

ESTUDIOS

E SEIS LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL

ANTONIO D'ATENA

PRÓLOGO DE FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

III ARANZADI

© Antonio D'Atena, 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/>

Primera edición: 2025

Depósito Legal: M-10555-2025

ISBN versión impresa: 978-84-1085-097-2

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-098-9

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

	<i>Página</i>
PRÓLOGO	
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN.....	15
PRESENTACIÓN.....	27
CAPÍTULO I	
CONSTITUCIONALISMO Y TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	29
1. La Declaración de Independencia de los Estados Norteamericanos y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789	29
2. La vía de los derechos en la sistemática de los documentos constitucionales	31
3. La relación «constitutiva» entre la Constitución y los derechos fundamentales	34
3.1. <i>Técnicas jurídicas</i>	35
3.1.1. La «cobertura organizativa» de los derechos fundamentales.....	35
3.1.2. La superioridad de la Constitución	37
3.1.3. La autosuficiencia del reconocimiento de los derechos de libertad.	38
4. El advenimiento de los derechos sociales y el cambio de percepción de la Constitución	39
5. La internacionalización de la protección de los derechos humanos y sus implicaciones constitucionales	41
Nota bibliográfica.....	44

CAPÍTULO II

LAS NORMAS PROGRAMÁTICAS DE LA CONSTITUCIÓN .	47
1. Premisas	47
2. La impronta ideológica (axiológica) de los textos constitucionales contemporáneos y la cualidad específica de la legalidad constitucional	48
3. La cuestión de la prescriptividad de las disposiciones programáticas de la Constitución	50
4. La Constitución como sistema de principios y valores en tensión mutua. El problema de las prioridades	53
5. La alternativa entre legislación y jurisdicción	56
6. Las necesidades de desarrollo de la disciplina constitucional y la introducción de procedimientos «ad hoc»	59
Nota bibliográfica	60

CAPÍTULO III

DEMOCRACIA LIBERAL	63
1. La democracia liberal como agregado complejo	63
2. Los dos polos de la democracia liberal	64
3. El principio democrático	65
3.1. <i>Democracia directa y democracia representativa</i>	66
3.2. <i>Principio mayoritario y protección de las minorías políticas</i>	68
4. La tensión entre democracia y libertad	69
4.1. <i>Una tensión que no se puede negar: la sugerencia señalada por Stuart Mill</i>	70
4.2. <i>Una tensión que no puede esterilizarse: la lectura organizativa de los derechos de libertad y su configuración como derechos funcionales</i>	71
5. El Estado de Derecho y el principio de separación	73

	<i>Página</i>
5.1. <i>La división de poderes en sentido subjetivo: a) La declinación horizontal</i>	73
5.2. <i>Continúa: b) Declinación vertical</i>	74
5.3. <i>La descomposición del poder en funciones</i>	75
5.4. <i>El principio de legalidad</i>	76
5.5. <i>Rigidez de la Constitución y autonomía</i>	77
6. Un equilibrio que hay que salvaguardar	78
7. Los nuevos desafíos de la democracia liberal: a) Internet y el renacimiento del dilema democracia directa-democracia representativa	79
8. Continúa: b) La red y la manipulación del consentimiento.	80
Nota bibliográfica	82

CAPÍTULO IV

FEDERALISMO Y REGIONALISMO	87
1. Premisa	87
2. El modelo francés de Estado unitario centralizado	88
3. El modelo federal norteamericano: la transición de la Confederación al Estado federal	89
4. Los procesos federativos en la Europa del siglo XIX	91
5. La unificación nacional italiana y la recepción del modelo francés	93
6. El nacimiento del modelo regional: la Constitución española de 1931	93
7. La aceptación del modelo regional por la Constitución italiana de 1947	94
8. La expansión del regionalismo (en Bélgica, Portugal y España) y la transición de Bélgica al federalismo	95
9. Elementos comunes a los Estados federales y regionales	97
10. Diferencias en la distribución de competencias	98

	<i>Página</i>
11. Continuación: Otras diferencias	99
11.1. <i>El bicameralismo</i>	99
11.1.1. El caso del Senado italiano	101
11.2. <i>La competencia constitucional</i>	104
11.3. <i>El procedimiento de reforma constitucional</i>	105
12. La estatalidad de los Estados miembros de las Federaciones	106
13. Los diferentes regionalismos	108
Nota bibliográfica	111

CAPÍTULO V

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	113
1. Observaciones introductorias	113
2. Las tres raíces del principio de subsidiariedad	114
3. Coordinadas estructurales	116
3.1. <i>Continúa: La «decisión de preferencia» a favor del ámbito más próximo a los interesados</i>	117
4. Técnicas normativas	117
5. Subsidiariedad y proporcionalidad: la graduación de los actos, la graduación de los agentes autónomos y funcionales	118
Nota bibliográfica	122

CAPÍTULO VI

¿EN QUÉ SENTIDO PUEDE HABLARSE DE UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA?	125
1. Premisa	125
2. Tratado y no Constitución	125
3. El método de la Convención	127

ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
4. El contenido	129
5. ¿En qué sentido podría afirmarse la existencia de una Constitución europea incluso antes de Lisboa?	131
6. Constitución Europea y constituciones nacionales: un enfoque pluralista.	134
Nota bibliográfica.	137

Presentación

Esta edición en castellano puede considerarse, con razón, una «nueva» edición en comparación con la aparecida en italiano en 2018. De hecho, con el fin de aumentar la utilidad de la obra para los lectores, además de las necesarias actualizaciones, se han reelaborado algunas partes y se han hecho añadiduras menores. También se han eliminado pasajes más ligados al debate interno italiano (y, por tanto, menos interesantes para los lectores españoles).

Para evitar expectativas excesivas, conviene señalar que este libro, escrito para los alumnos de los cursos de Derecho constitucional, no sustituye al *Manual*, sino que lo complementa, con el fin de permitir al lector profundizar en temas que quedan fuera del horizonte temático de los manuales actuales, o que son tratados por éstos con menor atención a la dimensión sistemática de la disciplina.

Dada su función integradora, en general se ha omitido la descripción analítica de las instituciones consideradas, prefiriéndose destacar sus raíces históricas y su significación en el conjunto del sistema. Por otra parte, en atención a su funcionalidad universitaria, se ha considerado oportuno insertar notas bibliográficas al final de cada uno de los capítulos, que han sido además compiladas de forma sobria, limitando la atención a las obras —a juicio del autor— más útiles para profundizar en el estudio de los temas abordados (o utilizadas directamente para abordarlas). También se han hecho referencias jurisprudenciales de manera sintética.

Al publicar esta edición en castellano, el autor desea expresar su más sincero agradecimiento a Francisco Balaguer Callejón, que acogió la obra para su publicación en España y que, redactó el Prólogo. También desea agradecer, por la traducción, al joven constitucionalista Augusto Aguilar Calahorro, a quien recuerda cuando daba sus primeros pasos en la actividad científica y cuando culminó brillantemente su doctorado en la Universidad de Granada.

Por último, pero no por ello menos importante, el autor expresa un intenso sentimiento de gratitud a la Universidad de Granada y a su Facultad de Derecho, donde gracias a la fraternal acogida de los compañeros y amigos que animan su vivísima escuela de Derecho constitucional, siempre se ha sentido «en casa»: una casa que comparte con Anna, con quien lleva más de medio siglo caminando por la aventura de la vida. Y desde entonces... «sigue el caminar», en palabras del inmenso Federico García Lorca.

Roma, 2 de julio de 2023

Constitucionalismo y tutela de los derechos fundamentales

SUMARIO: 1. LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE LOS ESTADOS NORTEAMERICANOS Y LA DECLARACIÓN FRANCESA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 1789. 2. LA VÍA DE LOS DERECHOS EN LA SISTEMÁTICA DE LOS DOCUMENTOS CONSTITUCIONALES. 3. LA RELACIÓN «CONSTITUTIVA» ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 3.1. *Técnicas jurídicas*. 3.1.1. La «cobertura organizativa» de los derechos fundamentales. 3.1.2. La superioridad de la Constitución. 3.1.3. La autosuficiencia del reconocimiento de los derechos de libertad.. 4. EL ADVENIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y EL CAMBIO DE PERCEPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. 5. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

1. LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE LOS ESTADOS NORTEAMERICANOS Y LA DECLARACIÓN FRANCESA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 1789

La protección de los derechos fundamentales constituye el centro de gravedad, el corazón del constitucionalismo.

Esto se refleja en las características de la fuente del Derecho en la que ha encontrado su expresión emblemática: la Constitución. Aun perteneciendo a la categoría general de los actos normativos (es decir, actos capaces de producir resultados prescriptivos de acuerdo con su contenido), presenta algunas especificidades singulares. A efectos de lo que aquí interesa, conviene destacar una especificidad sustancial. En efecto, la Constitución, para

ser tal (para pertenecer al paradigma propio de la tradición del constitucionalismo), debe tener un determinado contenido, a falta del cual no es Constitución.

Por lo que respecta a este contenido, nuestro pensamiento no puede dejar de dirigirse a los dos grandes documentos que inauguraron solemnemente la temporada histórica que más tarde continuaría con la difusión de las cartas constitucionales por todo el mundo: la Declaración de Independencia de los Estados Norteamericanos (la Declaración de Filadelfia de 1776) y la *Déclaration Française* (la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789).

La Declaración de Filadelfia es un documento formidable y revolucionario que afirma, de manera absolutamente perentoria: «Sostenemos que estas verdades son evidentes por sí mismas: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad»¹. Esta declaración es el manifiesto del constitucionalismo. La pretensión de los colonos americanos, que en el transcurso de la Guerra de Independencia sienten la necesidad de adoptar este documento, es construir una nueva sociedad, un mundo que no sólo es «nuevo» en un sentido geográfico, sino también en cuanto a los valores que están en su base, opuestos a los que estaban en boga en las sociedades europeas del *antiguo régimen*.

La Declaración francesa es un documento menos inspirado. Es un documento laico, carente del sustrato religioso que tan profundamente marca la Declaración de Filadelfia. Sin embargo, es técnicamente impecable: un brillante ejemplo de claridad cartesiana. «Un Estado», reza, «en el que no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución»². Es una definición deslumbrante.

El hecho que se desprende de estas dos afirmaciones es que no hay Constitución sin protección de los derechos. Lo que significa que los documentos de los Estados autoritarios que se llaman a sí mismos «constitucionales», no son Constituciones, como dijo Peter Häberle acerca de la Constitución de la República Democrática Alemana en un seminario en la Uni-

-
1. «We hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the pursuit of Happiness».
 2. «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

versidad de Roma «Tor Vergata», al que lo invitamos con motivo de la caída del Muro de Berlín.

2. LA VÍA DE LOS DERECHOS EN LA SISTEMÁTICA DE LOS DOCUMENTOS CONSTITUCIONALES

La Declaración de Filadelfia y la Declaración francesa, aunque documentos fundamentales, no eran auténticas constituciones. Es decir, no eran actos normativos destinados a regular la relación entre autoridad y libertad en la línea indicada por el mencionado art. 16 de la *Declaración* francesa.

Sin embargo, ejercieron una profunda influencia en los documentos constitucionales posteriores: empezando por las dos Constituciones que marcaron históricamente el punto de no retorno en el proceso de afirmación del constitucionalismo: la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 y la Constitución francesa de 1791.

Por otra parte, no es casualidad que estos acontecimientos coincidan con el nacimiento del *Estado moderno*. Este último está tan intrínsecamente ligado a la Constitución que a menudo se le denomina *Estado constitucional*.

Otro punto no controvertido es el reconocimiento de que —tras las dos «Declaraciones» mencionadas en el párrafo anterior— *las constituciones modernas* tienen una *relación constitutiva* con los derechos fundamentales: extrayendo precisamente de la necesidad de proteger estos últimos su más profunda razón de ser.

En relación con este punto, sin embargo, hay que señalar una paradoja. Nos referimos a la circunstancia de que las dos constituciones que acabamos de mencionar contenían una disciplina eminentemente organizativa: es decir, trataban más del poder soberano que de los derechos que debían hacerse valer frente a él.

No obstante, como señalamos, sólo se trata de una aparente paradoja.

En una de las dos Constituciones que acabamos de mencionar, la regulación de los derechos no estaba completamente ausente. Nos referimos a la Constitución francesa de 1791, cuyo artículo 1 del Título I preveía la libertad personal, la libertad de circulación, la libertad de pensamiento y la libertad de reunión.

De hecho, no hay que olvidar que, en ambos ordenamientos jurídicos, las disciplinas escritas de los derechos fundamentales, aunque no estuvieran formalmente incluidas en el texto de la Constitución, estaban contenidas

ESTUDIOS

En estas seis lecciones se condensa una gran parte del significado histórico del constitucionalismo y de su evolución hasta llegar al Estado constitucional, con la perspectiva del pluralismo territorial incluida, así como con los últimos desarrollos que están afectando negativamente a la democracia. Aun cuando tratan temáticas diferentes, se percibe en ellas un hilo conductor, el que representa el constitucionalismo en la diversidad de formulaciones que ha ido adquiriendo y en función del contexto nacional o supranacional en el que se proyecta sobre esas temáticas: los derechos fundamentales y las normas programáticas, la democracia, federalismo *versus* regionalismo, la subsidiariedad y, finalmente, la dimensión constitucional del proceso de integración europea.

Antonio D'Atena es Profesor Emérito de Derecho Constitucional de la Universidad de Roma «Tor Vergata», miembro fundador y expresidente de la *Associazione italiana dei Costituzionalisti* (AIC) y de la *Conferenza delle Associazioni scientifiche di Area giuridica* (CASAG), miembro fundador y antiguo componente del consejo de dirección (*Vorstand*) de la *Societas Iuris Publici Europaei* (SIPE) y miembro honorario del Instituto Mexicano de Amparo. Ha sido director durante siete años del I'ISSIRFA: Instituto del *Consiglio Nazionale delle Ricerche* (CNR) —la máxima institución de investigación en Italia— que se ocupa de federalismo, regionalismo y autonomías. Es codirector de la colección *Studi e materiali di diritto costituzionale* (Giuffrè editore, Milano) y miembro del consejos editoriales y científicos de numerosas revistas italianas y de otros países (entre ellos *Giurisprudenza costituzionale*, *Diritto e Società*, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, *Rassegna parlamentare*, *Consulta online* e *Italian Papers on Federalism*). Además de en Italia, sus obras han sido publicadas en España, Alemania, Portugal, Brasil, Austria, Francia, Bélgica, Grecia, Lituania, Polonia y Costa Rica.

ISBN: 978-84-1085-097-2



9 788410 850972