

---

LUIS JIMENA QUESADA  
(Universidad de Valencia)

*La reforma de la Carta Magna de 1978:  
requisito para la asunción de determinados  
compromisos constitucionales europeos*

---

*I. Una premisa: sobre la conveniencia o la necesidad de reformar la Constitución de 1978 y de suscribir compromisos “constitucionales” europeos. II. Un problema: la necesaria reforma constitucional en materia de pena de muerte. III. Una propuesta: la utilización positiva de la reforma constitucional de doble grado. IV. Una reflexión final: la reforma constitucional española y la constitucionalización europea en un contexto de globalización positiva.*

**I. UNA PREMISA: SOBRE LA CONVENIENCIA O LA NECESIDAD DE  
REFORMAR LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y DE SUSCRIBIR  
COMPROMISOS “CONSTITUCIONALES” EUROPEOS**

Hasta el momento presente, transcurridos ya veinticinco años de andadura constitucional democrática en España, sigue poniéndose el acento en la “salud” de nuestra Carta Magna de 1978 para concluir en el carácter innecesario de modificar el texto constitucional. De este modo, se equipara la “salud” constitucional con el carácter “tabú” de su posible reforma y, en definitiva, la supuesta falta de necesidad jurídico-política viene a concebirse como equivalente a la no conveniencia política de operar una reforma. La conclusión de aquella equiparación o esta equivalencia se asienta en la consideración de la Constitución *in toto*, sin distinguir entre las diversas partes del edificio constitucional. Con tal orientación, se impone la filosofía según la cual para reformar la Constitución habría de mediar tanto o mayor consenso que el que le dio origen en 1978, como ha sido propugnado por los siete ponentes constitucionales en la Declaración de Gredos de 7 de octubre de 2003. Obviamente, si ese consenso se entiende como conveniencia política de reforma por referencia a las diversas partes del texto constitucional, el argumento parece razonable; mas si se concibe de nuevo como “consenso total o global”, la máxima cae por su propio peso.

Ciertamente, los “padres” de la Constitución, lo mismo que los artífices de cualquier instrumento jurídico, se ven imbuidos por cierto prurito de conservar con vocación de permanencia y hasta de preservar intacta su obra normativa. Ahora bien, el grado de estabilidad democrática alcanzado en nuestro régimen político no puede seguir abonando la tesis de la reforma como tabú puesto que, a estas alturas, la salud de nuestra

Norma Suprema no debe medirse por su carácter intocable, sino por la posibilidad de modificarla suministrándole antídotos que la regeneren y fortalezcan. En este sentido, la reforma del art. 13.2 de la Constitución en 1992 no debe ya seguir catalogándose como la excepción que confirme la regla general del “tabú” de la reforma. En realidad, dicha reforma fue enfocada de manera controvertida, no evidentemente en lo referente al casi unánime consenso en ambas cámaras de las Cortes Generales actuando en función constituyente *ex* art. 167 de la Constitución, sino –hasta que se pronunció el Tribunal Constitucional mediante su Declaración de 1 de julio de 1992 con apoyo en el art. 95 de la Carta Magna– en lo relativo a la propia necesidad de reformar dada la base habilitante del art. 93 de la Ley de Leyes (cláusula de “desconstitucionalización” o desapoderamiento del ejercicio de soberanía) o a la utilización alternativa del procedimiento ordinario (art. 13.2 en conexión con el 167 de la Constitución, que fue la solución retenida por el Alto Tribunal) o del procedimiento agravado de reforma (art. 23 en combinación con el 168 de la Constitución).

En todo caso, de ese episodio de reforma, seguramente lo más positivo en las coordenadas actuales del proceso de “constitucionalización” de Europa radique en haberse producido un consenso casi absoluto para acomodarse a las exigencias de la integración europea<sup>1</sup>. Esta circunstancia no es nada desdeñable, pese a las dificultades que atravesaron en el segundo semestre de 2003 –la presidencia italiana de la Unión Europea–, las negociaciones en torno al Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa presentado por el presidente de la Convención Giscard d’Estaing en el Consejo Europeo de Salónica de junio de 2003. Y es que, también a escala europea, tanto los miembros de esa Convención como algunos países (en especial, el eje franco-alemán) se ven impregnados por ese prurito de no tocar el proyecto “constitucional” europeo (lógicamente, el nuevo reparto de poder les favorece respecto de lo acordado en el Tratado de Niza de 2001). Hasta tal punto se percibe ese prurito –a lo que no son ajenos los medios de comunicación– en el contexto del “ilusionante” proyecto europeo, que se habla impropriamente de “Constitución europea” (o se entremezclan los términos “Tratado” y “Constitución” utilizando el término “tratado constitucional”), y se ha llegado a decir que se trata de la “primera” Constitución europea, como si el Proyecto Spinelli de 1984 o el Proyecto Herman de 1994 hubieran quedado como dos legajos olvidados en los empolvados archivos europeos.

De todos modos, efectuadas estas precisiones terminológicas en torno a la impropiedad del uso del término “Constitución” aplicado a la Unión Europea (de ahí la crítica del “déficit constitucional”<sup>2</sup> o “déficit de Constitución”<sup>3</sup>), debo advertir

<sup>1</sup> Léase en este ámbito el trabajo de Luis María DIEZ-PICAZO: “La constitucionalización de Europa”, *Claves de Razón Práctica* n° 64 (1996).

<sup>2</sup> En esta línea, Francisco RUBIO LLORENTE: “El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 48 (1996), pág. 20.

<sup>3</sup> En tal sentido, Pablo PÉREZ TREMPES: “La Carta Europea de Derechos Fundamentales: ¿Un primer paso hacia una futura Constitución europea?”, en el monográfico *Carta Europea de Derechos*, en el n° 17 de Azpilcueta-Cuadernos de Derecho, San Sebastián, 2001, págs. 30 a 33. En concreto, el citado autor recuerda (pág. 31) que

“son muchos los datos que separan al Derecho originario de la idea de Constitución. Por citar sólo algunos datos, no existe un único documento constitucional, no existe una declaración de derechos propiamente dicha, o no existe un poder constituyente en el

consecuentemente que utilizo la expresión “compromisos constitucionales europeos” por alusión no únicamente al Derecho de la Unión Europea (a ese Proyecto “constitucional” presentado en Salónica, pero también a los tratados comunitarios vigentes y sus modificaciones) sino asimismo al Derecho del Consejo de Europa (con atención especial al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y a sus Protocolos). A estos dos foros europeos en especial (y, en menor medida, a la Organización sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa), ha extendido la doctrina el calificativo de “Derecho constitucional común europeo”<sup>4</sup> o “Derecho constitucional europeo”<sup>5</sup>.

## II. UN PROBLEMA: LA NECESARIA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PENA DE MUERTE

Acabo de exponer que el saldo positivo de la reforma constitucional de 1992 consistió, en mi opinión, en haber regenerado el consenso de 1978 merced a las adhesiones que concita el proceso de construcción europea. Pues bien, ahora deseo abundar en esta línea, suscitando no sólo la conveniente, sino la necesaria reforma constitucional en un punto concreto que tiene que ver precisamente con la asunción por parte de España de compromisos “constitucionales” europeos en el sentido apuntado. A tal efecto, merece la pena introducir una doble observación preliminar: de un lado, no voy a entrar a debatir *in genere* sobre la pertinencia o no de reformar la Constitución española para acoger una base con mención expresa a la Unión Europea, puesto que a mi parecer el art. 93 de nuestra Ley Suprema sigue presentando una enorme virtualidad y potencialidad en este terreno <sup>6</sup> (me preocupan más los controles de legitimidad interna

---

sentido tradicional del término ya que los Tratados constitutivos son normas jurídicamente derivadas en tanto en cuanto proceden del ejercicio de poderes constituidos o derivados, del *treaty making power* de los Estados miembros.”

<sup>4</sup> Peter HÄBERLE: “Derecho constitucional común europeo”, *Revista de Estudios Políticos* n° 79 (1993), pág. 11:

“todavía no existe un Derecho constitucional europeo, toda vez que Europa no forma un único Estado constitucional. Ello no obstante, cada vez va surgiendo un conjunto más y más amplio de principios constitucionales *particulares* que resultan *comunes* a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no. Tales principios comunes aparecen parcialmente en las constituciones de los Estados nacionales y en el seno del Derecho consuetudinario constitucional de éstos, derivado también en parte del ámbito de validez del *Derecho europeo* –como el de la Comunidad Europea, el del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, reforzado recientemente por el Consejo de Europa–, y el dimanante de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa (que, como es sabido, vincula a Europa con el Atlántico).”

Téngase presente que la referencia a la CSCE debe ser entendida como efectuada, desde 1994, a la OSCE (Organización sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa).

<sup>5</sup> Vlad CONSTANTINESCO: “¿Hacia la emergencia de un Derecho constitucional europeo?”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* n° 8 (1994).

<sup>6</sup> La crítica a esa virtualidad y potencialidad del art. 93 de la Constitución española (entendida como que dicho precepto permitiría que un Tratado reforme la Constitución), por

en materias como el proceso de “ventilación” del acervo de Schengen y el cambio de base habilitante <sup>7</sup>). Y, de otro lado, no es aventurado sostener que el punto que planteo es objeto de consenso prácticamente unánime, de suerte que no voy a despertar el temor a abrir la caja de Pandora; esto es: no pretendo en esta sede animar el debate en torno a la reforma constitucional de otros puntos de nuestra Carta Magna que no hallan semejante grado de consenso (pensemos en la forma territorial del Estado <sup>8</sup>, o en la diferenciación por razón de sexo en la sucesión a la Corona) <sup>9</sup>.

---

referencia al episodio de la reforma del art. 13.2 de la Carta Magna, en Manuel ARAGÓN REYES: “La Constitución Española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 42 (1994), en especial, págs. 14 y 15.

<sup>7</sup> Cfr., Francisco Javier DONAIRE VILLA: *La Constitución y el acervo de Schengen*, Tirant lo Blanch/Instituto de Derecho Público Comparado Manuel García-Pelayo, Valencia, 2002, en especial, págs. 91 y ss.

<sup>8</sup> Cfr., sobre la idea de “Constitución territorial”, la de “Constitución compuesta”, o la de “desconstitución” por referencia al Título VIII de la Ley de Leyes, el trabajo de Pedro CRUZ VILLALÓN: “Constitución y reforma”, *Claves de la razón práctica* n° 115 (2001), págs. 4 y ss. Acúdase asimismo a Javier RUIPÉREZ: “Una cuestión nuclear para la Teoría del Derecho Constitucional: sobre la reforma de la Constitución y sus funciones en el moderno Estado democrático”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* n° 1 (1997), en especial, págs. 456.

<sup>9</sup> Un diagnóstico, a mi modo de ver acertado, en torno a las coordenadas actuales de una posible reforma constitucional en España, ha sido ofrecido recientemente por el Prof. Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ: “Veinticinco años después: ¿reformar la Constitución?”, *Diario de León* de 5 de diciembre de 2003. El citado autor entiende que es necesario distinguir:

“En determinados temas que tradicionalmente se vienen apuntando como objetivos de una posible reforma –potenciación del Senado como cámara territorial, correcciones y mejoras en nuestro sistema electoral, impulso y regeneración de la vida democrática–, no se detecta en este momento un acuerdo en torno a la necesidad de la reforma de la Carta Magna. Más bien, entre buena parte de los constitucionalistas y de los representantes políticos, existe la convicción, a la que nos adherimos, de que esos objetivos pueden lograrse sin tocar la Constitución, mediante las oportunas reformas legales y/o reglamentarias.

Un aspecto en el que existe mayor grado de coincidencia, tiene que ver con la necesidad de incorporar a la Carta Magna la mención expresa de nuestra pertenencia a la Unión Europea. Sin embargo, faltaría aquí la condición de la oportunidad: de no haber modificado la Constitución hasta ahora –excepción hecha de la mínima reforma del artículo 13.2 en relación con el derecho pasivo de los extranjeros en elecciones municipales, que se llevó a cabo en 1992 como requisito necesario para la ratificación del Tratado de Maastricht–, parece conveniente esperar un poco más, hasta ver en qué queda el peculiar proceso constituyente abierto en la Unión Europea.

También se ha hablado en estos días de la reforma del orden sucesorio de la Corona, eliminando la preferencia del varón sobre la mujer a igual grado de parentesco. Para ello sí sería necesario alterar la letra de la Constitución –concretamente, su artículo 57.1–, logrando así la plena coherencia con el principio de igualdad formulado en el artículo 14. Sin embargo, no se percibe el suficiente grado de consenso, ni sobre la necesidad, ni sobre la oportunidad en este momento de dicha reforma.

Pero, sin duda, el aspecto de más difícil solución es el relacionado con el marco territorial autonómico diseñado en el Título VIII de la Constitución. Es de sobra conocido que la complejidad y el carácter abierto de dicho Título, así como los avatares de su desarrollo estatutario y evolución posterior, han convertido al Estado de las Autonomías en objeto

Y bien, con estos parámetros, el problema particular sobre el que me parece importante detenerse en estos momentos es la necesaria reforma del art. 15 de la Constitución española de 1978 para adaptarlo a dos compromisos “constitucionales” europeos, uno de la Unión Europea, el otro del Consejo de Europea. Y no se trata de una mera reforma por razones de conveniencia política, sino por motivos –como se decía– de necesidad jurídico-política; pues, si en el caso del art. 13.2 de la Carta Magna se atisbaba más compleja la posible contradicción con el Tratado de Maastricht <sup>10</sup>, en el supuesto del art. 15 la contradicción es abierta, tanto con la pretendida “parte dogmática” de la Constitución Europea (la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada solemnemente en el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000 e integrada como Parte II del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa), como con el Protocolo n° 13 adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Veamos ambos.

En lo que concierne a la Carta de Niza, su art. 2 establece en el apartado primero que “toda persona tiene derecho a la vida”, para añadir a renglón seguido, en el apartado segundo, que “nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado”. De manera que el precepto es totalmente abolicionista. Pero, sobre todo, el primer tratado internacional de derechos humanos que incluye la abolición total de la pena de muerte es el Protocolo n° 13 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que fue abierto a la firma el 3 de mayo de 2002, que entró en vigor en julio de 2003 <sup>11</sup>, y que prevé la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia. Concretamente, a tenor de su art. 1: “Queda abolida la pena de muerte. Nadie puede ser condenado a dicha pena ni ejecutado”.

En consecuencia, el último inciso del art. 15 de nuestra Carta Magna, en donde se dispone que “queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”, en la medida en que deja abierta la posible aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra, se encuentra en abierta contradicción con los dos citados compromisos constitucionales europeos. Mientras la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no es por el momento

---

preferente de atención y protagonismo durante estos veinticinco años. Los acontecimientos de las últimas semanas –plan Ibarretxe en el País Vasco, resultados de las elecciones catalanas del dieciséis de noviembre–, fruto a su vez de situaciones que vienen de mucho más atrás, sirven para constatar que el modelo autonómico plasmado en la Constitución ya no resulta satisfactorio para sectores significativos de la clase política y el electorado de, al menos, esas dos comunidades autónomas.”

<sup>10</sup> Una síntesis de las posturas mantenidas en la doctrina en torno a la necesidad o no de reformar la Constitución española para adecuarla a las prescripciones del Tratado de Maastricht, en el trabajo de Artemi RALLO LOMBARTE: “La prima riforma della Costituzione spagnola del 1978”, *Quaderni Costituzionali* n° 3 (1993), así como, del mismo autor, el trabajo “El Tratado de Maastricht y el derecho de sufragio de los extranjeros en España”, *Revista de Derecho Político* n° 36 (1992).

<sup>11</sup> Esa entrada en vigor se ha producido tras las diez ratificaciones exigidas por su art. 7, a tenor del cual, el Protocolo núm. 13 “entrará en vigor el primer día del mes que sigue a la expiración de un período de tres meses siguientes a la fecha en la que diez Estados miembros del Consejo de Europa hayan expresado su consentimiento para vincularse por el presente Protocolo”.

obligatoria, al integrarse en el *proyecto* de “Constitución” europea <sup>12</sup>, el Protocolo n° 13, en cambio, ya ha entrado en vigor en julio de 2003 para los países que, en el número mínimo requerido para ello, lo han ratificado, entre los que obviamente no se encuentra España. Desde esta perspectiva, bien puede decirse que la Constitución española debe acomodarse a las exigencias constitucionales europeas para dejar de estar “herida de muerte” –si se me permite la expresión- en este punto.

### III. UNA PROPUESTA: LA UTILIZACIÓN POSITIVA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DOBLE GRADO

Como se acaba de ver, el art. 15 de la Norma Suprema española se halla en oposición respecto al art. 2 de la Carta de Niza de 2000 y al Protocolo n° 13 adicional al Convenio de Roma de 1950. Esa lectura constitucional no puede entenderse superada por el hecho de que, en el plano legislativo, la L.O. 11/1995, de 25 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra (que derogaba el art. 25 de la L.O. 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, y modificaba asimismo la L.O. 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, y la L.O. 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la Jurisdicción Militar –modificada asimismo ésta por la L.O. 9/2003, de 15 de julio–) sí se acomode a los mencionados compromisos internacionales. Pues, en efecto, desde el punto de vista de nuestro ordenamiento nacional, el art. 15 de la Constitución habilita teóricamente al legislador para que mediante ley posterior pueda volver a introducir la pena de muerte en tiempo de guerra, tanto más cuanto que, por una parte, el Protocolo 6 adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos (del que España sí es Parte Contratante) <sup>13</sup> contempla esa posibilidad <sup>14</sup> y, por otra parte, el

<sup>12</sup> En este terreno, ha apuntado el Prof. Luis LÓPEZ GUERRA (“Hacia un concepto europeo de derechos fundamentales”, *Revista Vasca de Administración Pública* n° 65 [2003], pág. 192) que “con respecto a la Unión Europea, sólo condicionadamente puede hablarse de una comunidad política o constitucional”, resaltando precisamente la importancia de un catálogo de derechos, pues

“[...] en efecto, la existencia de un régimen de derechos fundamentales común a todos los ciudadanos supondría, no sólo la superación de la diferencia entre una comunidad ‘política’ y una comunidad de otro tipo (económica, cultural, etc.), sino yendo más allá y aceptando ya que nos encaramos con una comunidad política, siquiera como proyecto, representaría la superación de la diferencia entre una comunidad política constitucional/democrática y una comunidad política no democrática o (más suavemente) imperfectamente democrática.”

<sup>13</sup> Instrumento de ratificación de 20 de diciembre de 1984 (*BOE* de 15 de abril de 1985). De hecho, en la doctrina extranjera se ha recordado que “la posibilidad de restablecer la pena de muerte, en tiempo de guerra, prevista por el art. 2 de este Protocolo (el n° 6), fue expresamente mantenida a petición insistente de algunos países como España” (Guy BRAIBANT: *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne*, Éditions du Seuil, París, 2001, pág. 92).

<sup>14</sup> El Protocolo n° 6, que entró en vigor el 1 de marzo de 1985, al prever la aplicación de la pena de muerte únicamente en tiempo de guerra (concretamente, en el art. 2 del Protocolo n° 6 se establece que “un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará

Convenio de Roma no introdujo una cláusula de “progresividad” similar a la establecida en el art. 4.2 del Pacto de San José de Costa Rica de 1969<sup>15</sup>.

En este escenario, por tanto, no puedo sino proponer que se reforme el art. 15 de la Constitución con objeto de permitir la ratificación de esos compromisos internacionales/constitucionales europeos. De manera más precisa, la última frase del art. 15 del Texto Constitucional española habría de quedar redactado diciendo *tout court* que “queda abolida la pena de muerte” (a semejanza del art. 2 de la Carta de Niza), suprimiendo la salvedad que aparece a continuación. Dicho en otros términos, a diferencia de la reforma del art. 13.2 de la Constitución, que consistió en una adición (“y pasivo”), aquí se trataría de una supresión; o incluso podría operarse la reforma de modo más específico añadiendo al inciso “queda abolida la pena de muerte” la frase “en cualquier circunstancia”, tal como propugna el Protocolo n° 13<sup>16</sup>.

Sentado lo anterior, ¿de qué manera cabe operar la reforma propuesta del art. 15 de la Carta Magna? Por lo pronto, parece que la respuesta más obvia consistiría en utilizar el procedimiento de reforma agravado previsto en el art. 168 de nuestra Ley Suprema (con aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada cámara, disolución inmediata de las Cortes y demás requisitos establecidos en los apartados 2 y 3 de dicha disposición, incluido el referéndum para ratificación), que se aplica a “la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo II, Sección 1ª del Título I, o al Título II”, y dado que el art. 15 se encuentra ubicado en esa Sección 1ª del Capítulo II del Título I. Ahora bien, me parece que es

---

al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación de que se trate”), comportó ciertamente un avance respecto del art. 2 del Convenio de Roma de 1950 (que contemplaba en su apartado 1 la pena de muerte en estos términos: “1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena”). Sin embargo, ese Protocolo n° 6 ya se ha visto superado por el Protocolo n° 13, entrado en vigor en julio de 2003.

<sup>15</sup> El art. 4.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “tampoco se extenderá (la pena de muerte) a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”. Sobre esta cuestión, véanse dos opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la OC-3/1983 de 8 de septiembre sobre restricciones que amplían la aplicación de la pena de muerte en Guatemala, y la OC 14/1994 de 9 de diciembre sobre extensión de la pena de muerte en la Constitución peruana de 1993 a delitos de terrorismo y la eventual responsabilidad internacional de los agentes que la apliquen.

<sup>16</sup> En el Preámbulo del Protocolo n° 13 al Convenio Europeo de 1950, puede leerse:

“Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo, convencidos de que el derecho de toda persona a la vida es un valor fundamental en una sociedad democrática, y que la abolición de la pena de muerte es esencial para la protección de este derecho y para el pleno reconocimiento de la dignidad inherente a todos los seres humanos, desean reforzar la protección del derecho a la vida garantizado por el Convenio para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 [‘el Convenio’]. Haciendo notar que el Protocolo n° 6 al Convenio relativo a la abolición de la pena de muerte, firmado en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, no excluye la pena de muerte para los actos cometidos en tiempo de guerra o en peligro inminente de guerra. Resueltos a dar el último paso para abolir la pena de muerte en cualquier circunstancia.”

excesivo cumplimentar todos esos requisitos en términos de gobernabilidad democrática para el amplísimo consenso que indudablemente comportará esa reforma constitucional. Por ello, si la reforma de doble grado ha suscitado críticas en la doctrina (la circunstancia de que el constituyente no incluyera la propia reforma constitucional –el Título X– entre las materias susceptibles de ser protegidas por el procedimiento agravado de reforma del art. 168<sup>17</sup>), yo creo que en estos momentos encierra una potencialidad positiva. En esta línea, lo que estoy proponiendo, justamente, es reformar mediante el procedimiento ordinario del art. 167 las previsiones del procedimiento agravado del art. 168, con objeto de que la modificación propuesta del art. 15 de la Carta Magna sea llevada a cabo mediante el primero de los procedimientos: esta operación no comporta, con los argumentos que trato de exponer en esta contribución, un fraude de Constitución; por lo que ese paso intermedio que aquí se propone (de “autorreforma constitucional”) para posibilitar la reforma del art. 15 de la Norma Suprema, no queda a mi parecer sujeto a cláusulas implícitas de “reserva de constitución” que no autoricen esa modificación constitucional<sup>18</sup>.

En particular, entre otras posibles alternativas, se me ocurre –utilizando el procedimiento ordinario del art. 167– la adición de un apartado 4 en el art. 168 del siguiente tenor:

“No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando se propusiere una reforma del Capítulo II, Sección 1ª del Título I, guiada por el principio de progresividad y tendente a asumir compromisos internacionales más favorables en materia de derechos humanos, esos proyectos de reforma constitucional se tramitarán de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 167.”

De hecho, ya la L.O. 11/1995 suscitó un altísimo grado de consenso en ambas cámaras de las Cortes Generales, por lo que se trataría ahora de trasladar ese consenso al terreno constitucional<sup>19</sup>, en un punto que ya estuvo sobre la mesa y en la mente de buena parte de la ciudadanía cuando se elaboró la Constitución de 1978<sup>20</sup>. No se trata,

<sup>17</sup> En la doctrina se ha criticado la selección desafortunada de las materias protegidas por el procedimiento de reforma agravada. Es el caso de Antonio TORRES DEL MORAL: *Principios de Derecho Constitucional Español*, 4ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 1998, en concreto, págs. 134 y 135.

<sup>18</sup> La opción que sostengo me lleva a no compartir –o, cuanto menos, a no entender aplicable al supuesto sobre el que versa esta contribución–, la argumentación de Ignacio DE OTTO PARDO (*Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 4ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1995, pág. 66) en el sentido de que “no sería posible que mediante el procedimiento previsto en el art. 167 se reformase el art. 168, por ejemplo para dar menor rigidez a los preceptos a que éste se refiere. Tampoco aquí habría aplicación de una norma a sí misma, pero se estaría alterando la relación que subordina el art. 167 al 168 y resultaría un patente fraude del sistema de reforma”.

<sup>19</sup> A título de ejemplo, véase el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* nº 141 (1995) (V Legislatura), concretamente la sesión plenaria nº 139 celebrada el martes, 25 de abril de 1995. Véase asimismo, por lo que afecta a la cámara baja, el *Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso*, Serie B, núms. 90 (número de expediente 122/000072), 91 (número de expediente 122/000073) y 92 (número de expediente 122/000074).

<sup>20</sup> Es interesante acudir al libro de Armonía RODRÍGUEZ y Pilarín BAYÉS: *La Constitución para todos*, 5ª ed., Narcea S.A. de Ediciones, Madrid, 1983 (1ª ed. de 1980): se trata de una plausible iniciativa pedagógica, en la que de manera ilustrada (como si se tratase de un tebeo e intercalando algún cuento e historietas a modo de relato histórico), se presenta la Constitución en



por tanto, de romper el consenso constitucional, sino de defender la Constitución y hacer perdurar dicho consenso <sup>21</sup>. Bajo tal ángulo, del supuesto sobre el que me permito reflexionar en este trabajo parece colegirse que, procedimiento de reforma y rigidez de la Constitución española de 1978, no constituyen en absoluto una ecuación indiscutible; o, dicho con otras palabras, que el procedimiento de reforma tendría una función garantista <sup>22</sup>, pero no se erigiría en la causa de la rigidez constitucional <sup>23</sup>, que entroncaría más bien con la existencia del reiterado consenso <sup>24</sup>.

---

el colegio por parte de una maestra a unos niños de los niveles de enseñanza primaria; niños que después comentan cuestiones entre ellos y en sus casas. En este sentido, en una de las actividades presentadas en el libro, aparece un listado sobre “lo que la Constitución tiene y no gusta a algunos”, y otro sobre “lo que la constitución no tiene y tampoco gusta a otros”, apareciendo en ese segundo elenco precisamente “que no se hace extensiva la abolición de la pena de muerte a los militares”.

<sup>21</sup> En esta línea, han observado Jorge DE ESTEBAN y Pedro J. GONZÁLEZ-TREVIJANO (*Curso de Derecho Constitucional Español*, vol. III, 1ª ed., Madrid, 1994, pág. 712) que “las Constituciones que más perduran son aquéllas que, aunque fijen un procedimiento agravado de revisión, permiten en la práctica su reforma”. Léase asimismo el trabajo de M<sup>a</sup> Victoria GARCÍA ATANCE: “Perfil ambivalente de la fórmula de reforma constitucional”, *Revista de Derecho Político* nº 31 (1990).

<sup>22</sup> De hecho, la rigidez constitucional habría constituido el presupuesto teórico ineludible para el ulterior establecimiento de fórmulas de control de constitucionalidad, como mecanismo asimismo (igual que la reforma constitucional) de defensa de la Norma Suprema. A este respecto véase, por todos, Pedro DE VEGA: *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, 1ª ed., reimpr., Tecnos, Madrid, 1988, pág. 70.

<sup>23</sup> El supuesto estudiado en este trabajo, por tanto, se aproxima a la línea defendida por el Profesor Pace en trabajos como “La ‘naturale’ rigidità delle costituzioni scritte”, en *Giurisprudenza Costituzionale* (1993), págs. 4.085 y ss. (trad. esp. “La ‘natural’ rigidez de las constituciones escritas”, en Alessandro PACE y Joaquín VARELA: *La rigidez de las constituciones escritas*, CEC, Madrid, 1995, págs. 11 y ss.), o “In difesa della ‘naturale’ rigidità delle costituzioni scritte”, en *Giurisprudenza Costituzionale* (1995), págs. 1.209 y ss. (trad. esp. “En defensa de la ‘natural’ rigidez de las constituciones escritas”, en la obra anteriormente citada, págs. 115 y ss.). Más recientemente, puede acudir asimismo, entre otras contribuciones, a las dos siguientes monografías de Alessandro PACE: *La causa della rigidità costituzionale*, CEDAM, Pádua, 1996, y *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, CEDAM, Pádua, 1997.

<sup>24</sup> Con semejante espíritu, ha resaltado Santiago ROURA GÓMEZ (“Los procedimientos de reforma en las experiencias del constitucionalismo republicano español [1873 y 1931]”, *Revista de Estudios Políticos* nº 101 [1998], págs. 300 y 301) que

“La rigidez –y lo mismo vale para su ideal complemento garantista, el control de constitucionalidad–, requiere para desplegar sus potenciales, para resultar efectiva, la existencia de un consenso generalizado en el respeto a las reglas que disciplinan el proceso político y, entonces, la creencia verdadera en que sólo respetando los procedimientos preestablecidos es posible acometer las transformaciones en la normativa fundamental que, con el transcurso del tiempo, se estimen necesarias.”

De este mismo autor, acúdase a su más extensa obra *La defensa de la Constitución en la Historia Constitucional española. Rigidez y control de constitucionalidad en el constitucionalismo histórico español*, Madrid, CEPC, 1998.

#### IV. UNA REFLEXIÓN FINAL: LA REFORMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN EUROPEA EN UN CONTEXTO DE GLOBALIZACIÓN POSITIVA

La reforma que propongo del art. 15 de nuestra Carta Magna –con utilización interpuesta *de carácter positivo* de la reforma de doble grado– no pretende sino adecuar el marco constitucional español a las exigencias “constitucionales” europeas, especialmente derivadas del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Efectivamente, al margen de la base habilitante que posea cada constitución nacional para propiciar la incorporación en general de compromisos europeos o la integración europea, lo cierto es que la obra progresiva e irreversible llevada a cabo en los dos foros supranacionales europeos mencionados ha venido obligando a cambios puntuales en los ordenamientos internos (sean de tipo legislativo, sean –como en el supuesto estudiado en esta sede– de rango constitucional). Pero es que, por añadidura, si estamos acostumbrados a que, sobre todo, la Unión Europea se asocie con uno de los polos o ejes importantes de la criticada globalización económica de signo neoliberal, en esta ocasión la abolición total de la pena de muerte propugnada desde la propia Unión Europea (Carta de Niza de 2000) y el Consejo de Europa (Protocolo nº 13 al Convenio de Roma de 1950) denota una globalización en sentido positivo, por referencia a la universalización efectiva de los derechos humanos y, en el supuesto aquí estudiado, al movimiento internacional a favor de la abolición de la pena de muerte <sup>25</sup>.

En este panorama, los avances “constitucionales” transnacionales europeos evocan, de un lado, la posible traslación de dichas categorías “constitucionales” a los países de los demás continentes y, de otro, esa misma proyección en los ordenamientos constitucionales estatales de los países europeos. Sobre esta cuestión conviene efectuar una doble observación: Respecto al primer punto, esa contribución de los dos reiterados foros europeos a la globalización positiva comporta, en cierta medida, mitigar la crítica según la cual la Unión Europea hace valer la cláusula de condicionalidad política respecto de países terceros mientras, correlativamente, su propio déficit democrático

---

<sup>25</sup> Véase William A. SCHABAS: *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1997. Por lo demás, en el marco de ese movimiento internacional, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Dictamen nº 233 (2002) sobre el “Proyecto de Protocolo al Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia”, recordó

“sus últimas resoluciones sobre esta cuestión, a saber, la Resolución 1187 (1999) titulada *Europa, continente exento de la pena de muerte*, y la Resolución 1253 (2001) relativa a la abolición de la pena de muerte en los países que tienen estatuto de observador ante el Consejo de Europa, en las cuales renueva su convicción acerca de que la aplicación de la pena de muerte constituye una pena inhumana y degradante y una violación del derecho más fundamental del hombre, el derecho a la vida, y reafirma que la pena capital no tiene espacio en las sociedades democráticas civilizadas, gobernadas por el Estado de Derecho”.

A continuación, la Asamblea Parlamentaria añadiría que “la segunda frase del artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos todavía prevé la pena de muerte. Desde hace tiempo la Asamblea propone suprimir esta frase, para que la teoría se corresponda con la realidad, tanto más cuanto que los documentos constitucionales nacionales y los tratados internacionales más modernos ya no contienen disposiciones de este tipo”.

institucional no la haría idónea como candidata (si se tratara de un país) a la propia integración europea (sabemos que uno de los retos del proyecto de “Constitución europea” es reducir ese déficit). Y, en lo que atañe al segundo extremo, también es cierto que la experiencia constitucional de los países miembros debiera impregnar asimismo el proceso “constituyente” europeo, con objeto de paliar determinadas asimetrías negativas que desdibujan la condición de ciudadano europeo sin discriminación (así, en el proyecto de Constitución Europea presentado en el Consejo Europeo de Salónica de 2003, aunque no se llegue a consagrar el “referéndum europeo”<sup>26</sup>, sí se recoge en cambio por vez primera a escala comunitaria la iniciativa legislativa popular europea<sup>27</sup>).

Y una última reflexión. Dejando de lado ahora la cuestión de la iniciativa legislativa popular europea, sí conviene efectuar una ulterior consideración en torno al referéndum. Sobre el particular, es cierto que cuando lanzo la propuesta de reformar el art. 15 de la Carta Magna, para adecuarlo a los compromisos constitucionales europeos, a través del art. 167 en lugar del 168 de la Constitución, estoy impidiendo que se consulte de manera obligatoria a los ciudadanos españoles. Sin embargo, en el caso de la abolición total de la pena de muerte creo que, sobre ser amplísimo el consenso en los medios políticos y en la ciudadanía, ni siquiera sería necesario utilizar la posibilidad de referéndum contemplada en el propio art. 167 de la Norma Suprema. Considero, al contrario, que en la reforma del art. 13.2 de la Constitución operada en 1992 a través del procedimiento del art. 167, no habría sido impertinente convocar referéndum, dado que a los ciudadanos españoles –a diferencia de lo ocurrido en otros países como Francia, Dinamarca, Irlanda, etc.– nunca se nos ha preguntado sobre nuestra adhesión y condiciones de pertenencia (sobre todo, en el caso de las reformas de los Tratados constitutivos) a la Unión Europea<sup>28</sup>. En cualquier caso, ni siquiera haría falta esperar a una reforma constitucional (sea *ex* art. 167 –referéndum potestativo– o *ex* art. 168 –referéndum obligatorio–) para consultar al pueblo español, pues bastaría activar el casi obsoleto referéndum consultivo contemplado en el art. 92 de la Carta Magna: ésta parece, en definitiva, la opción que se va a seguir para –por primera vez– preguntarnos

---

<sup>26</sup> Léase Andreas AUER y Jean-François FLAUSS (coords.): *Le référendum européen*, Bruylant, Bruselas, 1997.

<sup>27</sup> Tanto la consulta popular europea, como la iniciativa legislativa popular europea–citando *mutatis mutandis* los arts. 92 y 87.3, respectivamente, de la Constitución española– son dos mecanismos de participación directa de los ciudadanos europeos que me permití sugerir en el trabajo Luis JIMENA QUESADA: “Los ciudadanos como actores en el proceso de construcción europea. Hacia una Teoría del Estado Europeo”, *Cuadernos Europeos de Deusto* n° 24 (2001), págs. 63 y 64.

<sup>28</sup> Suscribo las palabras de Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ en “Cultura de derechos, deberes y participación”, *Revista de Derecho-Tribunal Supremo de Justicia* (Caracas) n° 5, (2002), pág. 9, cuando reprocha

“la escasa voluntad política [existente en España] de acudir al referéndum consultivo del artículo 92 CE (sólo se ha utilizado en una ocasión, concretamente el 12 de marzo de 1986 en relación con la entrada de España en la OTAN), no habiéndose convocado ni siquiera para comprobar el grado de respaldo (o rechazo) popular a decisiones políticas de ‘especial trascendencia’ como la incorporación española a la hoy llamada UE, y la ratificación de los diferentes Tratados (Maastricht, Ámsterdam...) emanados en el seno de la misma.”

en España sobre nuestra pertenencia a Europa y, particularmente, para pronunciarnos sobre el proyecto de “Constitución Europea” en 2004, coincidiendo previsiblemente con las elecciones al Parlamento Europeo. Claro que, tras el fracaso de la Cumbre de Bruselas en diciembre de 2003, resulta incierto qué texto “constitucional” se someterá a referéndum, en caso de que (otra incertidumbre) dicha consulta popular se lleve a cabo finalmente <sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Esa opción se ha hecho explícita mediante la reciente L.O. 17/2003, de 28 de noviembre, de celebración simultánea de las elecciones al Parlamento Europeo y del Referéndum sobre el Proyecto de Constitución Europea, en cuya Exposición de Motivos se apela *expressis verbis* al art. 92 de nuestra Carta Magna y a la L.O. 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas modalidades de referéndum. En el artículo único, apartado 1 de la Ley puede leerse: “El referéndum consultivo que, en su caso, se convoque en el año 2004, en relación con el proyecto de Constitución Europea, podrá celebrarse en la misma fecha que las elecciones del Parlamento Europeo”. En conexión con esta Ley se publicó el mismo día la L.O. 16/2003, de 28 de noviembre, de modificación de la L.O. del Régimen Electoral General –en relación con las elecciones al Parlamento Europeo–, en cuya Exposición de Motivos se recuerda que “la entrada en vigor de la Constitución Europea [...] culminará la pirámide normativa del ordenamiento comunitario”.