sistémica del impacto de la globalización sobre todo económica en un derecho y una política estatales incapaces de globalizarse<sup>4</sup>. Sin embargo, este trabajo no tiene por objeto analizar cómo interaccionan recíprocamente el Derecho constitucional español y la globalización en general<sup>5</sup>, por mucho que los cambios que conlleva la globalización no jurídica (sobre todo la económica) afecten a la eficacia del ordenamiento jurídico estatal como condición de validez de éste<sup>6</sup>. Aquí se va a partir de una concepción unitaria del sistema jurídico como un subsistema social que garantiza expectativas mediante la regulación del uso de la coacción física (no moral ni económica)<sup>7</sup> a través de un código binario de validez (derecho/no derecho) que se auto-reproduce mediante operaciones comunicativas, las normas jurídicas, interrelacionadas entre sí. Y ni el *soft law* ni la *lex mercatoria* encajan en esa definición sin la intermediación de las estructuras legales del Derecho internacional, comunitario europeo o estatal.

Desde esta perspectiva de la teoría de los sistemas, se puede decir que la globalización jurídica puede referirse a la remoción de las fronteras o segmentos territoriales

2 LUHMANN, N., «Die Weltgesellschaft», Luhmann, N., *Soziologische Aufklärung*, Vol. 2, Westdeutscher Verlag, Opladen 1975, p. 57.

3 Véase al respecto, entre muchos, TWINING, W., «Implicaciones de la globalización para el Derecho como disciplina», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 44, 2010, p. 345 ss.

4 Cfr. TEUBNER, G., «Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus», *Rechtshistorisches Journal*, Vol. 15, 1996, p. 255-290 y TEUBNER, G., *Constitutional fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

5 Cuestión sobre la que existen numerosos trabajos en nuestro país, entre los que me permito destacar: LAPORTA, F.J., «Globalization and the rule of law. Some westfalian doubts», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 39, 2005, p. 267 ss.; ATIENZA RODRIGUEZ, M., «Constitucionalismo, globalización y derecho», *La globalización en el siglo XXI: retos y dilemas*, Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, 2008, p. 213 ss.

6 Distingue también entre la globalización fáctica y la globalización normativa POSCHER, R., «Verfassungsrecht der Globalisierung», *Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer*, Vol. 62, 2008, p. 163.

7 Cfr. Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Viena, 1934, p. 64 ss.

que definen la clausura operativa del sistema jurídico, pero también al contenido de los programas normativos y, por tanto, a la homogeneidad de las expectativas garantizadas contra-fácticamente por aquellas operaciones comunicativas dentro de diversos sistemas jurídicos segmentados territorialmente. Por ello, el sistema jurídico puede experimentar globalización jurídica en dos órdenes distintos:

*Globalización jurídica en un sentido formal:* sería consecuencia de la incidencia sobre la soberanía del ordenamiento jurídico estatal de su integración en una estructura jurídica superior más amplia, universal (internacional) o regional (europea), a partir de la cual construir la validez unitaria del ordenamiento, que con ello formalmente se globalizaría (regionalizaría o universalizaría). La misma afecta a la clausura operativa del sistema jurídico, en la medida en que éste integre en una estructura jurídica mundial o regional las comunicaciones jurídicas creadas fuera del segmento territorial del ordenamiento estatal, trasladando a dicha estructura la definición del código binario del sistema; o inversamente integre esas estructuras jurídicas supranacionales o internacionales dentro de la estructura jurídica segmentada territorialmente que es el ordenamiento estatal, dejando en manos de este último la definición del código binario de validez.

*Globalización jurídica en un sentido material:* se referiría a la homogeneización regulativa que los ordenamientos estatales llevan a cabo de diversos sectores o materias jurídicas<sup>8</sup>, sea en el marco de una globalización formal (regionalización o universalización), sea como consecuencia de la apertura normativa y del llamado diálogo entre tribunales, o de la imitación normativa, y tiene una incidencia sobre los principios estructurales o los valores fundamentales del ordenamiento, como la forma de gobierno, la Constitución económica o los derechos fundamentales, entre otros. Esta otra forma de globalización jurídica afecta a la apertura cognitiva del sistema jurídico territorialmente segmentado (estatal), que se ve obligado por operaciones comunicativas propias o ajenas a tener en cuenta, incluso en el nivel constitucional, las expectativas normativas supranacionales o internacionales.

Las siguientes páginas se dedicarán al análisis de la validez de cualquiera de los procesos de globalización jurídica formal y material mencionadas desde la perspectiva del Derecho Constitucional español, y por tanto desde la base de la supremacía jurídica de su Constitución.

## II. LA GLOBALIZACIÓN JURÍDICA FORMAL Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

La globalización jurídica formal en los términos en que se ha expuesto conllevaría comprender al Derecho como sistema universal, cuyas operaciones

8 Cfr. MÖLLERS, C., «Globalisierte Jurisprudenz», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 79, 2001, p. 52.

comunicativas, las normas jurídicas, se crean y se interrelacionan entre sí para todo espacio, persona y tiempo. Según su grado de consecución puede ser total (mundialización) o parcial (regionalización). Referida a todo tipo de Derecho, la globalización jurídica ya existía desde las civilizaciones antiguas y hallaba su fundamento meta-positivo en el Derecho natural de origen divino que tenía pretensiones de universalidad. Pero referida al derecho positivo, encuentra sus fundamentos teóricos en la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen y su concepto de soberanía y de unidad del ordenamiento, sea sobre la base del Derecho internacional o alternativamente del Derecho del Estado<sup>9</sup>.

En este sentido, los pasos dados en el proceso de integración europea desde el Tratado de Maastricht plantean, por las implicaciones cuantitativas y cualitativas de la traslación de soberanía que conllevan para la Constitución nacional, un proceso de parcial globalización jurídica tanto en un sentido formal —el relativo a la pérdida de soberanía— como en un sentido material —el relativo a la homogeneización de la regulación legal de las materias competencia de la Unión Europea—, que afecta lógicamente al Derecho constitucional español en la medida en que España es un Estado miembro desde 1986.

Para una adecuada comprensión de la incidencia de esta globalización formal en la Constitución española se debe tener en cuenta, no obstante, que es determinante el concepto de Constitución del que se parta. En efecto, no es lo mismo un concepto material de Constitución, que le atribuye una función eminentemente política, asociada a los principios del constitucionalismo; que un concepto formal de Constitución, que la vincula al desempeño de una función normativa de fundamentación y unificación del conjunto del ordenamiento jurídico, y la caracteriza por su forma y posición de supremacía en el ordenamiento, no por su contenido. A los efectos del análisis que se va a realizar, partiré de la premisa de que la CE de 1978 contiene un concepto formal-funcional de Constitución<sup>10</sup>, a la luz del cual se ha de valorar este proceso de globalización formal.

### 2.1. La soberanía desde la perspectiva de la globalización formal: la competencia sobre las competencias

La incidencia de la globalización jurídica formal sobre el Derecho constitucional español tiene mucho que ver con el conflicto derivado de la reafirmación de la primacía de las normas de la Unión sobre las normas constitucionales de los Estados miembros, y la ubicación de la competencia para juzgar si dicha primacía debe operar o no en manos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en

9 Cfr. Kelsen, H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Scientia Verlag, Aalen, 1960, p. 120 ss.

10 Al respecto véase Aláez Corral, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 246 ss.

adelante TJUE) o de los Tribunales Constitucionales/Supremos de los Estados miembros. Pero también aparece en supuestos en los que el Derecho internacional de los derechos humanos puede colisionar con normas constitucionales. De la interpretación sistemática y adecuada a la dogmática constitucional subyacente a la CE de 1978 de sus arts. 1.2 y 9.1 sobre la soberanía del pueblo español y la supremacía constitucional, 93, 95 y 96 sobre los procedimientos de celebración y la posición de los tratados en nuestro sistema constitucional, así como de los arts. 166 a 168 sobre la reforma constitucional, saldrá la respuesta a si nuestro sistema constitucional permite o está abierto a esta globalización jurídica formal que conlleva la integración en la Unión Europea.

En efecto, el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, afirmado muy tempranamente por el TJUE también con respecto a las normas constitucionales de los Estados miembros<sup>11</sup>, pero cuestionado en su extensión por algunos Tribunales Constitucionales de éstos<sup>12</sup>, viene a representar el embrión de la constitucionalización de la construcción europea y una amenaza para la supremacía de las Constituciones de los Estados miembros, auténtica *alma mater* de la soberanía estatal. Incluso aunque se entienda como primacía meramente aplicativa y no como supremacía en términos de validez<sup>13</sup>, los potenciales conflictos no desaparecerían sino que únicamente se postergarían al momento en que el guardián de la Constitución nacional pretendiese hacer valer los condicionamientos constitucionales sobre el principio de primacía del Derecho comunitario europeo<sup>14</sup>.

La cuestión del conflicto de soberanías está, en mi opinión, mal resuelta si se plantea desde un entendimiento político-material de la soberanía estatal, que la identifica con un poder del Estado mensurable en términos político-cuantitativos o cualitativos<sup>15</sup>. Este entendimiento se adecua mal a la evolución que ha experimentado el Estado, sobre todo en el final del siglo XX y el inicio del siglo XXI, a las exigencias de un mundo en el que muchos de los sistemas sociales no jurídicos (como el económico) se han globalizado y en el que la complejidad social,

11 STJUE 6/64, de 15 de julio de 1964, caso Costa/ENEL.; y respecto de España: STJUE 107/2013, de 26 de febrero de 2013, caso Melloni.

12 Entre otras véanse la Sentencia de la Corte Suprema para Inglaterra y Gales, Caso Thoburn v. Sunderland city council, de 18 de febrero de 2002, [2002] EWHC 195 Admin, párr. 69-70; la Sentencia 232/1989 y la Sentencia 238/2014 de la Corte Costituzionale italiana; la Decisión del Conseil Constitutionnel francés 97-394 de 31 de diciembre de 1997; la BVerfGE 123, 267, 349-353, de 30 de junio de 2009 (ya en la BVerfGE 89, 155, 187ss.); la Sentencia del Tribunal Constitucional checo 19/2008, de 26 de noviembre de 2008, párr. 130-132; la Sentencia del Tribunal Constitucional polaco K32/09, de 24 de noviembre de 2012, FJ III.1.3; y para España la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FFJJ 3º-4º.

13 Cfr. REQUEJO PAGES, J.L., *Sistemas normativos, constitución y ordenamiento: la constitución como norma sobre la aplicación de normas*, McGraw Hill, Madrid, 1995, p. 21 ss.

14 Cfr. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., *Primacía y subsidiariedad en la Unión Europea*, CEPC, Madrid, 2011, p. 190 ss.

15 Cfr. ALÁEZ CORRAL, B., «Soberanía estatal, supremacía constitucional e integración europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán», *TRC*, Nº 30, 2012, pp. 363 ss.

también en el ámbito jurídico, se ha incrementado enormemente, por ejemplo con la transferencia de poder político a instituciones supranacionales, como la Unión Europea.

Pero la solución tampoco pasa por la sustitución de este entendimiento político-estatalista de la soberanía por un concepto igualmente político, pero europeísta, en el que los poderes políticos de la soberanía se comparten entre los Estados miembros y la Unión Europea, en una suerte de «constitucionalismo multinivel»<sup>16</sup>, pudiendo las instancias jurisdiccionales supremas de unos y otros ordenamientos autónomos afirmar legítimamente su competencia para juzgar la licitud del ejercicio de las competencias de la Unión y de los Estados miembros respectivamente<sup>17</sup>, o debiendo abstenerse de dicho enjuiciamiento de los conflictos interordinamentales en tanto cuestión política que debe quedar en manos de los Parlamentos<sup>18</sup>. Lo anterior conduciría bien a que las contradictorias interpretaciones del alcance de la atribución competencial se deban clarificar extra-jurídicamente por la vía política de los hechos<sup>19</sup>, o bien a una debilitación de la supremacía de la Constitución nacional difícilmente compatible con las cláusulas de supremacía insertas en los textos constitucionales y con los mecanismos de control de constitucionalidad previstos en ellos. Esta pérdida de supremacía constitucional sería, además, inadmisibles sin una expresa desposesión de esa supremacía por los cauces constitucionalmente previstos de la reforma constitucional, lo cual es posible en España, dado que el art. 168 CE permite la reforma total de la Constitución o de sus elementos esenciales, pero requeriría el ejercicio del poder constituyente originario en países como Alemania, donde existen límites materiales absolutos a la reforma constitucional<sup>20</sup>.

Ni uno ni otro entendimiento político-material de la soberanía solucionan un conflicto en el que los Estados miembros siguen basándose en unas normas (Constituciones) que pretenden una absoluta supremacía en el sistema jurídico en su conjunto, sobre todo por ser la expresión democrática del poder constituyente del pueblo, pero donde simultáneamente la Unión Europea, con base en sus Tratados constitutivos, pretende afirmar a través del TJUE una absoluta primacía aplicativa del derecho de la Unión en el ámbito de las competencias transferidas, que resulta excluyente de aquella supremacía. Por ello, resulta más necesaria que

16 Sobre el mismo, véase PERNICE, I. «Multilevel constitutionalism in the European Union», *Walter Hallstein Institute Papers*, N° 5, 2002: <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf> (consultado el 23.03. 2017).

17 En este sentido, cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., «La naturaleza de la Unión Europea», *InDret*, n° 4, 2008, p. 26-38.

18 Como sugiere MENÉNDEZ, A.J., «La Unión Europea en el espejo de Lisboa», VIDAL PRADO, C., (Coord.) *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, CEPC, Madrid, 2011, p. 161-163.

19 Un ejemplo de ello sería el caso Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland, resuelto por Sentencia del TJUE (asunto C-285/98), de 11 de enero de 2000.

20 La BVerfGE 123, 267, 343, deja incluso abierta la cuestión de si siquiera el poder constituyente originario del pueblo alemán, ejercido en virtud del Art. 146 GG, podría disolver su la soberanía estatal de Alemania en un Estado federal europeo o si, por el contrario, la garantía de la identidad constitucional alemana del Art. 79.III GG también le vincularía.

nunca una comprensión jurídica y no política de la soberanía, que la identifique con una cualidad del ordenamiento jurídico<sup>21</sup>, no con una cualidad de un sujeto, y que la vincule con la capacidad autorreferente e ilimitada de fundamentación de la propia existencia (validez) del ordenamiento jurídico, es decir, con la competencia sobre las competencias.

Esta competencia sobre las competencias se manifiesta jurídicamente en dos ámbitos: el primero, el referido al poder para integrar cada uno de los ordenamientos estatales dentro del ordenamiento supranacional, o viceversa el ordenamiento supranacional en cada uno de los ordenamientos estatales, es decir, para establecer las condiciones formales (orgánico-procedimentales) y/o materiales de validez (existencia) de las normas que se pretenden integrar en un sistema jurídico; y el segundo, el relativo al poder para enjuiciar la validez de la integración misma y por tanto de la eficacia normativa que se le conceda, resolviendo los conflictos que se puedan producir como consecuencia de la contradicción entre las normas de los ordenamientos internacional o europeo y las normas formalmente constitucionales, es decir, el posible incumplimiento de las condiciones de validez. El primer aspecto de esta competencia sobre las competencias se identifica con la Constitución misma, y por tanto con su poder constituyente-constituido de reforma constitucional<sup>22</sup>; mientras que el segundo aspecto se identifica con la interpretación constitucional y por tanto con el poder constituido-constituyente de la jurisdicción constitucional, con independencia de si ese poder de control de la constitucionalidad es meramente declarativo o anulatorio (*ex tunc* o *ex nunc*) de las normas a integrar, es decir, si implica superioridad en la fuerza derogatoria<sup>23</sup>. Solo la conversión de los Tratados de la Unión Europea en una auténtica Constitución suprema, en la que se residencie esta *Kompetenz-Kompetenz*, constituiría la expresión indubitada del proceso de disolución de la soberanía estatal.

## 2.2. La globalización jurídica formal solo se puede entender desde el monismo jurídico

El análisis de la interrelación entre ordenamientos jurídicos desde la perspectiva de la globalización formal exige saber en cuál de ellos se puede residenciar la soberanía, entendida como competencia sobre las competencias, y si es posible residenciarla en varios ordenamientos al mismo tiempo sin que las condiciones de existencia de éstos se vean alteradas. Solo desentrañando previamente la cuestión de si el sistema jurídico puede ser concebido desde la perspectiva de su validez (existencia) como un todo único (posiciones monistas) o si, por el contrario, debe partirse

21 Kelsen, H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, cit., p. 36 y 40.

22 Cfr. STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 6º y STC 52/2017, de 10 de mayo, FJ 5º.

23 Sobre este sentido fuerte y débil de las relaciones jerárquicas, cfr. Pfersmann, O., «Reformas constitucionales inconstitucionales: una perspectiva normativista», *REDC*, nº 99, 2013, p. 31.

de la existencia de una pluralidad de ordenamientos, coexistentes simultáneamente e independientes en la fundamentación de su validez (posiciones pluralistas), se podrá dar adecuada respuesta jurídica a la cuestión de cuáles son los criterios que han de regir la globalización formal del Derecho constitucional español.

A mi juicio, la paulatina pretensión histórica de diferenciación estructural y funcional del sistema jurídico es tan clara desde la aparición del moderno Estado-nación, que solo desde una posición monista se puede describir la pretensión del sistema jurídico de existir como un sistema autorreferente y positivo, partiendo de la premisa epistemológica de que solo hay sistema jurídico allí donde se regula directa o indirectamente el uso de la coacción física para garantizar expectativas contra-fácticamente, no el uso de otras formas de coacción como la moral, la económica, o la política<sup>24</sup>.

Aunque hay posturas doctrinales que desechan, con cierto desdén, la utilidad actual de los planteamientos monistas y abogan por un pluralismo normativo<sup>25</sup> de diferenciación de los ámbitos de validez del ordenamiento estatal y el ordenamiento internacional o europeo, en mi opinión el pluralismo no es capaz de dar una respuesta coherente a la confrontación entre normas de ordenamientos distintos, como no sea la del mantenimiento objetivo de dicha confrontación —que se deja sin resolver—<sup>26</sup>, o su resolución, caso a caso, a partir de la normatividad de los hechos, lo que es más propio de la Sociología o la Teoría política que del Derecho Constitucional<sup>27</sup>. Semejante pluralismo concibe las relaciones interordinamentales desde el plano de la aplicabilidad de las normas<sup>28</sup>, como sucedía en los ordenamientos pre-modernos, y las construye sobre la base de la primacía aplicativa y no de la supremacía de su fundamento último de validez. Salvando las distancias con el pluralismo jurídico existente en la época pre-estatal, mantener este pluralismo actualmente cuestiona —igual que entonces— la autorreferencialidad de los sistemas jurídicos (y su legitimación democrática allí donde se han estructurado conforme al principio de soberanía popular), en la medida en que hace depender su existencia positiva de un grado de cumplimiento fáctico de sus normas que ninguno de los ordenamientos en conflicto puede ser capaz de garantizar por sí mismo, ni el ordenamiento de la Unión Europea a través de la coacción económica —única de que

24 Sobre estas características diferenciadoras del sistema jurídico respecto de otros sistemas de comunicación social, véase ALÁEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, cit., p. 98-99.

25 BOGDANDY, A. VON, «Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law», *International Journal of Constitutional Law* (I.CON), Vol. 6, 2008, p. 397 ss., calificando al monismo y al dualismo incluso de «zombis intelectuales de otro tiempo»

26 En este mismo sentido CRAIG, P., „Constituciones, Constitucionalismo y Unión Europea», GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ALONSO GARCÍA, R., (Coords.) *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 256.

27 Como las soluciones conflictuales que propone TEUBNER, G. *Constitutional fragments. Societal constitutionalism and globalization*, cit., p. 171-172.

28 Es el caso de la jurisprudencia del TJUE sobre la primacía del derecho comunitario, que se vincula al efecto directo de éste desde la STJCE 6/64, de 15 de julio de 1964, caso Costa/ENEL.



dispone—, ni los ordenamientos de los Estados miembros con la coacción física. Además, el concepto de Constitución que maneja la mayoría de estos planteamientos pluralistas es un concepto material, no un concepto formal, que la identifica con los valores del constitucionalismo, con lo cual el pluralismo constitucional no resulta formalmente problemático, porque se ubica en el ámbito de una fragmentada materia constitucional, que se ve materialmente globalizada, dejando sin resolver la cuestión de la unidad estructural del sistema jurídico, propia de un concepto formal de Constitución, que es a la que se refiere la globalización formal.

Por ello, en mi opinión, sigue siendo necesaria una respuesta monista que determine la posición de las normas estatales en el ordenamiento internacional o europeo o, a la inversa, de las normas internacionales o europeas en el ordenamiento estatal<sup>29</sup>. En el primer caso, la validez del ordenamiento estatal se derivaría de una norma de Derecho internacional general, «el principio de eficacia del poder del Estado en un determinado territorio», en el que se hallaría la cúspide del ordenamiento y, con ello, en cierta medida la soberanía. En el segundo caso, la validez del ordenamiento internacional se derivará de la Constitución del Estado, a la luz de la cual se incorporarían tanto el Derecho internacional como el Derecho europeo, lo que no obsta a que dicha Constitución nacional pueda poner dicha supremacía a disposición del ordenamiento internacional mediante la traslación total o parcial de la competencia sobre las competencias a las instancias internacionales o supranacionales.

Ciertamente hay intentos de construir la unidad del sistema legal a partir de una «constitucionalización» del Derecho Internacional que trate de compensar la desconstitucionalización sufrida en los ordenamientos estatales como consecuencia de los procesos de globalización<sup>30</sup>. Sin embargo, resultaría paradójico fundamentar la validez del ordenamiento estatal en una norma del Derecho internacional, el «principio de eficacia», cuando la eficacia misma del Derecho internacional (incluido ese principio) en tanto *realidad empírica* y no sólo *normatividad ideal* es la condición necesaria para conceder validez al sistema jurídico. En efecto, aunque en ese proceso de constitucionalización internacional no se pretenda replicar al Estado, lo cierto es que el Derecho internacional está tan debilitado en su eficacia general autónoma, sea sobre la base de la autotutela de unos sujetos internacionales desiguales en capacidad coactiva, sea sobre la base de un aun inexistente monopolio de dicha coacción por parte de las organizaciones internacionales, incapaces para imponerla por sí mismas y con un súper Estado, como los EEUU, que se coloca en

29 Sobre ambos tipos de monismo ya Kelsen, H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, cit., p. 170 ss.

30 Entre otros véase Fassbender, B. «We the peoples of the United Nations. Constituent power as a constitutional form in international law», Loughlin, M./Walker, N., (Edits.) *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford University Press, Oxford, 2008 p. 274 ss.; y Peters, A., «Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental norms and structures», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, 2008, p. 597 ss.

muchas ocasiones frente o al margen del Derecho internacional<sup>31</sup>, que caben serias dudas de que la misma alcance un punto suficiente para poder concederle validez autónoma. Y aunque la eficacia mínima de un ordenamiento en su conjunto no representa el fundamento de validez de sus normas, sí aparece como condición de ésta<sup>32</sup>. Lo cierto es que las normas internacionales sólo son eficaces si en último extremo se ven respaldadas por la coacción del Estado, y solo en el seno de éste alcanzan su eficacia mínima general necesaria.

La perspectiva que concede primacía al ordenamiento internacional (y por extensión al de la Unión Europea) a la hora de fundamentar la unidad del ordenamiento jurídico en su conjunto se convierte en este punto en tautológica, pues resulta cuando menos dudosa la propia existencia jurídico-positiva de dicho ordenamiento al margen de los ordenamientos estatales. Además, ya en el plano del Derecho de la Unión Europea, lo cierto es que éste continúa residenciando en los Estados miembros la parte de la competencia sobre las competencias referida a la integración en la Unión, en la medida en que, a la luz del art. 50 TUE, prevalece la voluntad soberana de aquéllos de permanecer o abandonar la Unión, por más que se imponga un período de negociación de dos años, trascurrido el cual el Estado saliente sigue teniendo la última palabra.

Ello es lo que explica que, en mi opinión, la unidad del ordenamiento haya de fundarse aún desde la perspectiva de la supremacía del ordenamiento jurídico estatal, de aquel Estado que represente para el científico el punto de vista desde el que analizar el ordenamiento jurídico, permaneciendo los demás ordenamientos estatales y el Derecho de la Unión Europea como subsistemas normativos que pueden ser integrados en él a través del Derecho internacional<sup>33</sup>. Fuera de los Estados las normas internacionales sólo son hechos que se transforman en normas jurídicas mediante la técnica del reenvío u otra técnica jurídica de similares efectos<sup>34</sup>. El ordenamiento estatal es el único que todavía hoy en día puede conceder al ordenamiento jurídico internacional, incluido el Derecho de la Unión Europea, la única validez que éste eficazmente puede poseer, su validez interna. El Derecho internacional representa, así, el Derecho externo del Estado. *Externo* porque ha sido creado por sujetos y mediante procedimientos no expresamente establecidos por él, ni en su norma suprema ni en sus normas subordinadas; mas *Derecho del Estado* pues su única validez real (positiva) se deriva del ordenamiento estatal, desde el momento en que éste puede condicionar el reconocimiento de las normas

31 Algo reconocido incluso por los más entusiastas de constitucionalizar el derecho internacional y fundar la unidad del sistema jurídico sobre él, como PETERS, A., *Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental norms and structures*, cit., p. 604-605

32 Cfr. KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, cit., p. 219.

33 En un sentido similar, SCHILLING, T., *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berlin Verlag/Nomos Verlag, Berlín/Baden Baden, 1994, p. 424.

34 LA PERGOLA, A., *Poder exterior y Estado de Derecho*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1987, p. 15; SCHILLING, T., *Rang und Geltung in gestuften Rechtsordnungen*, cit., p. 300-301.

internacionales como normas jurídicas al respeto de unos determinados contenidos, que se convierten así en su condición material de validez.

En la medida en que el Derecho originario de la Unión (los Tratados constitutivos y sus modificaciones ulteriores) tienen un origen jurídico internacional<sup>35</sup>, la posición jurídica de éste en el conjunto del ordenamiento jurídico como un todo corre la misma suerte que el Derecho internacional, toda vez que la Unión Europea ni ha asumido competencias exclusivas en materia de regulación del uso de la coacción física<sup>36</sup>, ni posee un aparato coactivo propio del que servirse para hacer valer la efectividad de su ordenamiento, que reposa únicamente en la voluntad de los Estados miembros de cumplimiento y en la coacción económica o política en caso de incumplimiento. Las normas comunitarias que prevén mecanismos de coacción económica permiten a las instituciones de la Unión Europea (en las que por su estructura influye, sin duda, el peso económico y político desigual de los Estados miembros) un grado de discrecionalidad en la aplicación de la misma que resulta en una arbitrariedad difícilmente compatible con la confianza en la eficacia de las normas de la Unión y por tanto con su legitimidad. Piénsese, por ejemplo, en el procedimiento sancionador por déficit excesivo, regulado en el Reglamento (CE) 1467/97 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, y en su aplicación: curiosamente, a los países que más veces han incumplido el pacto sin una causa justificativa como la recesión económica, Francia y Alemania, nunca se les amenazó con la imposición de sanciones, mientras que a otros como España, sí<sup>37</sup>.

### 2.3. Los modelos de globalización jurídica formal desde la perspectiva de las Constituciones nacionales

Aunque el Derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea tengan que ocupar en el sistema de fuentes la posición que les atribuya la Constitución nacional, ello no impide, ciertamente, que el ordenamiento estatal pueda disolver

35 Véanse, entre otras, la BVerfGE 123, 267, 347-348, y para España la DTC 1/2004, de 1 de diciembre, FFJJ 1º-2º.

36 En el ámbito del ejercicio las competencias compartidas que posee la Unión en materia de creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 4.2.j) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —en adelante TFUE—, opera el principio de subsidiariedad (art. 69 TFUE en relación con el art. 5.3 TUE), a lo que se une que quedan a salvo las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior (art. 72 TFUE). Es más, el art. 4.2 TUE dispone que la Unión «...Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, *mantener el orden público* y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la *seguridad nacional* seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro» (la cursiva es nuestra).

37 Cfr. [http://www.cesifo-group.de/ifoHome/presse/Pressemitteilungen/Pressemitteilungen-Archiv/2016/Q2/pm-20160523\\_EU-Staaten-Defizit/main/00/text\\_files/file0/document/ifoPM\\_20160523\\_Deficit\\_Criterion.pdf](http://www.cesifo-group.de/ifoHome/presse/Pressemitteilungen/Pressemitteilungen-Archiv/2016/Q2/pm-20160523_EU-Staaten-Defizit/main/00/text_files/file0/document/ifoPM_20160523_Deficit_Criterion.pdf) (consultado el 23.03.2017).

su soberanía en beneficio del ordenamiento internacional o de la Unión Europea, o que comparta su supremacía y la competencia sobre las competencias con dichos ordenamientos. Pero ello debe acontecer en los términos que establezca su Constitución nacional, pues los Estados miembros siguen siendo los «señores de los tratados», y no cabe disolver la soberanía *ad extra* del Estado en un Estado federal europeo ni transferir la competencia sobre las competencias sin un proceso constituyente o de reforma constitucional a través del cual el pueblo de cada Estado miembro se desprenda de su soberanía<sup>38</sup>. En este sentido, las Constituciones de los Estados soberanos suele organizar su relación de supremacía con respecto a este Derecho externo del Estado conforme a tres modelos: el de supremacía compartida, el de supremacía de una supra-Constitución material intangible y el de supremacía plena de la Constitución formal. Cualquiera de estos modelos sirve al Estado para integrarse en una unidad jurídica (regional o universal superior) y con ello globalizarse formalmente. Los dos primeros modelos lo son de polimorfismo constitucional, el primero equivalente y el segundo no equivalente, mientras que el tercero lo es de monomorfismo constitucional<sup>39</sup>.

En efecto, cuando el ordenamiento estatal ha determinado que las normas elaboradas total o parcialmente por sujetos y procedimientos no previstos por ella ni por sus normas subordinadas han de ser consideradas a su mismo nivel en la jerarquía normativa, les ha atribuido tácitamente el ejercicio de un poder de reforma constitucional implícita y no existe ningún contenido constitucional sustraído a dicho poder, se está ante el modelo de supremacía compartida con el ordenamiento internacional. La disolución de la soberanía estatal se produce regularmente mediante la celebración de tratados internacionales de integración en organizaciones supranacionales ratificados con mayorías parlamentarias semejantes a las necesarias para la reforma constitucional<sup>40</sup>. La diferencia estriba en que la traslación de esta supremacía por parte de la Constitución estatal no tiene lugar en favor de otra norma cuyo procedimiento de creación es previsto por ella misma, como ocurre cuando se aplican las cláusulas de reforma constitucional internas, sino en beneficio de normas de creación externa cuya eficacia general autónoma es, como se ha visto, dudosa.

Una segunda opción es aquella que, desdoblado la Constitución del Estado en dos: las normas constitucionales ordinarias por un lado, y el núcleo constitucional intangible por otro, admite la preeminencia aplicativa del Derecho de la

38 En este sentido muy claramente el *Bundesverfassungsgericht* respecto de Alemania, entre otras en la BVerfGE 89, 155 ss. y en la BVerfGE 123, 267, 348-349.

39 Sobre el polimorfismo y el monomorfismo constitucional y sus clases, véase PFERSMANN, O., *Reformas constitucionales inconstitucionales: una perspectiva normativista*, cit. p. 34-35.

40 Cfr. el art. 92 en relación con el art. 91.3 Constitución holandesa, que requiere una mayoría de 2/3 de ambas cámaras para ratificar tratados contrarios a la Constitución, idéntica a la requerida por el art. 137.4 para reformar la constitución; o el art. 50.3 y 4 que remite a las previsiones de reforma constitucional del art. 44.1 y 2 de la Constitución austriaca.

Unión solo respecto de las primeras, una vez ratificados los Tratados constitutivos por los procedimientos constitucionalmente previstos —que habitualmente coinciden con los de la reforma constitucional—, pero lo subordina a la segunda, verdadera «supra-Constitución material». Esta es la postura adoptada por el ordenamiento constitucional alemán en virtud de los arts. 23 y 79 III de la *Grundgesetz* (en adelante GG), el italiano sobre la base del art. 11 en relación con el art. 139 de la Constitución italiana (en adelante CI), o el francés con apoyo en los arts. 54, 88-1, 88-2 y 89 de la Constitución francesa (en adelante CF), pero también los ordenamientos constitucionales de nuevos Estados miembros de la Unión Europea como la República Checa o Polonia<sup>41</sup>. Nada habría que objetar a este modelo si esta supra-Constitución material tuviese un carácter relativo, al menos respecto del poder de reforma constitucional del Estado, y pudiese ser modificada por un poder súper agravado de reforma o mediante una reforma constitucional en dos instancias, que primero eliminase la prohibición de modificación y después, desaparecida ésta, modificase los valores o principios constitucionales antes intangibles. Pero lo cierto es que esta supra-Constitución material se suele identificar con un núcleo de valores y principios fundamentales (entre los que se encuentran los principios estructurales del ordenamiento y los derechos fundamentales), que devendrían indisponibles para todo poder de reforma constitucional tanto interno como externo.

Finalmente, en tercer lugar, el modelo de soberanía plena de la Constitución formal requiere la necesaria conformidad constitucional de los productos normativos procedentes parcial o totalmente de sujetos cuya existencia no ha sido reglada de manera directa por el ordenamiento jurídico estatal, pero cuya relevancia jurídica sí ha sido establecida por éste. En tales casos, la disolución de la soberanía constitucional sólo puede tener lugar tras una previa reforma constitucional que altere la naturaleza suprema de la Constitución estatal o el ámbito espacial de esa supremacía. Este último es, en nuestra opinión, el modelo dogmático por el que habría optado la CE de 1978 como expresión de la «autorreferencialidad» y «positividad» del ordenamiento del que es cúspide, cuya previsión en su art. 93 de la incorporación a nuestro ordenamiento de subordenamientos externos, como el de la Unión Europea, opera en un nivel infraconstitucional.

En efecto, el art. 93 CE prevé que la cesión a organizaciones supranacionales del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución se realice por Ley orgánica, y no mediante una reforma constitucional, cuyas mayorías y rigidez son, en comparación con los arts. 167 y 168 CE, claramente más elevadas que la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. Además, aunque el art. 96.1 CE disponga que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno» y que «sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma

41 Véase el art. 9.2 y el art. 10.a Const. checa y los arts. 90 y 235 Const. polaca.

prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional», dicha inderogabilidad se atribuye a los tratados *válidamente celebrados*. Ello explica que, si un tratado internacional contuviese estipulaciones contrarias a la Constitución y ello fuese declarado por el Tribunal Constitucional, se «exigirá la previa revisión constitucional» (art. 95 CE) para salvaguardar la supremacía constitucional, es decir, que los ciudadanos y los poderes públicos (incluidos los internacionales o europeos) están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE)<sup>42</sup>. Por consiguiente, la globalización que se deriva de la internacionalización o europeización del Derecho Español en ningún caso supone el reconocimiento de la supremacía o paridad jerárquica de las normas constitucionales y las internacionales o comunitarias, entre otras razones porque a través de esta incorporación no se produce ninguna reforma de la Constitución española, ni cabe entender que se ha cedido esa parte de la competencia sobre las competencias a la organización supranacional, dado que solo se puede ceder el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, no de competencias constituyentes<sup>43</sup>. La primacía del Derecho comunitario estaría sujeta, por tanto, a la norma que le ha otorgado su condición de tal, la CE de 1978, es decir, a la *regla de tipo constitutivo*<sup>44</sup> sin cuya existencia su validez interna en el ordenamiento español no sería posible. Otra cuestión es la relativa a las consecuencias que respecto del ordenamiento de la UE o respecto del derecho internacional pudiera tener el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario o del Derecho internacional, cuando las mismas no son reconducibles a los supuestos de invalidez externa que estos ordenamientos disponen.

Sin embargo, frente a esta categorización de nuestro sistema constitucional dentro del tercer modelo mencionado, la DTC 1/2004, de 13 de diciembre ofrece una categorización alternativa. Al afirmar la compatibilidad de la primacía aplicativa del Derecho de la UE (incluso sobre las normas constitucionales) con la supremacía de la CE de 1978, trata de solventar el problema en términos de aplicabilidad y no de validez<sup>45</sup>, eludiendo aparentemente la jerarquización de los ordenamientos, pero aproximando nuestro sistema constitucional al modelo de una supra-Constitución material intangible para el proceso de construcción

42 De acuerdo con ello, el art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, sobre Tratados y otros Acuerdos Internacionales establece que «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, *salvo las normas de rango constitucional*» (la cursiva es nuestra).

43 Así ya la DTC 1/1992, de 1 de julio, FFJJ 2º, 4º y 5º. En este mismo sentido ALÁEZ CORRAL, B., «Soberanía constitucional e integración europea», *Fundamentos*, N.º 1, 1998, p. 539-548; y PUNSET BLANCO, R., «Soberanía estatal e integración europea», *Asamblea*, N.º 25, 2011, p. 148-150.

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

45 Cfr. REQUEJO PAGES, J.L., *Sistemas normativos, constitución y ordenamiento: la constitución como norma sobre la aplicación de normas*, cit., p. 21 ss.

europea, en la medida en que la supremacía solo se haría valer con respecto a las «estructuras constitucionales básicas y el sistema de valores y principios fundamentales»<sup>46</sup>. Sin entrar aquí en un análisis detallado, la distinción entre primacía y supremacía resulta insatisfactoria<sup>47</sup>. Además, en una Constitución sin cláusulas de intangibilidad como la española, que permite su reforma total y la reforma de sus contenidos más fundamentales (art. 168 CE)<sup>48</sup>, no hay una supra-Constitución material que permita distinguir entre unos y otros contenidos constitucionales. La DTC 1/2004 debería haberse mantenido en la senda de considerar el art. 93 CE una vía orgánico-procedimental, pero también material, a través de la cual canalizar el proceso de integración europea, permitiendo una especie de *mutación constitucional por vía interpretativa*<sup>49</sup>. Pero debería haber salvaguardado la supremacía de la CE exigiendo que toda contradicción insuperable con el texto constitucional del Derecho de la Unión, afecte o no a los principios, valores o estructuras fundamentales de la Constitución, requiera la previa reforma constitucional en virtud del art. 95 CE, pues la supremacía no permite la reforma constitucional implícita<sup>50</sup>. Respetar la supremacía de la Constitución implica también respetar la soberanía del pueblo español (art. 1.2 CE), lo que es una condición de legitimidad del sistema jurídico y por ende de su eficacia.

Finalmente, si la supremacía (que opera en el ámbito de la validez) permanece en manos de la Constitución española, como afirma la DTC 1/2004, pero se admite la primacía aplicativa del Derecho europeo (o internacional) sobre la Constitución misma, se producirían dos consecuencias inevitables. De un lado, ello implicaría una auténtica suspensión de las normas constitucionales no fundamentales o esenciales en aquellas materias de competencia de la Unión, lo que no parece muy congruente ni con la prohibición de celebrar tratados contrarios a la Constitución (art. 95 CE), ni con las mayorías menos cualificadas que las de reforma constitucional requeridas para su celebración (art. 93 en relación con los arts. 167 y 168 CE). De otro lado, no sería ya una primacía absoluta, como exige la jurisprudencia del TJUE<sup>51</sup>, en la medida en que el Tribunal Constitucional de

46 DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FEJJ 3<sup>a</sup>-4<sup>o</sup>.

47 Cfr. MATÍA PORTILLA, J., «Dos constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre)», *REDC*, N<sup>o</sup> 74, 2005 p. 349-353.

48 Por muchas, véanse las STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7<sup>o</sup>, STC 31/2009 de 29 de enero, FJ 13<sup>o</sup> y STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 4<sup>o</sup>.

49 Sobre las lícitas mutaciones por vía interpretativa y las mutaciones inconstitucionales que alteran el contenido constitucionalmente adecuado de las disposiciones constitucionales, asumimos la distinción de BÖCKENFÖRDE, E.W., «Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel», *Staat, Nation Europa*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1999, p. 141 ss.

50 Cfr. ALÁEZ CORRAL, B., «La reforma constitucional como cauce de las transformaciones actuales del Estado español», AA.VV., *La Constitución democrática ayer y hoy: Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. I, Editorial Universitas, Madrid, 2012, p. 425 ss.

51 Cfr. PUNSET BLANCO, R., «Derechos fundamentales y primacía del Derecho Europeo antes y después del caso Melloni», *TRC*, N<sup>o</sup> 39, 2017, p. 207.

un Estado miembro, como el español, se reserva un poder de control del respeto de las mencionadas estructuras y principios fundamentales por parte el Derecho de la Unión Europea, para garantizar *ex ante*, pero también *ex post*<sup>52</sup>, la supremacía constitucional, es decir, la última palabra jurisdiccional como parte de la *competencia sobre las competencias*.

### III. LA GLOBALIZACIÓN JURÍDICA MATERIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: LA HOMOGENEIZACIÓN INTERNACIONAL/SUPRANACIONAL DEL CONSTITUCIONALISMO

En lo que se refiere al segundo proceso de globalización jurídica que experimenta el Derecho constitucional español, el material, el mismo aparece reflejado en la homogeneización de algunos de los principios y valores del constitucionalismo, como consecuencia de la apertura supranacional e internacional que aquél dispone y que permite recoger e integrar la regulación globalizada ya existente o venidera de ciertas materias constitucionales<sup>53</sup>. A ello ayuda, sin duda, la globalización de los medios de comunicación y de la cultura que conduce a la comprensión de los valores del constitucionalismo como parte del humanismo<sup>54</sup>, no solo entre las élites políticas dirigentes sino también en la sociedad civil, con la consiguiente pretensión de los sistemas jurídicos de aparentar ser (al menos) todo lo humanistas posible, emulando las conquistas en derechos que se van consiguiendo en otros países democráticos. Un buen ejemplo de ello, sin duda, es el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio de las personas del mismo sexo que, de un solo país en 2001 (Holanda), ha pasado, con Alemania como último ejemplo, a veintitrés en 2017.

Como antecedente de este proceso de globalización material ha de tenerse en cuenta la marcada inclinación hacia un método comparado que siguió la elaboración del texto constitucional de 1978, y que explica que el mismo esté plagado de disposiciones normativas que tratan de incorporar a nuestro texto constitucional instituciones y modelos constitucionales ya existentes en otros países de nuestro entorno occidental<sup>55</sup>. Pero, más allá de ello, el propio texto constitucional de

52 Cfr. arts. 27.2 c), 31, 32.1 y 35 de la Ley Orgánica 1/1979 del Tribunal Constitucional —en adelante LOTC—, así como la DTC 1/1992, de 1 de julio, FJ 1º, a pesar de la perturbación que para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada.

53 Una tendencia generalizada en el Derecho constitucional occidental, como indica BRYDE, B. O., «Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts», *Der Staat*, Vol. 42, 2003, p. 68 ss.

54 En este sentido, DUPRÉ, C., *Age of dignity*, Hart Publishing, Oxford & Portland, 2015, p. 172 ss.

55 Cfr. PERGORARO, L., «El derecho comparado y la Constitución española de 1978», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol. 9, 2005, p. 292 ss.



1978 contiene dos puertas abiertas a la homogeneización (globalización jurídica material) de sus disposiciones constitucionales con el entorno europeo o internacional, dos operaciones comunicativas que permiten la apertura cognitiva del sistema constitucional español hacia expectativas nacidas fuera de él pero que se consideran merecedoras de garantía constitucional. De un lado, el mencionado art. 93 CE que permite nuestra integración Europea, del que ya se ha hablado en relación con la globalización formal, pero que también tiene influencia en lo que se refiere a la globalización material. Y de otro lado, el art. 10.2 CE que convierte a los tratados internacionales sobre derechos humanos (y por tanto también a su interpretación por los organismos internacionales competentes) en criterio prevalente para la interpretación de los derechos fundamentales recogidos por la CE de 1978. En este ámbito sí que resulta útil el llamado «diálogo entre tribunales», pues el mismo se convierte en una vía de entrada de esta globalización material, aunque finalmente el mismo termine en casos puntuales en un conflicto, propio de la globalización formal, entorno a la ubicación de la competencia sobre las competencias —sea la interpretativa, sea la modificativa—.

### 3.1. Globalización jurídica material a través de la integración en la Unión Europea: incidencia sobre la forma de gobierno, la Constitución económica y la garantía de los derechos fundamentales

Esta globalización viene de la mano del marco normativo establecido por el Derecho (originario y derivado) de la UE para articular el proceso de integración europea. Como se ha visto en el apartado referido a la globalización formal, la integración europea puede conllevar una mutación interpretativa del contenido de las normas constitucionales, compatible con la supremacía de la CE siempre que no se afecten las estructuras, principios y valores constitucionales fundamentales. Aunque este marco normativo homogeneizado se refiere sobre todo a la Constitución económica en la medida en que la UE se basa en las Comunidades Europeas y éstas nacieron primariamente como integración económica, el mismo afecta también a la forma de gobierno, conforme a la cual se estructuran los procesos de producción normativa —órganos y procedimientos legiferantes de la UE que sustituyen a los previstos por la CE de 1978 en las materias atribuidas a la competencia de aquélla—, así como al contenido mínimo y máximo garantizado por los derechos fundamentales cuando sobre el mismo tienen incidencia las políticas de la Unión y por tanto el proceso de integración europea. Por supuesto que la homogeneización que conlleva la integración europea afecta a muchos otros ámbitos materiales de regulación constitucional, como por ejemplo el sistema de fuentes del derecho, la organización territorial del Estado o la realización del principio democrático, de todos los cuales no podemos ocuparnos en este breve trabajo. Se deja a un lado también el posible impacto que pueden tener los tratados transatlánticos de inversiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y el

principio de Estado social y democrático de derecho, especialmente como consecuencia de su previsión de un «Tribunal Especial de Inversiones» como órgano de arbitraje obligatorio para inversores y Estados, que asumiría competencias en materia civil, laboral, administrativa y fiscal, entre otras materias, usurpando parte de las funciones judiciales estatales.

Ciertamente, el proceso de globalización jurídica material que conlleva la integración europea se somete a límites en el propio Tratado de la Unión Europea para garantizar una mínima diversidad sobre la que se sustenta la Unión Europea. Así, el artículo 4 TUE, junto al principio de atribución competencial (apartado 1º), dispone en su apartado 2º que la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales<sup>56</sup>, incluida su autonomía local y regional, así como las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional, competencia esta última que seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro<sup>57</sup>. Si bien el TJUE es relativamente generoso en la apreciación de la concurrencia de esta identidad nacional para admitir una aplicación o desarrollo legal no homogéneo del Derecho de la Unión —y por tanto no globalizado materialmente—, lo cierto es que aquél sigue siendo el órgano competente para interpretar el alcance este límite competencial de la Unión<sup>58</sup> —y no los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros—, aunque tenga en cuenta, hasta cierto límite, su interpretación de los elementos normativos que configuran esa identidad nacional<sup>59</sup>.

Además, no es menos cierto que, inversamente, como base normativa abstracta de esta globalización material derivada de la integración en la Unión Europea, el

56 Por tanto, no limita los poderes homogeneizadores de la Unión Europea si no se trata de estructuras fundamentales; cfr. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., «Observaciones sobre la cláusula de identidad nacional», AA.VV., *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 438.

57 Aunque la redacción del art. 4.2 TUE varía con respecto a la de su predecesor (art. 6.3 TUE) en el sentido de ser más restrictiva, no es menos cierto que elementos como la historia, la cultura, la economía, el derecho y la religión, siguen formando parte de dicha identidad nacional, pues la definición de los elementos que componen las estructuras fundamentales del Estado miembro no es exhaustiva, tal y como pone de relieve MANGAS MARTÍN, A., «Configuración del estatuto internacional del Estado en la Unión Europea: el respeto a la identidad nacional», Torres Bernárdez, S., (Coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, IPROLEX, Madrid, 2013, p. 451; y el propio TJUE en su Sentencia de 22 de diciembre de 2010, C-208/09 (asunto Sayn-Wittgenstein), con relación a la abolición de títulos nobiliarios en Austria y la irregistrabilidad de un apellido nobiliario de una ciudadana alemana que quería establecerse en dicho Estado.

58 MANGAS MARTÍN, A., *Configuración del estatuto internacional del Estado en la Unión Europea: el respeto a la identidad nacional*, cit., p. 465.

59 Así, por ejemplo, la STJUE 29 de noviembre de 2007, Rafael de Bustamante Tello c. Consejo de la Unión Europea, C-10/06 excluyó considerar representación permanente del Estado español ante la UE las representaciones comerciales de las CCAA., lo que en puridad no se opone a considerar a las CCAA como Estado, tal y como ha hecho el Tribunal Constitucional, puesto que esta consideración no las integra en la parte del aparato institucional responsable de la competencia de relaciones internacionales (el Estado central).

art. 2 TUE establece que los Estados miembros deben respetar los valores en los que se fundamenta la Unión de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Los Estados miembros tampoco pueden alegar disposiciones, prácticas o estructuras de su ordenamiento constitucional para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión<sup>60</sup>. Hasta tal punto se requiere esta homogeneidad material de valores que el art. 49 TUE exige su respeto para los Estados candidatos a acceder a la Unión y el art. 7 TUE considera su violación grave, o el riesgo mismo de su violación grave por parte de un Estado miembro, causa justificada para poner en marcha los procedimientos de suspensión y observación respectivamente. Por consiguiente, apartarse de esta homogeneidad material básica, sobre todo en Estados miembros como España que no han declarado intangibles para el poder de reforma constitucional los valores democráticos en los que se fundamenta la Unión Europea, resultaría incompatible con la pertenencia a ésta.

Veamos brevemente ahora la huella que está dejando en nuestro sistema constitucional la globalización jurídica material de los tres ámbitos mencionados anteriormente.

Con respecto a la globalización jurídica que se produce en materia de *forma de gobierno*<sup>61</sup>, la gubernamentalización que la misma conlleva se deja ver mucho más en aquellos Estados con forma parlamentaria de gobierno, como España, que en aquellos de formas presidencialistas o semi-presidencialistas. Ello se debe al marcado carácter intergubernamental que aún posee la estructura institucional de la Unión Europea, en la que dos de las tres instituciones legiferantes tienen carácter gubernamental (Comisión) o intergubernamental (Consejo), y solo una parlamentario (Parlamento europeo), siendo, además, la de carácter intergubernamental la que tiene atribuida la voluntad jurídica y políticamente (en su formación de Consejo Europeo) más relevante dentro de la Unión<sup>62</sup>. Esta gubernamentalización de muchas decisiones políticas produce una lícita mutación de la forma de gobierno parlamentaria prevista en el sistema constitucional español (art. 1.3 CE) en la medida en que los Tratados constitutivos de la Unión ponen en manos de instituciones comunitarias prevalentemente intergubernamentales la toma de decisiones que *a priori*,

60 Así, por ejemplo, véase respecto de la organización territorial del Estado SSTJUE 11 de octubre de 2001, Comisión c. Austria, C-110/00; de 12 de diciembre de 1996, Comisión c. Alemania, C-298/95; o de 6 de junio de 2000, Comisión c. Bélgica, C-236/99; y respecto de la organización militar STJUE de 11 de Enero de 2001, Tanja Kreil C-285/98.

61 Con todas las cautelas con las que se puede trasladar un concepto como el de forma de gobierno — que presupone la existencia de un Estado — a una estructura institucional supranacional que aún no lo es; cfr. PORRAS RAMÍREZ, J.M., «La arquitectura institucional de la Unión Europea: consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa», *REP*, N° 156, 2012, p. 126-127.

62 Limitando, así, los esfuerzos por parlamentarizar la estructura institucional de la Unión Europea como mecanismo para reducir su déficit democrático; cfr. PORRAS RAMÍREZ, J.M., *La arquitectura institucional de la Unión Europea: consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa*, cit., pp. 162-163.

conforme a al marco orgánico-procedimental previsto en la CE de 1978, debieran tomarse en sede parlamentaria, o sobre las que las Cortes Generales debieran tener, al menos, un poder de control. Piénsese, por ejemplo, que conforme a la CE de 1978 existe una reserva de Ley (parlamentaria) en materias como la tributaria (art. 31 CE) o la relativa al desarrollo (art. 81 CE) y la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.2 CE); e inversamente que no existe materia reservada al Gobierno o a su administración; o que el Gobierno obtiene y pierde su confianza exclusivamente del Parlamento. Sin embargo, disposiciones no exclusivamente aprobadas por el Parlamento Europeo y con marcado carácter intergubernamental, como la Directiva 2006/112/CE, del Consejo, 28 de noviembre de 2006, regulan el sistema común de un tributo como el Impuesto sobre el Valor Añadido. Igualmente la Directiva marco (2002/21/CE), la Directiva de acceso a redes (2002/19/CE) y la Directiva sobre el servicio universal y derechos de los usuarios (2002/22/CE) imponen en favor de las Autoridades Nacionales Reguladoras de los mercados la reserva de una potestad decisoria discrecional no predeterminable legalmente, debilitando así el alcance que tiene el principio constitucional de primacía de la ley parlamentaria y la inexistencia de una reserva de administración<sup>63</sup>.

Este déficit parlamentario, que parcialmente se traduce también en un déficit democrático<sup>64</sup>, se ha tratado de salvar, como es sabido, incrementando el poder co-legislativo y co-presupuestario del Parlamento Europeo (art. 14.1 TUE) y atribuyéndole la facultad de co-elegir, junto al Consejo, al Presidente de la Comisión Europea, así como la de provocar el cese de la Comisión en su conjunto mediante una moción de censura (art. 17.7 y 8 TUE, y art. 234 TFUE)<sup>65</sup>. Pero también a través del Protocolo N° 1 al TUE (introducido con el Tratado de Lisboa de 2009) sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, que contempla nuevas y obligatorias herramientas de información y comunicación entre los Parlamentos nacionales y el Parlamento europeo en la fase ascendente de creación del Derecho de la Unión.

Con todo, este último mecanismo de re-parlamentarización de la política de la Unión solo sirve parcialmente a este fin, puesto que no convierte a los Parlamentos nacionales en las instancias decisorias respecto de la participación de los

63 Sobre ello en detalle, BAÑO LEÓN, J.M., «Reserva de administración y Derecho comunitario», ESPLUGUES MOTA/PALAO MORENO/PENADES FONS (Coords.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum: José Luis Iglesias Bubiñes*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 837 ss.

64 Ello es consecuencia de la falta de elección democrática directa de muchos de los representantes de los Gobiernos que participan en las instituciones intergubernamentales de la UE, tanto en la Unión como en los Estados Miembros con forma de gobierno parlamentaria, lo que aleja de la ciudadanía al menos un eslabón más la cadena de legitimación democrática; cfr. POSCHER, R., *Verfassungsrecht der Globalisierung, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer*, cit., p. 182.

65 Para JAKAB, A., «Full Parliamentarisation of the EU Without Changing the Treaties: Why We Should Aim for it and How Easily it Can Be Achieved», *Jean Monnet Working Papers* N° 3, 2012: <http://www.jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/JMWP03Jakab.pdf> (consultado el 7.04.2017), precisamente en mejorar y profundizar esta parlamentarización mediante una suerte de convenciones constitucionales europeas radica la superación del llamado déficit democrático de la Unión.

Estados miembros en la formación de la voluntad de los órganos de la Unión, ni tampoco les permite condicionar la voluntad de los Jefes de Estado o de Gobierno, o de los respectivos Ministros que toman parte en el Consejo Europeo como órgano legislativo. Esto último depende únicamente de los mecanismos de refuerzo de la participación parlamentaria en la creación de Derecho de la Unión que hayan establecido los Estados miembros a nivel constitucional o legal. En el caso de España, ausente una regulación constitucional expresa de la participación de las Cortes Generales en la creación o aplicación del Derecho comunitario derivado, la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, prevé la creación de una Comisión mixta de ambas cámaras para hacer un seguimiento de las fases tanto ascendente como descendente de creación y aplicación del Derecho de la Unión. Pero dicha Comisión tiene una naturaleza meramente informativa, a diferencia de la competencia de co-participación informada que les reconoce en asuntos europeos el art. 23.2 GG alemana al Parlamento y al Consejo federal<sup>66</sup>, y de la obligación que consecuentemente le impone el art. 23.3 y 5 GG al Gobierno federal de tener en cuenta la posición de ambos órganos constitucionales en las negociaciones que le correspondan ante los órganos legislativos de la Unión<sup>67</sup>. Por ello, la citada Ley 8/1994 difícilmente se puede decir que vaya a paliar esta gubernamentalización de la forma de gobierno parlamentaria.

Vinculada a la anterior se produce la globalización jurídica en materia de *Constitución económica*. De un lado, las disposiciones de Derecho de la UE sobre libertad de competencia imponen, para conseguir la unidad del mercado interior en el marco de una economía ya globalizada, severas restricciones a la intervención (especialmente monopolística) del Estado en la actividad económica<sup>68</sup>, mucho más ampliamente permitida por la CE de 1978. Así, se reducen mucho las posibilidades reales de aplicar el art. 128.2 CE, conforme al cual «se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general»<sup>69</sup>. Y también se ve restringido el margen de actuación de los poderes públicos que permite el art. 130.1 CE para la «modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles», y el art. 131.1 CE para «planificar la actividad económica general para

66 Cuyo alcance y eficacia obligatoria han sido precisados y reforzados en la BVerfGE 131, 152.

67 Una participación co-decisoria similar prevé el art. 88.4 Const. francesa y el art. 161 j) de la Const. portuguesa en relación con las materias reservadas a la ley parlamentaria.

68 Véanse, entre otros, los arts. 101 a 106 TFUE y el Reglamento 1/2003 (CE), de 16 de diciembre de 2002.

69 Un ejemplo de ello son las SSTJUE de 17 de noviembre de 1992, Reino de España contra la Comisión (asuntos C-271/90, C-281/90 y C-289/90).

atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución»; sobre todo en la medida en que se trate de ayudas públicas que se consideren por las instituciones comunitarias incompatibles con la libertad de competencia y el mercado interior<sup>70</sup>.

Pero, de otro lado, en conexión con lo anterior y con el fin de superar el elevado déficit público que emerge con una fuerza inusitada en el contexto de la actual crisis económica sobre todo en las economías más débiles de la Unión, la UE ha ido requiriendo, como es sabido, una cada vez mayor homogeneización de las reglas presupuestarias y sobre déficit, que en el caso de España ya estaba prevista a nivel infraconstitucional en la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria y en la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley general de estabilidad presupuestaria<sup>71</sup>. A impulso de las instituciones de la UE se consideraron insuficientes estas previsiones legales y se requirió que las mismas se estableciesen en el propio marco constitucional<sup>72</sup>, decisión que se plasmó en la reforma constitucional del art. 135 CE<sup>73</sup>, que tuvo lugar en 2011<sup>74</sup> en medio de fuertes críticas tanto al contenido de la reforma como a la forma constitucional de hacerlo. Dicho precepto dispone ahora, entre otras medidas, que «las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria», no pudiendo incurrir en un «déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros», pero también que «los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta»<sup>75</sup>.

Varios diputados del grupo parlamentario de Izquierda Unida en el Congreso recurrieron mediante un recurso de amparo constitucional la tramitación

70 El art. 107 TFUE prohíbe como regla general las ayudas de Estado, aunque contiene una lista de excepciones, desarrolladas por diversos Reglamentos de la UE.

71 Cuya constitucionalidad había sido confirmada poco antes por la STC 134/2011, de 20 de julio.

72 Pacto por el Euro Plus, acordado en el Consejo Europeo de 24 y 25 de marzo de 2011, que fue seguido después de nuestra reforma constitucional por la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona del euro, de 9 de diciembre de 2011. También, ya en un plano normativo, véase la modificación que se produjo del art. 136.3 TFUE y a la ratificación del nuevo Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), de 2 de febrero de 2012, que lo desarrolla.

73 Otros Estados miembros como Alemania ya habían modificado los arts. 91.c, 91.d, 104.b, 109, 109.a, 115 y 143.d GG en el año 2009; y en Italia, por ejemplo, se hizo a través de la modificación del art. 97.1 Const. italiana que tuvo lugar en 2012.

74 La reforma constitucional se propuso el 26 de agosto de 2011 y en un tiempo récord fue aprobada por las 3/5 partes de ambas cámaras el 7 de septiembre de 2011, siendo publicada en el BOE el 27 de septiembre de 2011 tras la sanción y promulgación regia, sin que 1/10 de diputados o de senadores hubiesen solicitado la convocatoria de un referéndum en el plazo de 15 días tras su aprobación parlamentaria como permite el art. 167 CE.

75 Su desarrollo legislativo tuvo lugar a través de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

de esta reforma alegando, entre otros motivos, que la reforma afectaba a los principios fundamentales del Estado previstos en el Título preliminar (como la cláusula de Estado social) y a los derechos fundamentales por lo que debía haberse tramitado por el procedimiento súper-agravado del art. 168 CE, que prevé un referéndum preceptivo, y no por el ordinario del art. 167 CE. Aunque el Tribunal Constitucional desestimó el recurso afirmando que no había una afectación directa de los principios estructurales del art. 1 CE y que no se podía interpretar extensivamente el ámbito de aplicación del procedimiento del art. 168 CE<sup>76</sup>, lo cierto es que, en mi opinión, la reforma del art. 135 CE sí conlleva una mutación del modelo de Constitución económica previsto en 1978. En efecto, se está pasando de un Estado social en el que resultaba difícil inferir ningún mandato inequívoco de contención fiscal, sobre todo a la luz de las diversas disposiciones finalistas en materia socio-económica que, como el art. 40 CE, alentaban que los poderes públicos promoviesen las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica<sup>77</sup>, mediante, entre otros instrumentos, una política de gasto público que asignase equitativamente los recursos públicos (art. 31.2 CE), a un Estado menos social en el que los límites europeos del déficit, la estabilidad presupuestaria y la prioridad absoluta del pago de los intereses de la deuda pública se convierten en una regla constitucional («regla de oro»)<sup>78</sup> que condiciona sistemáticamente no solo el entendimiento de la función presupuestaria, sino sobre todo la interpretación de las mencionadas normas finalistas en materia socio-económica<sup>79</sup>. Solo se puede escapar de este nuevo entendimiento globalizado europeo de la Constitución económica y superar los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública, si la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados lo considera necesario en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado (art. 135.4 CE). Pero caben serias dudas de que ésta cláusula de escape por muy ampliamente que se quiera interpretar pueda ser suficiente para retornar al modelo Estado social y por tanto de Constitución económica inicialmente diseñado por la CE de 1978<sup>80</sup>, sin mencionar que, además, la activación de esta vía de escape debería contar, a la luz al art. 126 TFUE, con el consenso de la Comisión y el Consejo de la UE, a los

76 ATC 9/2012, de 13 de enero, FJ 2º.

77 MEDINA GUERRERO, M., «La reforma del artículo 135 CE», *TRC*, Nº 29, 2012, pp. 137-138.

78 Incluida en el «pacto presupuestario» previsto por el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, de 2 de marzo de 2012, suscrito por todos los países de la UE salvo, el Reino Unido, la República Checa y Croacia.

79 CARRILLO LÓPEZ, M., «Constitución y control de las finanzas públicas», *REDC*, Nº 101, 2014, pp. 26-31

80 Cfr. SANCHEZ BARILAO, J.M., «La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nº 137, 2013, p. 696-697.

que atribuye a el poder para flexibilizar las condiciones de cumplimiento de los límites del déficit por parte de un Estado miembro. Por ello, no son pocas las voces que han abogado -hasta ahora infructuosamente- bien por derogar el art. 135 tal y como se ha redactado en 2011<sup>81</sup>, o por modificarlo introduciendo las condiciones necesarias para la salvaguardia de la «estabilidad social» del Estado<sup>82</sup>.

Por último, la globalización que se deduce de la integración europea, conduce también a una homogeneización derivada de la construcción de un verdadero espacio jurídico europeo de los *derechos fundamentales*<sup>83</sup>. Dejando a un lado las libertades de corte económico que ya se introducen con el nacimiento de las Comunidades Europeas, la primera plasmación formal de la globalización material derivada de este espacio iusfundamental europeo data de 1992, cuando, constatada por el Tribunal Constitucional la incompatibilidad entre algunos derechos de la nueva «ciudadanía europea» introducida por el TUE y la CE de 1978<sup>84</sup>, se reforma el art. 13.2 CE. Al citado art. 13.2 CE se le añade la expresión «y pasivo» para permitir que los ciudadanos europeos pudiesen no solo votar sino también ser elegibles en las elecciones municipales. A lo largo de estos veinticinco años han sido diversas las adaptaciones interpretativas del Derecho constitucional español en materia de derechos fundamentales a la creciente homogeneización derivada del Derecho de la UE, la mayoría de ellas en relación con los derechos fundamentales cuyo objeto y contenido cae más de lleno en los ámbitos de competencia de la Unión, como la igualdad y la no discriminación, la libertad de circulación, la libertad de empresa, la protección de datos, pero también libertad de expresión, el derecho de asociación política (en la medida en que hay partidos políticos europeos), el derecho de participación política o el acceso a cargos y funciones públicas, e incluso derechos procesales, como el derecho a un juicio justo en el ámbito de la cooperación en materia penal y judicial, respecto del cual representa un punto culminante el Caso Melloni, decidido por el Tribunal Constitucional en 2014<sup>85</sup>.

Como ya se vio antes, el art. 2 TUE dispone expresamente esa base iusfundamental homogénea dentro de la Unión, aunque lo haga de una forma abstracta en

81 Proposición de reforma del art. 135 CE (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 146-1, de 29/11/2013), presentada por los Grupos Parlamentarios de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural y Mixto, que incluso preveía darle la vuelta al argumento y blindar el Estado social frente a la globalización austericida, añadiendo al antiguo art. 135 CE un nuevo apartado 3º con este contenido: «El pago de los créditos presupuestarios para satisfacer la financiación necesaria que garantice la cobertura universal de los servicios públicos fundamentales gozará de prioridad absoluta frente a cualquier otro gasto». La propuesta, sin embargo, fue rechazada por el Pleno del Congreso de los Diputados.

82 Propuesta del PSOE <http://web.psoe.es/source-media/000000612000/000000612228.pdf> (consultado el 7.04.2017).

83 Cfr. FREIXÉS SANJUAN, T., «Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y perspectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales», *RDCE*, N.º. 4, 2005, p. 74 ss.

84 DTC 1/1992, de 1 de julio.

85 STC 26/2014, de 13 de febrero.



una disposición de carácter materialmente constitucional. Además, el art. 6 TUE confiere valor jurídico de Derecho originario a los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 (en adelante CDFUE), y valor de principios generales del Derecho de la Unión a los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y a los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Más allá de estas abstractas disposiciones del Derecho originario de la Unión, también se ha ido creando a través del Derecho derivado —Reglamentos, Directivas o Decisiones— una regulación iusfundamental homogénea que, como es sabido, se impone en virtud del principio de primacía incluso sobre las disposiciones constitucionales de los Estados miembros, y cuyo intérprete supremo pasa a ser el TJUE y no los Tribunales Constitucionales de los éstos.

Los problemas que plantea este ámbito de globalización material aparecen cuando es preciso determinar hasta dónde es admisible esta homogeneización europea de los derechos fundamentales y dónde se entra en el peligroso ámbito de los límites a la globalización formal a los que los Estados miembros pueden apelar para preservar su supremacía constitucional cuando consideren que se ven comprometidos los principios o valores esenciales de su ordenamiento constitucional. O, inversamente, hasta dónde puede el TJUE reafirmar la necesidad de esa globalización material como una consecuencia de la irrenunciable globalización formal, determinando él mismo si se ha respetado o no la identidad nacional de los Estados miembros.

Así, por ejemplo, en el citado caso Melloni, el Tribunal Constitucional planteó cuestión prejudicial ante el TJUE relativa, entre otros, a si la Decisión Marco 2002/584 del Consejo, de 13 de junio, sobre la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros, permitía excepcionar la entrega cuando la Constitución española —que según la interpretación del Tribunal Constitucional hasta ese momento impedía la extradición de un condenado por delito grave en rebeldía si no se le garantizaba un nuevo juicio *in presentia*<sup>86</sup>— otorgaba una mayor garantía de los derechos del acusado a un juicio con todas las garantías. A pesar de que el art. 53 CDFUE dispone que «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros», el TJUE no interpretó esta disposición del mismo modo que el TEDH hace con su equivalente art. 53 CEDH. El supremo intérprete del Derecho de la Unión considera que la misma no confiere un margen de apreciación al Estado

86 Jurisprudencia establecida desde la STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 14º.

miembro que le permita inaplicar el Derecho comunitario para evitar una vulneración del mayor nivel de garantía que su Constitución nacional otorga a un derecho fundamental recogido en la Carta, pues ello atentaría contra la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión<sup>87</sup>.

Al respecto es de destacar que no todos los Estados miembros responden de la misma manera a situaciones aparentemente semejantes, ni siquiera responden de la misma manera de una forma continuada en el tiempo. Así, el Tribunal Constitucional español acepta en el caso Melloni la interpretación del TJUE y modifica su jurisprudencia en relación con el derecho a un juicio justo y con todas las garantías (art. 24.2 CE)<sup>88</sup>, por no entender comprometido ningún principio o valor esencial del ordenamiento constitucional español. Es decir, acepta la homogeneización material que conlleva para la integración europea la Decisión marco 2002/584, esquivando el conflicto que plantearía reconducir el asunto a una problema de globalización formal (aunque innecesariamente lo recuerde) y reformulando su interpretación del contenido esencial del derecho a un juicio justo y con todas las garantías a la luz de una doctrina jurisprudencial del TEDH y del TJUE. Sin embargo, en un caso relativamente similar, el *Bundesverfassungsgericht* alemán adopta la postura opuesta, interpreta por sí mismo de manera conforme con el principio constitucional de la dignidad humana la Decisión marco 2002/584 y declara contraria al art. 1.1 GG su aplicación tal y como había concluido el TJUE<sup>89</sup>.

En resumen, esta globalización material derivada de la integración europea tiene una incidencia muy elevada en disposiciones altamente abstractas de la CE de 1978, como los principios estructurales y de la forma de gobierno, la Constitución económica o los derechos fundamentales, y en los casos extremos en los que ya no es ya posible la lícita mutación constitucional interpretativa y se puede estar ante una mutación inconstitucional contraria al texto constitucional, la misma se ve condicionada por el modelo de globalización formal por el que haya optado el sistema constitucional.

### 3.2. Globalización jurídica material a través de las cláusulas constitucionales de apertura a la regulación internacional de los derechos fundamentales

Otro ámbito de globalización jurídica material que afecta a los valores del constitucionalismo como movimiento político se refiere a la homogeneización de la garantía constitucional de los derechos fundamentales. La globalización material de este campo se lleva a cabo principalmente a través de la jurisprudencia de

87 Sentencias de 26 de febrero de 2013, caso Akerberg Fransson (C-617/10) y caso Melloni (C-399/11).

88 En este mismo sentido, PUNSET BLANCO, R., *Derechos fundamentales y primacía del Derecho Europeo antes y después del caso Melloni*, cit., p. 206-207.

89 BVerfGE 140, 317.

los organismos internacionales encargados de la aplicación e interpretación de los Tratados internacionales sobre derechos humanos, como vía para la integración en el ordenamiento nacional de una interpretación homogeneizada de los elementos esenciales (sujetos, objeto, contenido, límites y garantías) de los derechos fundamentales.

Como es sabido, el Derecho constitucional español está especialmente abierto a esta forma de globalización material, no solo porque los tratados internacionales gozan ex art. 96 CE de una preferencia aplicativa respecto de las normas nacionales infra-constitucionales (incluidas las Leyes), sino sobre todo por la función interpretativa que a éstos, incluido el Derecho de la Unión Europea (originario o derivado)<sup>90</sup>, les atribuye el art. 10.2 CE respecto de los derechos fundamentales.

El citado precepto dispone imperativamente que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», lo que hace de estos tratados, y en particular del CEDH, el nexo de unión de un constitucionalismo europeo democrático, basado en la dignidad humana<sup>91</sup>. Además de esta cláusula general, el art. 39.4 CE contempla una específica apertura al Derecho internacional con respecto a los derechos fundamentales del niño, al prever que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»<sup>92</sup>.

Tal y como han puesto de relieve nuestra doctrina<sup>93</sup> y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>94</sup>, la apertura interpretativa del art. 10.2 CE no alcanza sólo a los textos internacionales en sí mismos considerados, sino que, allí donde dichos textos proveen de instituciones u organismos encargados de clarificar el sentido de los derechos fundamentales recogidos en ellos —como es el caso del TEDH dentro del sistema del CEDH (art. 19)-<sup>95</sup>, las decisiones de aquéllos también formarán parte de ese canon interpretativo internacional al que remite el art. 10.2 CE,

90 Cfr. STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014, FJ 4º.

91 Cfr. DUPRÉ, C., *Age of dignity*, cit., p. 179.

92 Más allá de convertir específicamente a la Convención de las NU sobre los derechos del niño de 1989 (uno de esos acuerdos internacionales que vela por los derechos de los niños) en canon interpretativo de los derechos fundamentales que los niños disfrutan como cualquier otra persona o ciudadano, permite a los poderes públicos adoptar medidas que introduzcan tratamientos desiguales para proteger la infancia sin atentar contra el artículo 14 de la CE. Cfr. STC 55/1994, de 24 de febrero, FJ 2º.

93 SÁIZ ARNÁIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 148 ss.

94 Entre muchas, véanse la STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 10º; la STC 245/1991, de 16 de diciembre, FFJJ 3º-4º; la STC 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3º; o la STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6º.

95 Pero también del Comité Europeo de Derechos Sociales previsto en los arts. 24 y 25 de la Carta social europea de 1961; el Comité de Derechos Humanos de las NU respecto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 28) y del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales (art. 19) de 1966; el Comité de los Derechos del Niño instituido por el art. 43 de la Convención de las NU sobre Derechos del Niño de 1989, o finalmente el Comité de Derechos de las personas con discapacidad instituido por el art. 34 de la Convención de las NU sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006, entre otros.

como ha quedado muy claramente de relieve, entre muchas en la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>96</sup>. Más allá del cumplimiento de las decisiones de los órganos de aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en los casos en los que España haya podido ser condenada, que se deriva de la fuerza obligatoria supra-legal que les otorga el art. 96 CE, la mencionada apertura interpretativa tiene como consecuencia que las argumentaciones del TEDH y de los demás organismos encargados de velar por la aplicación y eficacia de los tratados sobre derechos humanos, aún recaídas en casos distintos a aquellos en los que España haya sido parte, también deben ser tenidas en cuenta por los órganos jurisdiccionales españoles —de todo orden y nivel jurisdiccional— a la hora de resolver conflictos de naturaleza semejante en los que se deba aplicar alguna disposición constitucional sobre derechos fundamentales análoga a los preceptos convencionales interpretados. Hasta tal punto es así, que el propio Tribunal Constitucional español ha determinado, al interpretar las situaciones en las que cabe admitir un recurso de amparo constitucional por tener éste especial trascendencia constitucional (art. 50 LOTC), que se ha de apreciar que concurre dicha especial trascendencia cuando «dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE»<sup>97</sup>.

Con todo, nuestro Tribunal Constitucional no siempre tiene en cuenta, tal y como parece requerir el art. 10.2 CE, las interpretaciones de los derechos fundamentales que se derivan de los organismos internacionales sobre derechos humanos, especialmente cuando, como sucede en relación con los «falsos» derechos sociales del Capítulo 3º del Título I CE, dicha interpretación pone en tela de juicio el margen de decisión política que el art. 53.3 CE confiere al Parlamento y al gobierno en nuestro sistema constitucional con respecto a dichos principios rectores de la política social y económica<sup>98</sup>. Ello pone sobre la mesa si la apertura a la globalización material en materia de derechos humanos que conlleva el art. 10.2 CE se refiere a la definición constitucional de los derechos fundamentales o únicamente a su concreción interpretativa por parte de los sujetos llamados a aplicarlos, es decir, si se produce una integración del Derecho Internacional en la definición de los derechos<sup>99</sup> o solo en su interpretación.

En nuestra opinión, la apertura es únicamente interpretativa, no definitoria de los derechos fundamentales recogidos en la CE de 1978. El Tribunal Constitucional reiteradamente ha afirmado que «no le corresponde a este Tribunal, al conocer en

96 STC 198/2012, de 28 de noviembre, FJ 9º.

97 STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2º.

98 Así, por ejemplo, la STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 10º, muy criticada por esa misma razón en el voto particular del magistrado Fernando Valdés Dal-Ré (FJ 3º).

99 En este sentido REQUEJO PAGES, J.L., «Defensa de la Constitución nacional y constitucionalización de Europa. Inflación de derechos y deslegalización», *Fundamentos*, Vol. 4, 2006, p. 449.

recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia *per se* de textos internacionales que obliguen a España, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (arts. 53.2 CE y 49.1 LOTC), sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 CE, deban tales preceptos ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»<sup>100</sup>. Por ello, esta instrumentalidad interpretativa no coloca ni a los tratados internacionales sobre derechos humanos ni a la jurisprudencia de sus intérpretes auténticos -como el TEDH- en una posición jerárquica semejante a la de las normas constitucionales, de modo que las mismas puedan extender o modificar inconstitucionalmente el objeto, contenido y límites de los derechos fundamentales<sup>101</sup>, sino que solo permite utilizarlos para rellenar de contenido los abstractos enunciados sobre derechos fundamentales dentro de la dogmática constitucionalmente adecuada subyacente a los mismos a partir del resto de las disposiciones del texto constitucional. Ciertamente, el Tribunal Constitucional es el intérprete último y supremo de la Constitución, también en lo que se refiere a los derechos fundamentales<sup>102</sup>, y por tanto en lo que respecta a la extensión de esa globalización material, pero ello no obsta a que el art. 10.2 CE vincule al propio Tribunal Constitucional y éste también esté obligado a seguir la interpretación que se deriva de los tratados internacionales sobre derechos humanos siempre que la misma sea compatible con el tenor literal de los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales y con la dogmática constitucional subyacente que les da sentido.

Entre las razones teórico-constitucionales en favor de limitar esta vía de globalización material está, en primer término, que admitir un poder definitorio de los derechos que pueda ir más allá del sentido que la interpretación unitaria y prácticamente concordante les da sus enunciados constitucionales conllevaría atribuir a la justicia internacional un poder constituyente para llevar a cabo por vía de una mutación inconstitucional, lo que no puede hacer ni siquiera mediante la integración de los tratados internacionales (recuérdese el art. 95 CE). En segundo lugar, porque ello sería sistemáticamente incongruente con la posición infraconstitucional de los tratados en el sistema constitucional español, pues solo se integran en el sistema los «válidamente celebrados» (art. 96 CE) y no sería conforme con la CE de 1978 permitir que aquéllos reduzcan el contenido esencial de los derechos por ella garantizados<sup>103</sup>. En tercer lugar, aunque se otorgase rango

100 Entre otras, STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 3º.

101 STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 4º; y SÁIZ ARNÁIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, cit. p. 79 ss. y 272-273.

102 Cfr. PUNSET BLANCO, R., *Derechos fundamentales y primacía del Derecho Europeo antes y después del caso Melloni*, cit. p. 197.

103 En un sentido similar, cfr. POSCHER, R., *Verfassungsrecht der Globalisierung, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer*, cit., p. 191-194.

constitucional a los Tratados internacionales sobre derechos humanos, como sucede en otros ordenamientos, normalmente se hace con la cautela de que la constitucionalización no puede implicar una restricción o derogación, en suma una menor garantía, de los derechos previstos por la Constitución<sup>104</sup>. Esta cautela resulta no obstante ser falaz, porque en la mayor parte de los casos una restricción de un derecho suele implicar una mayor garantía de otro y viceversa (piénsese, por ejemplo, en la libertad de expresión versus el derecho a la intimidad, el honor o la propia imagen, la libertad personal frente a la tutela judicial efectiva, etc...). Y en cuarto y último lugar, porque, aunque se admitiera que el poder de interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales es en realidad idéntico al poder definitorio de los mismos, ello reenviaría de nuevo al problema de la globalización formal, es decir, a la ubicación de la competencia sobre las competencias en materia de interpretación constitucional, cuya solución en nuestro sistema constitucional, al menos en relación con los derechos fundamentales, cae del lado del Tribunal Constitucional como garante de la supremacía constitucional<sup>105</sup>.

De ahí, que a la hora de utilizar la jurisprudencia internacional sea preciso tener en cuenta que la misma se ha de integrar en un esquema interpretativo de los derechos fundamentales que, al mismo tiempo que la tiene en cuenta, sea congruente con la dogmática adecuada a nuestro texto constitucional. Y el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la CE de 1978 (art. 123 CE en relación con el art. 1 LOTC), es el encargado de concretar interpretativamente esta dogmática sin, al hacerlo, transformar la definición que de esos derechos fundamentales haya realizado el texto constitucional<sup>106</sup>. Por ello, el manejo interpretativo de la jurisprudencia del TEDH y de otros órganos encargados de la interpretación de los tratados sobre derechos humanos ha de realizarse teniendo en cuenta que la doctrina extraída de dichas decisiones debe ser compatible con la concepción de cada derecho fundamental que refleja el texto constitucional español, tal y como en su caso haya sido interpretado por nuestro Tribunal Constitucional<sup>107</sup>. Lo cual es recíprocamente congruente con el hecho de que el TEDH a la hora de dictar sus sentencias tenga en cuenta en la construcción del denominado *margen nacional de apreciación*, el marco constitucional normativo del Estado miembro que ha sido demandado, y que puede diferir en algunos aspectos del marco constitucional español. Esa divergencia también debe ser tenida en cuenta por el intérprete nacional —español en este caso— a la hora de servirse de los tratados internacionales como canon interpretativo. En

104 Véase, por ejemplo, art. 1 de la Constitución de México, tal y como lo ha interpretado la Suprema Corte Suprema de Justicia de la Nación en su contradicción de tesis 293/2011, de 3 de septiembre de 2013.

105 Cfr. DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FFJJ 3º-4º.

106 Cfr. STC 38/2011, de 28 de marzo, FJ 2.

107 Cfr. BASTIDA FREJEDO, F.J., «La interpretación de los derechos fundamentales», AA.VV., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 81-82.

otras palabras, el art. 10.2 CE confiere a las normas internacionales sobre derechos humanos y a su interpretación por la jurisprudencia internacional naturaleza constituido-interpretativa, pero no constituyente-reformadora de la Constitución. Por ello, los órganos jurisdiccionales españoles, y en particular el Tribunal Constitucional, solo podrían desconocer e inaplicar esa interpretación internacional homogeneizada de los derechos fundamentales en caso de que justifiquen razonadamente que la misma incurre en *ultra vires* respecto del mandato del art. 10.2 CE, pero no por una mera discrepancia de criterio interpretativo a la hora de concretar el sentido de las disposiciones constitucionales.

#### IV. CONCLUSIONES

Las páginas precedentes han tratado de poner de relieve cómo la Constitución española de 1978 es la cúspide de un sistema jurídico que pretende estar abierto a los procesos de globalización jurídica formal y material que se están produciendo desde el final del siglo XX, en particular aunque no exclusivamente como consecuencia de la integración en la Unión Europea.

Sin embargo, el texto constitucional refleja cierta rigidez a la hora de afrontar los concretos conflictos normativos que se pueden derivar de esta globalización para el texto constitucional, y esta rigidez puede poner en peligro la coexistencia de nuestro sistema jurídico con los procesos de globalización formal y material, en la medida en que no quede claro qué operación comunicativa globaliza a cuál (la Constitución estatal al Derecho Internacional o al Derecho de la UE o viceversa), o bien cuál es la extensión operativamente válida de la apertura cognitiva que el Derecho constitucional español realiza al Derecho europeo o al Derecho internacional de los Derechos Humanos

En mi opinión, estas dificultades solo se pueden superar con más Constitución española, abriéndola a constitucionalizar, es decir, a interiorizar en ella polimórficamente, una parte de aquel Derecho externo del Estado que constituyen el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho de la UE. En todo caso esta globalización jurídica debe hacerse a través de una reforma constitucional con la participación democrática indirecta (a través de la Cortes) y directa (a través del referéndum) del pueblo español, que legitime esa apertura globalizadora. En este sentido, por lo que respecta a la globalización formal, manteniendo el carácter procedimental de nuestra democracia, se debería modificar la CE para introducir en ella, como sugirió en diversas ocasiones el Consejo de Estado, una cláusula de integración europea «que incorpore un mecanismo que por sí solo y en sí mismo permita —con los límites de intangibilidad que se estimen irrenunciables, con los objetivos o con los requisitos formales agravados que se consideren necesarios— una apertura general del ordenamiento español al Derecho comunitario y, en su virtud, se reconozca apriorísticamente la constitucionalidad

—la compatibilidad con la Constitución- de dicho ordenamiento»<sup>108</sup>. Es decir, se debe trasladar explícitamente una parte de la competencia sobre las competencias (tanto en su faceta de reforma constitucional, como en su faceta de interpretación constitucional) al Derecho de la Unión Europea y a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, sin con ello convertirlos en normas supra-constitucionales<sup>109</sup> que vinculen incluso al poder de reforma constitucional del pueblo español, sino únicamente en normas constitucionales<sup>110</sup>, bajo reserva de que respeten los principios y valores fundamentales del ordenamiento constitucional español, tal y como los interpreta el Tribunal Constitucional. Con dicha reforma constitucional, la globalización material que se deriva de la apertura interpretativa del art. 10.2 CE cambiaría parcialmente de sentido, puesto que ahora sí que habría de conferir a dichos tratados internacionales sobre Derechos Humanos y a las interpretaciones auténticas de los mismos la función constitucionalmente definitoria -y no solo interpretativa- de los derechos fundamentales reconocidos por la CE, dado el expreso rango constitucional de aquéllos, aunque dicha definición se pueda subordinar al respeto a los valores y principios fundamentales del sistema constitucional español bajo un polimorfismo constitucional no equivalente.

Estas modificaciones constitucionales propuestas afectarían al Título Preliminar (se integren formalmente en él o no), por lo que solo se podrían llevar a cabo a través del procedimiento de reforma constitucional súper-agravado del art. 168 CE, que requiere mayoría de 2/3 de los miembros de cada Cámara en una doble lectura, y lo que es más relevante la aprobación en referéndum del pueblo español, que así legitimaría de forma directa el desapoderamiento de una parte de la competencia sobre las competencias que conllevan estos procesos de globalización.

\*\*\*

TITLE: *Legal Globalization From The Perspective Of Spanish Constitutional Law.*

ABSTRACT: *This article analyses the reciprocal interaction between legal globalization and constitutional law in general and in particular Spanish Constitutional Law. From the point of view of systems theory and from a formal-functional understanding of the Constitution, are analysed formal and material legal globalization that is undergoing Spanish constitutional law, as well as the normative framework that it has provided for those globalization processes.*

RESUMEN: *Este artículo analiza la relación de interacción recíproca que los procesos de globalización jurídica tienen sobre el derecho constitucional en general y en particular sobre el español. Desde el punto de*

108 Dictamen del Consejo de Estado 2544/2004, de 21 de octubre e Informe del Consejo de Estado sobre las modificaciones de la CE de febrero de 2006.

109 Sobre la supra-constitucionalidad como un límite al poder de reforma constitucional del Estado, ROZNAI, Y., «The theory and practice of supra-constitutional limits con constitutional amendments», *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 62, 2013, p. 577 ss.

110 Como han hecho entre otras, por ejemplo, las Constituciones de Argentina (art. 75.22), Brasil (art. 5.3) o Ecuador (art. 84) en Hispanoamérica, o las de Austria (art. 50.3) y Holanda (art. 91.3) en Europa.



*vista de la teoría de los sistemas y desde un entendimiento formal-funcional de constitución se analizan la globalización jurídica formal y la globalización jurídica material que está experimentando el derecho constitucional español, así como el marco normativo que este ha dispuesto para las mismas.*

KEY WORDS: *globalization, constitutional theory, legal theory, system theory, human rights, European law, sovereignty, fundamental rights, form of government, economic constitution.*

PALABRAS CLAVE: *globalización, teoría constitucional, teoría del derecho, teoría de los sistemas, derechos humanos, derecho europeo, soberanía, derechos fundamentales, forma de gobierno, constitución económica.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 27.06.2017

FECHA DE ACEPTACIÓN: 26.07.2017

