

¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?

Luis María Díez-Picazo
Instituto de Empresa (Madrid)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ESTABLECIMIENTO ORIGINARIO DE FEDERACIONES Y DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.—III. LA REFORMA NO UNÁNIME DE CONSTITUCIONES FEDERALES Y DE TRATADOS INSTITUTIVOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. IV. LA RETIRADA UNILATERAL DE FEDERACIONES Y DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. V. CONCLUSIÓN. VI. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

I. INTRODUCCIÓN

Un aspecto importante del debate en curso sobre qué reformas necesita la Unión Europea se centra en las distintas propuestas de elaborar una constitución para Europa. La Unión Europea dejaría, así, de estar basada en una serie de tratados internacionales para basarse en una Constitución, presumiblemente recogida en un único documento. Esta propuesta no es del todo novedosa, pues sus antecedentes se remontan al menos al Proyecto Spine-lli de Unión Europea de 1984; pero continúa desatando encendidas polémicas. Ello no es extraño, porque suele pensarse que, si la Unión Europea abandonara su actual fundamento jurídico-internacional, dejaría de ser una «unión de Estados», por utilizar la conocida expresión del Tribunal Constitucional alemán, para pasar a ser una entidad muy próxima a una federación; y esta posibilidad, junto a apasionados defensores, tiene cerrados opositores.

El problema es que, incluso cuando se entabla sin propósito demagógico alguno, esta discusión suele adolecer de un alto grado de oscuridad. Todo el mundo parece dar por sentado que existe una diferencia entre los tratados internacionales y las constituciones y, aún peor, que esa diferencia es clara e

incuestionable. Ahora bien, si uno se detiene a recapacitar, caerá en la cuenta de que la diferencia entre los conceptos de tratado internacional y de Constitución es bastante menos evidente de lo que parece a primera vista. Es importante, por ello, preguntarse en términos teóricos qué diferencia hay entre un tratado internacional y una constitución. Tal vez, si la diferencia fuera menor de lo que tiende a suponerse, habría que concluir que la discusión sobre el eventual cambio de fundamento de la Unión Europea versa, en gran parte, sobre palabras, no sobre cosas.

Antes de comenzar, sin embargo, es preciso hacer dos aclaraciones preliminares. Por un lado, preguntarse por la diferencia entre tratado internacional y constitución sólo tiene sentido en un contexto *lato sensu* federal o, por emplear una expresión más neutra, en estructuras compuestas. Sería absurdo, por ejemplo, indagar si la Constitución de la República Francesa es algo distinto de un tratado internacional; pero no lo sería tanto plantear esa cuestión con respecto a la Constitución de los Estados Unidos, la constitución de la Confederación Helvética o, incluso, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. La dificultad de distinguir entre constitución y tratado internacional no surge en los Estados unitarios, sino precisamente allí donde una serie de entidades políticas independientes se han integrado en una estructura superior. Éste ha sido el caso, en un momento u otro, de la mayor parte de las experiencias federales clásicas. Y ni que decir tiene que los tratados internacionales que aquí interesan son los que crean estructuras estables de índole multilateral. Así, verbigracia, tampoco tendría sentido preguntarse si hay alguna diferencia entre un tratado bilateral de delimitación de fronteras y una constitución. En consecuencia, formulada con precisión, la pregunta debe ser: ¿qué diferencia hay entre un tratado internacional institutivo de una organización internacional y una constitución federal?

Por otro lado, no resulta ocioso aclarar que la autocalificación de un texto normativo no es en absoluto decisiva a la hora de determinar su naturaleza. Sólo porque un documento se denomine «constitución» o «tratado» no puede concluirse que, efectivamente, se trata de una constitución o de un tratado. Puede haber razones por las que, de manera consciente o inconsciente, se adopta una denominación que no corresponde a la naturaleza del texto normativo. Por ejemplo, el Proyecto de Constitución Europea de 1994, elaborado por el Parlamento Europeo, contemplaba su eventual aprobación como un tratado internacional.

Pues bien, el contraste entre los significados generalmente aceptados de tratado internacional y de constitución conduce a resultados sorprendentes. Por «tratado internacional» se entiende todo acuerdo entre sujetos de Derecho internacional destinado a producir efectos vinculantes entre las partes. El término «constitución», en cambio, es mucho menos unívoco. En lenguaje estrictamente jurídico y adoptando una actitud positivista, que elimine en la medida de lo posible los elementos valorativos, puede decirse que lo más frecuente es identificar constitución con norma suprema o fundamen-

tal de un ordenamiento jurídico. Así las cosas, habría que concluir que nada impide que la norma suprema de un ordenamiento jurídico sea de naturaleza convencional, de manera que uno o varios tratados internacionales puedan ser calificados de constitución. Esto es precisamente lo que sucede en el Derecho comunitario si se acepta, como no puede ser menos, que los Tratados de París de 1952 y Roma de 1957 han dado vida a un ordenamiento jurídico diferenciado. En un pasaje justamente célebre de la Sentencia *Van Geend en Loos c. Países Bajos* de 1963, el Tribunal de Justicia dijo que «la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico de Derecho internacional a favor del cual los Estados miembros han limitado, si bien en ámbitos determinados, sus derechos soberanos y cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros sino también sus súbditos». Si el Derecho comunitario no es puro Derecho internacional, hay que concluir que es un ordenamiento jurídico en sí mismo y, entonces, su norma suprema habrá de buscarse precisamente en ese conjunto de normas convencionales que, de manera harto significativa, suelen denominarse «Tratados constitutivos». Las definiciones generalmente aceptadas entre los juristas no permiten, por tanto, trazar una distinción neta entre los conceptos de tratado internacional y de constitución.

Frente a esta afirmación no resultaría convincente argüir que una Constitución no es la norma suprema de cualquier ordenamiento jurídico, sino únicamente de los ordenamientos jurídicos estatales. La constitución equivaldría, así, a norma suprema del Estado, cuya misión consistiría en establecer la organización política del mismo. Es verdad que esta idea, según la cual sólo puede hablarse con propiedad de constitución en relación con los Estados, está bastante extendida; pero presenta un punto débil: la historicidad de la idea misma de Estado. ¿Carecería de sentido alguno, entonces, usar la palabra «constitución» para referirse a formas políticas anteriores a la aparición del Estado moderno en los siglos XVI y XVII? ¿Habrían de ser repudiadas expresiones tan conocidas como la «Constitución de Atenas», la «Constitución romana» o la «Constitución de Venecia»? Aún peor, si el Estado tal como se ha conocido hasta la fecha desapareciera para dar paso a nuevas formas políticas —y de esto hay más que indicios en la actualidad, incluido el propio proceso de integración europea—, ¿habría que desterrar para siempre la idea de constitución? Parece que la respuesta razonable a estas preguntas ha de ser negativa. Sencillamente no es cierto que, en el pensamiento jurídico-político, la idea de constitución esté absolutamente reservada al fenómeno estatal, y menos aún al fenómeno estatal tal como se ha manifestado en los últimos doscientos años.

En suma, de los significados generalmente admitidos entre los juristas no se desprende una distinción tajante y clara entre tratado (institutivo de una organización internacional) y constitución (federal). Y tampoco cabría, dicho sea incidentalmente, acudir a otras características, tales como la adhesión a postulados liberal-democráticos, el estilo de redacción, o los métodos de interpretación. En cuanto a lo primero, no se trata sólo de que haya paí-

ses a mitad de camino entre la democracia liberal y el autoritarismo, sino que muy a menudo se usa la palabra «constitución» en regímenes inequívocamente autoritarios. Esto tal vez sea un abuso del lenguaje, pero está absolutamente implantado. En cuanto al estilo, es cierto que las Constituciones suelen ser más breves que los tratados y, a diferencia de éstos, tienden a estar escritas con un lenguaje austero y lapidario; pero hay constituciones muy largas y, por ello mismo, escasamente solemnes. Baste pensar en Austria, donde cabe aprobar leyes con rango constitucional en cualquier materia; lo que, en la práctica, sucede con cierta frecuencia. Y, por lo que se refiere a los métodos de interpretación, conviene hacer dos observaciones. Por una parte, que las constituciones federales dejaran de ser interpretadas con criterios propios del Derecho internacional fue en sí mismo un logro. La experiencia norteamericana es muy ilustrativa a este respecto, ya que hasta la Guerra Civil existió una importante corriente de pensamiento según la cual la Constitución de 1787 era un mero pacto entre Estados, cuya interpretación última debería corresponder, en consecuencia, a ellos mismos. Por otra parte, cuarenta años de jurisprudencia del Tribunal de Justicia enseñan que tratados institutivos de organizaciones internacionales pueden ser sistemáticamente interpretados con criterios propios del Derecho constitucional. Probablemente sea éste el único sentido en que, al menos hasta hoy, puede hablarse con propiedad de «constitucionalización» de la Unión Europea.

Llegados a este punto, parece que el único enfoque viable consiste en comparar los rasgos distintivos del tratado internacional y de la constitución como tipos de normas. Ello exige analizar sucesivamente la aprobación, la modificación y la extinción de tratados y constituciones.

II. EL ESTABLECIMIENTO ORIGINARIO DE FEDERACIONES Y DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

La aprobación de cualquier tratado internacional requiere siempre el consentimiento de las partes. De ahí que un Estado no pueda quedar convencionalmente vinculado contra su voluntad (*ex consensu advenit vinculum*). Ello es consecuencia de la confluencia de dos rasgos del Derecho internacional: primero, el carácter inorgánico y descentralizado de la sociedad internacional, que carece de una autoridad legislativa central; segundo, el principio de igualdad de los Estados, por el que la voluntad de uno no es jurídicamente superior a la voluntad de otro.

La aprobación de las Constituciones federales requiere, asimismo, el consentimiento de los Estados afectados, al menos en origen. Esta última matización es crucial, pues indica que no se puede crear una estructura superior que englobe una pluralidad de Estados hasta entonces independientes sin el consentimiento de éstos. Ello no quiere decir, sin embargo, que allí donde la federación se crea sobre la base de una unidad política preexistente sea

imprescindible el consentimiento de todas las nuevas entidades federadas. Aquí la distinción entre los planos lógico e histórico es importante. En el plano lógico, es perfectamente posible la existencia de una genuina federación que no se haya originado por agregación de Estados previamente independientes. Piénsese, por ejemplo, en Canadá o Australia, que eran dominios británicos, o en Austria, que son los viejos dominios patrimoniales de los Habsburgo que quedaron tras la desmembración del Imperio Austro-Húngaro. Y, siempre en el plano lógico, es correcto el lugar común entre los especialistas según el cual los principios rectores del federalismo son sustancialmente los mismos en estos supuestos que en aquellos otros en que sí hubo, en algún momento, agregación de Estados previamente independientes. Éste es destacadamente el caso de Estados Unidos, Suiza o Alemania. Por el contrario, en el plano histórico, es indiscutible que unas federaciones surgieron por agregación de Estados previamente independientes y otras no. Pues bien, aunque en su funcionamiento no haya diferencias relevantes entre ambos supuestos, en esta sede lo que cuenta es el plano histórico; y ello porque aquí se trata, precisamente, de trazar una distinción dentro del universo de los procesos de integración política. Lo que aquí importa, en otras palabras, no es la federación ya realizada, sino la federación *in fieri*; y ello porque examinar cómo Estados Unidos, Alemania o Suiza se dotaron originariamente de Constituciones federales puede arrojar luz sobre la problemática distinción entre éstas y los tratados institutivos de organizaciones internacionales.

La Constitución de los Estados Unidos de 1787, como es notorio, fue elaborada por la Convención de Filadelfia, que estaba compuesta por delegados de los trece Estados. Esa Convención había sido convocada por el Congreso de los Estados Unidos, que era el único órgano de la Confederación existente desde la independencia en 1776 y estaba formado por representantes de los Estados. El mandato explícito de la Convención de Filadelfia era estudiar y proponer las reformas necesarias para que el pacto confederal, recogido en un documento titulado *Articles of Confederation*, mejorara en su funcionamiento práctico. Este dato explica que, durante los siguientes ochenta años, los antifederalistas de toda índole arguyeran que la Convención de Filadelfia se había extralimitado de su mandato al elaborar un nuevo texto constitucional que, además, instituía una genuina federación. Ahora bien, lo que aquí verdaderamente importa no son las consecuencias que deberían derivarse de esa innegable extralimitación —es éste un problema cuya solución depende, básicamente, de la concepción del poder constituyente que se mantenga—, sino el modo en que la Constitución de 1787 reguló su propia entrada en vigor. De conformidad con su artículo 7, «la ratificación por las convenciones de nueve Estados bastará para que esta Constitución entre en vigor por lo que respecta a los Estados que la ratifiquen». Así, tres extremos resultan claros: primero, se afirmó que el vínculo federal no podía establecerse sin el consentimiento de los Estados afectados;

segundo, la federación no podía nacer sin un mínimo de ratificaciones estatales; tercero, una vez alcanzado ese mínimo de ratificaciones, la federación ciertamente quedaba constituida, pero sólo respecto de los Estados que hubieran dado su consentimiento. De hecho, New Hampshire, uno de los trece Estados originarios que había estado presente en la Convención de Filadelfia tardó varios años en ratificar la Constitución y, por tanto, en adherirse a la nueva federación.

En cuanto a Alemania, el punto de partida debe buscarse en el Tratado de París de 1814, suscrito por las potencias que habían derrotado a Napoleón. El problema, tras la desaparición del Sacro Imperio Romano Germánico durante las Guerras Napoleónicas, era dotar a la enorme pluralidad de Estados alemanes de alguna organización común. En este contexto, el Tratado de París previó una solución confederal para Alemania, que fue realizada por la *Deutsche Bundesakte* de 1815. Este tratado fue suscrito por treinta y nueve Estados alemanes y dio vida a la Confederación Germánica. Poseía todos los rasgos clásicos de una confederación: fundamento en una norma de Derecho internacional, carencia de poder directo sobre los particulares, limitación de sus competencias al ámbito de la defensa y los asuntos exteriores, etc. Más tarde, la Constitución de 1849, aprobada por la asamblea revolucionaria reunida en Fankfurt, fue nacional y democrática; pero siguió la suerte de la revolución misma y nunca llegó a entrar en vigor. Por ello, la Confederación Germánica duró hasta el enfrentamiento de las dos principales potencias alemanas en la Guerra Austro-Prusiana de 1866. El año siguiente, bajo la dirección de Prusia y con exclusión de Austria y de otros Estados meridionales, se creó la Confederación de la Alemania del Norte. Se trataba, de nuevo, de una organización de tipo confederal en todos los sentidos, por más que su documento fundacional sea conocido como Constitución de 1867. Todo lo anterior no son sino los antecedentes del vínculo federal. Éste se estableció, por fin, en 1871, con la unificación de Alemania tras la victoria en la Guerra Franco-Prusiana. Desde el punto de vista del procedimiento, es importante distinguir tres fases. En primer lugar, la Constitución de 1871 fue elaborada y aprobada, durante el otoño de 1870, mediante una red de tratados entre los distintos príncipes alemanes; y entró en vigor el 1 de enero de 1871. En segundo lugar, esos mismo príncipes, reunidos en Versalles el 18 de enero de 1871, proclamaron el Imperio Alemán y ofrecieron la corona imperial al Rey de Prusia. En tercer lugar, el primer Parlamento federal procedió a adaptar la Constitución a la nueva forma imperial y, sobre todo, a unificar su texto, ya que su arriba mencionada aprobación mediante una red de tratados había ocasionado discrepancias de unos a otros. El texto unificado de la Constitución de 1871 fue, así, aprobado por el nuevo Parlamento el 16 de abril de 1871. La conclusión de cuanto precede es, sin duda, que el establecimiento originario de una federación en Alemania pasó por el consentimiento de todos los Estados afectados, otorgado según los medios del Derecho internacional de la época. Esta afirmación no

puede verse empañada por el hecho de que la unificación de Alemania en clave federal ocurriera bajo el absoluto predominio prusiano –no sería fácil argumentar, en términos jurídicos, que hubo vicios del consentimiento–, ni por la circunstancia de que la mayor parte de los Estados alemanes fueran monarquías y las más de las veces escasamente liberales. Esto último sólo demostraría que la unificación de Alemania distó de ser una empresa liberal-democrática, no que no fuera aceptada por los Estados afectados.

Todavía con respecto a Alemania, conviene señalar que, aun respetando la opción federal, ni la Constitución de Weimar de 1919 ni la Ley Fundamental de Bonn de 1949 se basan en el consentimiento previo de todas las entidades federadas. En el caso de la Constitución de Weimar, sencillamente porque, al igual que la Constitución de Frankfurt de 1849, fue elaborada y aprobada por una Asamblea nacional; es decir, partió del presupuesto de que el poder constituyente residía en el pueblo alemán en su conjunto. Fue, así, éste quien decidió darse una organización de tipo federal. En el caso de la Ley Fundamental de Bonn, las cosas son más complicadas, por varios motivos: la iniciativa partió de las potencias ocupantes occidentales (Estados Unidos, Reino Unido y Francia); el texto fue elaborado por un Consejo Parlamentario, donde estaban presentes delegados de los Parlamentos de los *Länder* y, antes de su aprobación, hubo de ser sometido al visto bueno de los comandantes de las fuerzas de ocupación; se concibió como un texto constitucional provisional, a la espera de la reunificación alemana. Por si fuera poco, las potencias ocupantes habían rediseñado el mapa político de Alemania, reduciendo el número de los *Länder* y alterando sus confines; lo que significa que la mayor parte de esos nuevos *Länder* nunca habían sido Estados independientes. Habría sido absurdo, en estas circunstancias, pensar siquiera en exigir el consentimiento previo de todas las entidades federadas para la aprobación del nuevo texto constitucional. Es significativo que el apartado primero del artículo 144 de la Ley Fundamental de Bonn disponga que «la presente Ley Fundamental requiere la aceptación por las representaciones populares en las dos terceras partes de los *Länder* alemanes donde ha de regir desde ya». No se exigía, por tanto, la ratificación de todas las entidades federadas. De hecho, la Ley Fundamental de Bonn nunca ha sido ratificada por Baviera, sin que ello haya impedido que esté vigente también en ese país. La enseñanza de cuanto precede es que el establecimiento de una federación implica ya la creación de una unidad política y, por tanto, la eventual aprobación de nuevas constituciones, en un momento ulterior, no pasa necesariamente por el consentimiento de todas las entidades federadas. Ello es así incluso si no se trata de meras revisiones del texto constitucional originario, sino de nuevos actos de ejercicio del poder constituyente. Aquí el dato relevante parece ser, en todo caso, que las entidades federadas han dejado de ser Estados independientes.

En Suiza, el establecimiento originario de la federación se produjo con la Constitución de 1848. Con anterioridad, existía una confederación regida

por el Pacto de 1815, es decir, por un tratado internacional. Fue precisamente la Dieta Confederal, el órgano de la Confederación formado por los delegados de los cantones, la que decidió modificar la naturaleza del vínculo y elaboró un nuevo texto constitucional de corte federal. Según el artículo 1 de sus Disposiciones Transitorias, la Constitución había de ser aprobada no sólo por la Dieta Confederal, sino también por todos los cantones; lo que, con modalidades y vicisitudes diversas, efectivamente ocurrió. También en Suiza, por consiguiente, hubo un consentimiento de todos los cantones, que en la práctica eran independientes, a la creación de la federación. La Constitución de 1874, por lo demás, no es sino producto de una revisión total de la Constitución de 1848, realizada siguiendo el procedimiento de reforma constitucional previsto por esta última; y lo mismo puede decirse de la novísima Constitución de 2000, elaborada de conformidad con el procedimiento de reforma de la Constitución de 1874.

La conclusión a extraer de estas experiencias históricas es que, efectivamente, la aprobación de una constitución federal allí donde no existe una unidad política previa exige el consentimiento de todos los Estados afectados. Desde el punto de vista de su aprobación, por tanto, no es posible trazar una distinción neta entre constituciones federales y tratados institutivos de organizaciones internacionales.

III. LA REFORMA NO UNÁNIME DE CONSTITUCIONES FEDERALES Y DE TRATADOS INSTITUTIVOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Por lo que hace a la modificación, ninguna duda surge con respecto a las constituciones federales. Toda reforma o revisión constitucional ha de realizarse según el procedimiento previsto por la propia constitución. De lo contrario, más que una verdadera reforma constitucional, habría un nuevo acto de ejercicio de poder constituyente; lo que, en todo caso, implicaría una ruptura con el orden preexistente. Normalmente, las constituciones federales suelen exigir para su reforma la ratificación por una mayoría cualificada de las entidades federadas. Así, en Estados Unidos las reformas constitucionales han de ser ratificadas por tres cuartos de los Estados (art. 5 de la Constitución norteamericana), y en Suiza por una mayoría de los cantones y de los ciudadanos (art. 123 de la Constitución suiza). En Alemania, en cambio, los *Länder* no están llamados a ratificar las reformas constitucionales; pero éstas han de ser aprobadas por dos tercios de cada una de las dos cámaras del Parlamento federal (art. 79 de la Ley Fundamental de Bonn). Ello significa que no cabe reforma constitucional alguna al margen del *Bundesrat*, cámara alta en la que están representados los Gobiernos de los *Länder*. Téngase en cuenta, además, que a veces las constituciones federales introducen garantías adicionales para las entidades federadas. Así, por ejemplo, el mencionado artículo 5

de la Constitución norteamericana excluye que «a ningún Estado se le prive sin su consentimiento de la igualdad de voto en el Senado».

Curiosamente, las cosas no son muy distintas para los tratados institutivos de organizaciones internacionales. Aunque intuitivamente se tienda a creer lo contrario, a veces los tratados institutivos de organizaciones internacionales no exigen la unanimidad de todas las partes para su modificación, pudiendo ésta incluso resultar vinculante para aquellos Estados que no han dado su consentimiento. Más aún, la posibilidad de modificación no unánime dista de ser algo excepcional entre los tratados institutivos de organizaciones internacionales. Véanse, por ejemplo, el artículo 108 de la Carta de Naciones Unidas, el artículo 17 C del Estatuto del Fondo Monetario Internacional, o el artículo 36 del Tratado de la Organización Internacional del Trabajo. Una propuesta en esta misma dirección, por lo demás, ha sido avanzada respecto de la Unión Europea en el Informe de 31 de julio de 2000, elaborado para la Comisión por el grupo de trabajo coordinado por Claus-Dieter Ehlermann e Yves Mény.

Todo esto parece chocar con el ya referido principio general del Derecho internacional según el cual no hay tratado sin consentimiento. ¿Cómo sería posible, entonces, esta vinculación de los Estados a una norma convencional que no han consentido? La respuesta se halla en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, cuyo artículo 40 se refiere a la modificación de tratados multilaterales, como son por definición aquéllos que instituyen organizaciones internacionales. Dicho precepto establece, como regla supletoria, que los Estados que no hayan prestado su consentimiento no quedarán vinculados a la modificaciones de los tratados multilaterales en que sean parte. Ahora bien, esta regla tiene precisamente carácter supletorio y, por ello mismo, sólo se aplica si el tratado multilateral en cuestión no dispone otra cosa. Esto significa que el Convenio de Viena de 1969 admite la posibilidad de que un Estado quede vinculado sin su consentimiento a modificaciones de tratados multilaterales; y conviene no olvidar que el Convenio de Viena de 1969 se limitó a codificar, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, el Derecho internacional general en materia de tratados, de manera que tiene un valor universal. La explicación más frecuente entre los internacionalistas de este fenómeno es que la adhesión a un tratado implica la aceptación del mismo en todos sus extremos, incluidas las eventuales cláusulas relativas al procedimiento para su modificación. Por vía indirecta, así, quedaría salvada la exigencia de consentimiento a las normas convencionales.

Siempre sobre esta posibilidad de modificaciones no unánimes a los tratados institutivos de organizaciones internacionales, hay que hacer dos observaciones adicionales. Por una parte, es verdad que el tratado puede otorgar al Estado que no acepta la modificación, como alternativa a quedar vinculado sin su consentimiento, el derecho de retirarse de la organización. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 18 D del Tratado de la Agencia In-

ternacional de la Energía Atómica. Sin embargo, si esta opción se generalizase, la propia posibilidad de modificaciones no unánimes perdería gran parte de su significado, ya que el riesgo de desintegración tendería a disuadir a las organizaciones internacionales de hacer uso de aquella posibilidad.

Por otra parte, un problema específico es qué ocurriría si, mediante una modificación no consentida, un Estado viera alterada su posición como parte de una organización internacional. Por ejemplo, el peso de su voto, la cuantía de su contribución económica, etc. En principio, parece que, en la medida en que se hubiera respetado el procedimiento establecido por el propio tratado, no habría motivo para cuestionar la validez de dicha modificación. No obstante, algunos internacionalistas piensan que, cuando se trata de incidir sobre derechos básicos del Estado en el seno de una organización internacional, es siempre necesario su consentimiento; y ello porque en esta hipótesis funcionaría peor la justificación de la modificación no unánime, es decir, la presunción de que la adhesión a un tratado multilateral implica la aceptación de su procedimiento de modificación. Con todo, se trata de un argumento excesivamente antiformalista y, por ende, escasamente convincente. Si se desea salvaguardar ciertos derechos básicos de los Estados en el seno de la organización, lo mejor es excluirlos de la posibilidad de modificación sin consentimiento del afectado. Recuérdese que esto, precisamente, es lo que hace el artículo 5 de la Constitución norteamericana respecto del derecho de voto de los Estados en el Senado: si esta precaución no se estima superflua en una constitución federal, ello significa que no cabe presumir la existencia de derechos tácitamente inatacables en los tratados institutivos de organizaciones internacionales.

En suma, tampoco desde el punto de vista de su modificación hay diferencias radicales entre las constituciones federales y los tratados institutivos de organizaciones internacionales. Ambos tipos de normas admiten la posibilidad de modificación sin el consentimiento de todas las partes y que, aun así, éstas queden vinculadas.

IV. LA RETIRADA UNILATERAL DE FEDERACIONES Y DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

En cuanto a la extinción, el problema verdaderamente crucial no es tanto si una constitución o un tratado pueden perder su vigencia en general —lo que, al igual que sucede con cualquier otro tipo de norma, sólo puede recibir una respuesta afirmativa— cuanto si puede dejar de estar en vigor para una parte; es decir, se trata de esclarecer si en las constituciones federales y en los tratados institutivos de organizaciones internacionales cabe la retirada unilateral o secesión. Mucha gente parece pensar que, mientras que la retirada de una organización internacional es siempre un derecho, la secesión de una federación está siempre excluida; y la razón sería que en las organizaciones internacionales los Estados mantienen su independencia, al contrario de lo

que sucede en las federaciones. No obstante, esta creencia constituye una notable simplificación de la realidad, que es mucho más matizada.

La idea de que cualquier Estado tiene absoluta libertad para denunciar un tratado internacional del que es parte, dando así por terminada su vinculación al mismo, es sencillamente falsa. La denuncia o retirada unilateral sólo es jurídicamente lícita si concurren las condiciones impuestas por el Derecho internacional. Éstas se hallan recogidas, ante todo, en el artículo 54 del arriba mencionado Convenio de Viena de 1969, según el cual la denuncia es posible siempre que esté prevista en el propio tratado —y observando, en su caso, los requisitos establecidos por éste— o que medie el consentimiento de todas las partes en el mismo. Si no se da ninguna de estas dos hipótesis, habrá que aplicar el artículo 56 del Convenio de Viena, que establece la norma general supletoria en la materia:

«1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o retirada del mismo no podrá ser objeto de denuncia o retirada, a menos: *a*) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o retirada; o *b*) que el derecho de denuncia o retirada pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

2. Una parte deberá notificar con doce meses por lo menos de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él conforme al párrafo 1.»

Hay que tener en cuenta, además, que el artículo 60 del Convenio de Viena contempla una posibilidad extraordinaria de terminación de los tratados internacionales por «violación grave» de los mismos. Esta norma, que se basa en el principio de que quien incumple un pacto no puede exigir su observancia a los demás, establece condiciones rigurosas para su aplicación; y ello porque violación grave no es cualquier incumplimiento de las obligaciones convencionales, sino sólo: «*a*) un rechazo del tratado no autorizado por el presente Convenio; o *b*) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o fin del tratado». Ni que decir tiene que la denuncia por violación grave no puede ser invocada por la parte incumplidora.

Pues bien, no es ésta la sede idónea para hacer una exégesis detallada de estos preceptos. Baste subrayar que, de acuerdo con el Derecho internacional general codificado por el Convenio de Viena de 1969, la retirada unilateral de un tratado multilateral sólo es posible en alguno de los supuestos referidos. Fuera de ellos la retirada unilateral sería antijurídica y, de producirse como hecho consumado, daría indudablemente lugar a responsabilidad internacional del Estado. No existe, así, una libertad general e incondicionada de retirarse unilateralmente de las organizaciones internacionales.

Curiosamente, tampoco es del todo cierto que en las federaciones la pérdida de independencia de las entidades federadas comporte siempre la ilicitud de la retirada unilateral; es decir, el hecho de que el vínculo no sea de naturaleza internacional no excluye necesariamente la posibilidad de se-

cesión. Ahora bien, en materia tan delicada, conviene proceder con orden y hacer algunas aclaraciones preliminares. La idea de secesión, ante todo, no se limita a aquellos Estados con una estructura compuesta, sino que teóricamente es también predicable de Estados unitarios. Cualquiera que sea su posición jurídico-política, en una región puede existir el deseo de separarse del resto del Estado del que forma parte. Además, en contra de lo que algunos intentan hacer creer, el concepto de secesión no está forzosamente vinculado al concepto de autodeterminación. El único significado técnico de la palabra «autodeterminación» es el derecho de ciertos comunidades a pronunciarse, mediante un referéndum libre, acerca de su continuidad dentro del Estado en que se hallan; pero, en la situación actual del Derecho internacional, ese derecho sólo existe, en rigor, para comunidades sometidas a dominación colonial o a un régimen racista. De aquí se desprenden, al menos, dos conclusiones: primera, el resultado del ejercicio del derecho de autodeterminación no tiene que ser ineluctablemente la secesión sino que, en teoría, cabría optar por el mantenimiento del *statu quo*; segunda, la secesión como consecuencia del ejercicio del derecho de autodeterminación sería, por definición, un fenómeno enteramente regulado por el derecho internacional y, por tanto, ajeno al problema de si las constituciones federales excluyen siempre la posibilidad de secesión.

A efectos de distinguir entre tratado y constitución, por tanto, importa poco la autodeterminación. La cuestión aquí es, más bien, si una constitución federal puede, sin caer en contradicción consigo misma, prever —o, en su caso, simplemente admitir— la posibilidad de secesión de las entidades federadas. Ciertamente, no cabe aducir muchos ejemplos en este sentido; pero la experiencia histórica enseña que, al final, la respuesta ha de ser afirmativa. Está, ante todo, el caso notabilísimo de la extinta Unión Soviética, que se definía a sí misma como una «unión voluntaria» de repúblicas socialistas. Tal era la expresión del artículo 70 de la Constitución soviética de 1977, que en este extremo no contenía innovación alguna con respecto a la Constitución soviética de 1936. De este carácter voluntario de la pertenencia a la federación el artículo 72 de la mencionada Constitución de 1977 hacía surgir un «derecho a la libre secesión». Es indudable que, en la intención de los redactores de los textos constitucionales soviéticos, esta afirmación tenía una naturaleza puramente retórica, aunque sólo fuera porque todos los resortes del poder estaban mediatizados por el partido único. Sin embargo, ironías de la historia, estas disposiciones constitucionales desempeñaron un papel de peso en el momento de crisis y desintegración de la Unión Soviética. Al menos en el caso de las Repúblicas Bálticas, la separación de la Unión Soviética adoptó como fundamento formal ese reconocimiento constitucional del derecho de secesión. El ejemplo de la Unión Soviética, por lo demás, no es único. Sin remontarse a precedentes más antiguos, como la secesión de Noruega y Suecia hace cien años, hay que mencionar dos episodios recientes: la escisión de Checoslovaquia y los debates canadienses sobre una

eventual separación del Québec. Aunque no estuviera expresamente prevista por texto constitucional alguno, la secesión de Eslovaquia fue aceptada por el resto de la antigua federación, hasta el punto de que sus aspectos prácticos fueron básicamente negociados entre ambas partes. El ejemplo canadiense es aún más ilustrativo porque, a diferencia de la escisión entre checos y eslovacos, tiene lugar en una democracia estable y próspera. Como es sabido, a fin de aclarar los términos del debate con los independentistas quebequeses, el Gobierno federal pidió opinión al Tribunal Supremo. En su dictamen de 20 de agosto de 1998, éste afirmó que, aun no estando constitucionalmente prevista, la secesión sería posible si una «mayoría clara» del cuerpo electoral del Québec diera una respuesta afirmativa a una «pregunta clara» sobre la separación del resto del Canadá.

Conviene señalar que estos ejemplos no dejan de ser estadísticamente raros en una perspectiva comparada, donde lo normal es que la secesión esté excluida de raíz. Más aún, la mayor parte de las federaciones suelen presentarse como uniones perpetuas. Así ocurrió, incluso, con la Constitución de los Estados Confederados de América de 1861. Éste fue el texto constitucional que se dieron los Estados que se separaron de la Unión, invocando que la Constitución norteamericana de 1787 era un pacto entre Estados que había sido gravemente violado por las autoridades federales. Dicho texto constitucional —que, en sus aspectos técnicos, era bastante similar a la propia Constitución de 1787— proclamaba solemnemente en su preámbulo la soberanía de los Estados; pero, tras afirmar también el carácter perpetuo del vínculo federal, guardaba púdicamente silencio sobre la posibilidad de secesión.

Parece, en definitiva, que lo normal en una federación es que las entidades federadas carezcan de derecho a la retirada unilateral. Dado que no son Estados independientes —y fuera de los tasados supuestos en que quepa invocar el derecho de autodeterminación—, un derecho a la retirada unilateral no puede dársele el Derecho internacional, sino sólo el correspondiente ordenamiento interno. Y ésta es, en principio, una opción libre de cada Estado. Como demuestran las experiencias de la Unión Soviética, Checoslovaquia o Canadá, hay algunos países que no la excluyen de raíz. No repugna a la idea misma de Constitución federal que ésta prevea —o, en su caso, admita— la posibilidad de secesión. Ello implica que, tampoco desde este punto de vista, cabe hallar una diferencia neta entre constituciones federales y tratados institutivos de organizaciones internacionales.

V. CONCLUSIÓN

Todo lo anterior parece demostrar que, por lo que se refiere a su aprobación, modificación y extinción, no hay una línea de separación absolutamente nítida entre constituciones federales y tratados institutivos de organizaciones internacionales. Es verdad que en estas últimas los Estados tienden a conservar un grado mucho mayor de libertad; pero ello no signifi-

fica que la diferencia sea radical ni, sobre todo, necesaria. ¿Habría que concluir, entonces, que no hay diferencia esencial alguna entre ambos tipos de normas? Tal vez... pero ello no deja de chocar con los presupuestos generalmente admitidos y profundamente arraigados en nuestra cultura jurídica: una cosa es un tratado y otra una constitución.

Probablemente, la razón última de tanta perplejidad radica en que el concepto de tratado es puramente formal, mientras que el concepto de constitución no lo es. La identificación de los tratados, en efecto, depende de características externas (sujetos, procedimiento, solemnidades, etc.). Como se vio, cualquier acuerdo entre sujetos de Derecho internacional destinado a producir efectos vinculantes entre las partes es un tratado, cualquiera que sea su contenido. Para identificar las constituciones, en cambio, es preciso a menudo hacer consideraciones de contenido o sustancia. Es verdad que, según la definición más extendida, una constitución es la norma fundamental de un ordenamiento jurídico; pero no hay que olvidar que, en especial en los últimos cien años, esa norma fundamental tiende a estar recogida en un documento provisto de un *nomen iuris* diferenciado («constitución», «ley fundamental», etc.) y, sobre todo, dotado de una fuerza peculiar. En estas circunstancias, las constituciones no son sólo materialmente la norma fundamental del correspondiente ordenamiento jurídico, sino que también suelen ser un tipo de norma formalmente distinto de los demás. Ahora bien, la experiencia histórica muestra cómo a veces la norma fundamental de un ordenamiento jurídico está recogida en costumbres, en leyes ordinarias o en tratados internacionales. Incluso, como en el caso del Canadá hasta 1982, en una ley de otro país: la *British North America Act* de 1867, aprobada por el Parlamento inglés. En estos supuestos, sólo la sustancia —esto es, ser norma fundamental de un ordenamiento jurídico— permite identificar a las constituciones. De todo ello era plenamente consciente Kelsen, quien, al analizar las constituciones federales, afirma que «normalmente, un Estado federal adquiere existencia por medio de un tratado internacional concluido por Estados independientes». Las constituciones, en consecuencia, pueden revestir distintas formas normativas, incluida la de tratado internacional.

Así las cosas, hay que concluir que el debate sobre el eventual cambio de fundamento de la Unión Europea tiene mucho de discusión sobre palabras. Lo que verdaderamente importa no es tanto la denominación del documento, cuanto su modo de elaboración y aprobación, los poderes otorgados a las instituciones comunitarias, la posición de los Estados miembros, etc. Y, para saber si la Unión Europea se aproxima a una genuina federación o si —con todas las peculiaridades que se quiera— sigue siendo una organización internacional, hay que observar la sustancia: ¿qué les queda a los Estados miembros de la Unión Europea de los atributos propios de un Estado independiente? A todos estos efectos, la denominación es lo de menos.

No conviene, con todo, cerrar con un sentimiento de absoluto vacío. Que el fundamento de la Unión Europea se encontrara en un documento

denominado «Constitución» tendría cierta relevancia. De entrada, serviría para acentuar el hecho de que las relaciones entre los Estados miembros han dejado prácticamente de estar regidas por el Derecho internacional. Ello implicaría una renuncia a utilizar instrumentos internacionales (derecho de legación, sanciones internacionales, etc.), incluso en aquellos ámbitos que sigan siendo de competencia exclusiva de los Estados miembros. De aquí se seguiría una especie de generalización de la regla actualmente recogida en el artículo 292 del Tratado de la Comunidad Europea; es decir, los Estados miembros renunciarían a regular sus relaciones y, en su caso, a dirimir sus controversias por vías extraconstitucionales. Es importante subrayar que ello no significaría necesariamente que, en sus relaciones con terceros, los Estados miembros de la Unión Europea hubieran de renunciar a su condición de sujetos de la comunidad internacional. Este desdoblamiento entre las facetas interna y externa de la condición de Estado —es decir, ser entidad federada *ad intra* y Estado independiente *ad extra*— no sería enteramente novedosa, pues en su día Ucrania y Bielorrusia tuvieron asiento en las Naciones Unidas a pesar de ser repúblicas federadas dentro de la Unión Soviética.

Hay otro sentido, más profundo, en que sería relevante tener un documento llamado «Constitución»: aprobar constituciones, precisamente porque éstas inevitablemente evocan los fundamentos, conduce a identificar la fuente última de legitimidad dentro del ordenamiento. Por decirlo lapidariamente, en el caso de la Unión Europea, la pregunta sería: ¿pueblo europeo o Estados miembros? Conviene subrayar que la respuesta a este interrogante no tiene sólo un alto valor simbólico; lo que, en todo caso, avalaría ya su importancia. En determinadas situaciones, puede tener también trascendencia práctica. Valga un ejemplo elocuente: para justificar que la Constitución de los Estados Unidos no era un simple pacto entre Estados y, por tanto, que la secesión de los Estados del Sur era un acto de sedición, el Presidente Lincoln no hizo un sofisticado análisis del modo de elaboración y aprobación de aquella. Más bien, prefirió recordar que, si bien los Estados eran anteriores a la Constitución de 1787, su existencia misma como Estados se debía a una decisión del pueblo de los Estados Unidos; y ello porque fue el Congreso Continental quien, tras declarar la independencia en 1776, hizo un llamamiento a las antiguas colonias para que se dotaran de constituciones. Incluso en el mundo de la argumentación jurídica, saber en nombre de quién se han hecho las cosas resulta, a veces, crucial.

VI. NOTA BIBLIOGRÁFICA

El concepto de tratado internacional es básicamente pacífico. Sobre su régimen jurídico, véase, por ejemplo, J.A. CARRILLO SALCEDO, *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 103 ss. Por lo que se refiere al concepto de constitución, que es mucho más complejo y controvertido, el análisis clásico dentro de la doctrina española es de M. GARCÍA

PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, 2ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 33 ss. Véase, asimismo, F. TOMÁS y VALIENTE, *Constitución (Escritos de introducción histórica)*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 29 ss.

El proceso de elaboración y aprobación de la Constitución norteamericana, que resulta muy conocido, está resumido en B. SCHWARTZ, *The Reins of Power (A Constitutional History of the United States)*, Hill and Wag, Nueva York, 1963, p. 20 ss. Acerca de la formación y evolución del federalismo en Alemania, véase B. POLONI, *Histoire constitutionnelle de l'Alemagne*, Ellipses, Paris, 2000, especialmente p. 10 ss., 45 ss., 71 ss., 87 ss. y 113 ss., así como J. DROZ, *Histoire de l'Alemagne*, 12ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1994, p. 34 ss. Para los orígenes del federalismo suizo, cabe remitirse a A. FAVRE, *Droit constitutionnel suisse*, 2ª ed., Editions Universitaires de Fribourg Suisse, Fribourg, 1970, p. 28-29 y B. KNAPP, *L'ordinamento federale svizzero* (trad. it.), Giappichelli, Turín, 1994, p. 44 ss.

La posibilidad de reforma no unánime de los tratados institutivos de organizaciones internacionales es analizada en R.J. DUPUY (ed.), *Manuel sur les organisations internationales*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, p. 42-43 y M. DÍEZ DE VELASCO, *Organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 52-53. El mencionado Informe de 31 de julio de 2000, elaborado por encargo de la Comisión Europea, está publicado como *Reforming the Treaties' Amendment Procedure*, Instituto Universitario Europeo, Florencia, 2000.

Sobre las ideas de autodeterminación y secesión, véanse respectivamente A. CASSESE, *International Law in a Divided World*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 131 ss. y A. BUCHANAN, *Secessione* (trad. it.), Mondadori, Milán, 1995, especialmente p. 31 ss. Acerca del derecho de secesión en la Constitución soviética de 1977, véase P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 6ª ed., Giuffrè, Milán, 1988, p. 425. Su aplicación en las Repúblicas Bálticas durante el colapso de la Unión Soviética es examinado en M. SUKSI, «Ondate baltiche? (Evoluzione costituzionale di Estonia Lettonia e Lituania)», en *Quaderni costituzionali* n° 3/92 (1992), p. 491 ss. Acerca de la posibilidad de separación del Québec, véase A. RUIZ ROBLEDO y C. CHACÓN PIQUERAS, «Comentario del dictamen del Tribunal Supremo canadiense de 20 de agosto de 1998 sobre la secesión de Québec», en *Teoría y Práctica Constitucional* n° 3 (1999). En cuanto a la Constitución de los Estados Confederados de América de 1861, no siempre fácil de consultar, se encuentra en apéndice en el libro de E. M. THOMAS, *The Confederate Nation (1861-1865)*, Harper and Row, Nueva York, 1979.

La peculiaridad constitucional canadiense, cuyo texto constitucional hasta 1982 estaba recogido en una ley británica, es explicada en P. H. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3ª ed., Carswell, Scarborough (Ontario), 1992, p. 3 ss. La cita de Hans Kelsen procede de su *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. esp.), UNAM, México D.F., 1979, p. 379. Sobre la pertenencia de Bielorrusia y Ucrania a las Naciones Unidas, a pesar de que nunca tuvieron, en época soviética, un reconocimiento general como

miembros de la comunidad internacional, véase M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1976, p. 181. La referida argumentación de Abraham Lincoln está desarrollada en su primer discurso inaugural, que puede consultarse en R. HOFSTADTER, *Great Issues in American History*, vol. 2, Vintage, Nueva York, 1958, p. 390 ss.

