INVITACIÓN AL ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT

Profesor Titular de Derecho Constitucional Catedrático *Jean Monnet* de Derecho Constitucional de la UE Universidade de Santiago de Compostela (Galicia)

SUMARIO

I. Introducción. A) Para aproximarse a la Constitución europea. B) El ejemplo de la Constitución española. C) Los grandes rasgos de la Constitución europea. 1. Separación de poderes y forma de gobierno. 2. Derechos y libertades. 3. El pueblo europeo. 4. El modelo territorial europeo. II. La Constitución europea en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. III. La Constitución europea en los Tratados. IV. La Constitución europea en las constituciones de los estados miembros. A) La contribución de la Ley Fundamental de Bonn. B) Las constituciones francesa y portuguesa. V. La Constitución europea en la Jurisprudencia de los altos tribunales de los estados miembros. A) Jurisprudencia constitucional alemana. B) Jurisprudencia francesa. C) Jurisprudencia constitucional italiana. VI. Principios constitucionales de la UE y de sus estados miembros. VII. El impacto de Niza. VIII. ¿Hace falta una Constitución escrita? (Conclusión). IX. Breve bibliografía.

INVITACIÓN AL ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

POR

ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT1

Profesor Titular de Derecho Constitucional Catedrático *Jean Monnet* de Derecho Constitucional de la UE Universidade de Santiago de Compostela (Galicia)

I. INTRODUCCIÓN: ¿PODEMOS CRECER EN CONSTITUCIONALISMO SIN CRECER EN ESTATISMO?

Este artículo propone al lector estudiar la Constitución europea con una vieja y nueva visión: una visión poco original, que si en algo puede resultar novedosa es por presentarse desempolvada. No se propone describir la Constitución europea, aunque algo de eso también se tenga que hacer, sino sugerir una forma de aproximarse a ella, que vale tanto antes de Niza como después; en realidad, valdrá mientras no se haga una Constitución europea codificada, monista y estatista. Queremos recordar que el constitucionalismo genuino es

¹ Agradecimientos: a los profesores D'ORS (Pontevedra), STITH (Valparaíso, Indiana) y Weiler (Cátedra Jean Monnet, Harvard), que leyeron el borrador; a los doctores Bronfman y Cancela, coautores conmigo del repertorio La Constitución europea. Tratados constitutivos y jurisprudencia, Santiago, USC, 2000. Este artículo reelabora parte de los comentarios de ese repertorio, así como otros argumentos aparecidos en «Por una Constitución europea pluralista» [Nueva Revista, 71 (2000), 68-83)] y en un trabajo con este título presentado en el V Congreso ECSA-World (Bruselas, 14-15 de diciembre del año 2000).

no-estatista; quizá es, incluso, anti-estatista, cosa que nos coloca en buenas condiciones para entender un fenómeno constitucional que se está manifestando en una comunidad política que no es un estado y que se desenvuelve en un mundo post-soberano y post-estatal. Sugerimos al lector que se acerque al tema no como quien estudia un Objeto Político No Identificado, aunque la UE tenga algo de OPNI, ni una organización internacional, aunque tenga mucho de internacional, sino con toda naturalidad, con una óptica constitucional, como la que emplearía para acercarse a la Constitución española o al Estatuto de Autonomía de Galicia, en los cuales tampoco es todo realmente constitucional.

Para identificar lo que hay de constitucional en la Comunidad Europea o en la UE, hay que usar algo equiparable a un detector de metales: allí donde se detecte algo materialmente constitucional, habrá constitución, aunque sea un fragmento. Entendemos por «óptica constitucional» cualquier visión constitucional en sentido realista y ratione materiae, que no sea formalista y que se hava desprendido de la inercia que el estatismo y la codificación han depositado sobre nuestras mentalidades. Neil Walker, para superar esa visión de un constitucionalismo que va no puede seguir haciendo su nido en el estado, habla de un «meta-constitucionalismo»². Creo que, como los conceptos de estado y constitución han sido siempre distintos y, en su origen, opuestos, habría que hablar, más bien, de «meta-estatismo». Precisamente la UE nos puede demostrar que la constitución, para sobrevivir al estado, no necesita más que desprenderse del estatismo que se le adhirió, con sus secuelas de soberanía, codificación y totalidad. El estado es bodiniano y westfaliano; la Constitución es lockeana y puede perfectamente ser post-westfaliana. Por esta razón, estudiar la Constitución europea es entrar en un problema apasionante que nos ayuda a columbrar los derroteros por los que puede discurrir el constitucionalismo post-estatal en el que ya estamos viviendo.

* * *

El ya no tan reciente fenómeno del desarrollo de una dimensión constitucional en la UE puede ser considerado, en cierto modo, como

Neil WALKER, «Metaconstitutionalism...», en la página web de la Cátedra Jean Monnet de la Universidad de Harvard.

un triunfo del constitucionalismo anglo-americano: un triunfo del concepto no codificado de constitución sobre el codificado, del realista sobre el formalista, y del judicialismo sobre el legalismo, incluyendo la producción de un Derecho común europeo, aunque no es un *Common Law*. No es que todos los actores del escenario participen de la mentalidad jurídico-constitucional anglo-americana, en absoluto; es que nuestro enfoque tradicional muestra pronto sus límites al tratar de explicar este fenómeno constitucional en la práctica. No es casualidad que los autores americanos e ingleses (y también los alemanes, por sus experiencias históricas de Unión Aduanera y Confederación) se acerquen al problema constitucional de la UE con más soltura y facilidad que los franceses, españoles o portugueses, con excepciones como la del francés Seurin, que expresamente advierte de su enfoque anglosajón.

De cara al problema de si hay que hacer o no una Constitución europea, subrayaremos que la pregunta parece mal formulada. Tal como están las cosas ahora mismo, ya no partimos de cero; ya existe desde hace algunos decenios una Constitución de la Comunidad Europea en sentido material, y ya es posible identificarla si nos conformamos con no alcanzar una precisión milimétrica. Es como trazar el mapa de una región que conocemos imperfectamente pero que ya existe y en la cual vivimos, o dibujar un plano sin poder descender con seguridad a todos los detalles. Está en aquellos artículos de los Tratados que ratione materiae son constitucionales, así como en ciertas sentencias del TJCE. Pero como la UE no es un estado, y posiblemente nunca llegue a serlo, su Constitución también está en algunos artículos de las constituciones de los estados miembros y algunas de las sentencias de las más altas jurisdicciones de los mismos, así como en los principios y tradiciones constitucionales comunes.

Aparece así una constitución fragmentaria, asimétrica, cambiante e incompleta, pero ya realmente constitucional en ciertos aspectos. Lo que tiene de fragmentaria e incompleta no es tanto por sus defectos de forma, aunque no escaseen, como por los de fondo: hay aspectos de la UE en los que no hay suficiente separación de poderes, o suficiente sumisión del poder al Derecho; otros permanecen en el terreno de lo jurídico-internacional (como la PESC, no sabemos por cuánto tiempo), haciendo así improcedente el enfoque constitucional. De esta manera, en la UE se dan, al mismo tiempo, muy diferentes relaciones: en un extremo, unas relaciones de cooperación que son típicas del Derecho internacional más tradicional; en el punto medio, otras que ya no son internacionales sino internas y materialmente constitucionales; en el extremo contrario, otras relaciones son ya tan internas

que no son constitucionales por ser «menos que constitucionales»: procesales, jurídico-administrativas o tributarias, y mucho más detalladas que lo que se espera de una constitución, incluso de una constitución que sea un poco extensa. Hay zonas discutibles y arenas movedizas que están cambiando; los mismos Tratados fueron, en su origen, tratados internacionales, como otros, que pudieron no haber desarrollado ningún aspecto político destacable. Hay casos en que lo constitucional es la capacidad de tomar la gran decisión —prohibir restricciones a la libre circulación, constituir un Banco— mientras que la ejecución y los detalles son económicos o fiscales.

A) Para aproximarse a la Constitución europea

No hay que «hacer» nada de particular para aproximarse a la Constitución de la UE; más bien «no hacer»: desprendernos del estatismo, la concepción normativista del Derecho como código, ordenamiento jurídico cerrado, la concepción de la Constitución como norma suprema, única y completa, con un estado, un poder constituyente, un pueblo, un territorio, un poder soberano. Por eso se entiende con más facilidad desde la visión anglo-americana; por eso no es raro encontrar publicaciones en inglés en las que se habla con tanta facilidad como fecundidad de la Constitución europea³. Aquí se parte de la teoría constitucional no estatista de mis modestas *Lecciones de Teoría Constitucional*⁴.

Dice Tushnet en un libro reciente⁵ que hay que distinguir la constitución «gruesa» o «extensa» (thick) de la «fina» o «restrictiva» (thin).

³ Por citar un ejemplo entre muchos, James Casey, en su *Constitutional Law in Ireland* (Londres, Sweet and Maxwell, 1992, 2.º ed.) escribe que Irlanda, al adherirse a las Comunidades, más que firmar un acuerdo internacional se adhirió a una constitución exterior («subscribing to an external constitution»), «casi como si el Estado estuviera uniéndose a una federación». A continuación explica que la Constitución de las Comunidades está en una serie de Tratados (164-165 y n. 19). Fácil es comprender que facilita más las cosas partir de ese planteamiento que partir de la Constitución española suprema, única, cúspide de pirámide, codificada y autosuficiente (por ejemplo, De Carreras - Gavara, *Leyes Políticas*, Pamplona, Aranzadi, 2000, 5.º ed., pág. 121).

⁴ Madrid, Colex, 1997, 3.ª ed. española.

Mark TUSHNET, Taking the Constitution Away from the Courts, Princeton, Princeton University Press, 1999, 9-14. Se remite a Apple of Gold, de Gary JACOBSON, quien se refiere a una frase de LINCOLN, conservada en una oscura nota, en la que distinguía la «manzana de oro» —los principios de la Declaración de Inde-

Por la primera, no mandaría uno a sus hijos a la guerra⁶. Ejemplo: el derecho del Presidente americano, según su Constitución, a requerir la opinión por escrito de los responsables de los departamentos⁷. En cuanto a la Constitución thin, consistiría en la igualdad, la libre expresión y la libertad⁸, o, como escribe en otro lugar, en el núcleo esencial de la Declaración de Independencia: que todos los hombres fueron creados libres e iguales por su Creador y tienen derechos inalienables⁹. Nótese que en el segundo sentido el núcleo esencial ni siquiera está en el texto de la Constitución formal, sino en la Declaración de Independencia.

En una línea semejante, entendemos que para el Derecho constitucional — europeo, americano o español — no hay ningún progreso en ocuparse de todo y regularlo todo. El progreso constitucional está en avanzar en la sumisión del poder al Derecho y en el respeto a las libertades, así como dispersar al máximo el poder, que es en lo que consiste, en última instancia, el constitucionalismo. Aplicando esa visión a España — distinguir entre Constitución extensiva y restrictiva; juzgar ratione materiae- resultaria que algunas partes del texto de 1978 no serían Constitución thin, mientras que alguna parte de la Constitución real residiría fuera del documento constitucional: en la LOTC, en los estatutos de autonomía o -cómo no- en la jurisprudencia constitucional. El enfoque que seguimos para la Constitución europea es, mutatis mutandis, el mismo que seguiríamos para estudiar la española o cualquier otra: combinar un criterio restrictivo, aunque no tanto como el de Tushnet, con un criterio realista que juzgue ratione materiae. Esa combinación nos sugeriría, incluso para España, estudiar no sólo el documento formal llamado Constitución Española sino también el bloque de la constitucionalidad; y éste en sentido más amplio que el literal de la LOTC. Añadiremos que las leyes que forman ese bloque no son constitucionales al cien por cien, y que de él también forma parte la jurisprudencia.

pendencia— del cuadro y pintura de plata —la Unión y la Constitución—: «La pintura se hizo para la manzana, no la manzana para la pintura». LINCOLN fue, a su manera, un constitucionalista de fino instinto, pero a menos que las manzanas de oro enmarcadas en pinturas de plata significaran entonces algo especial, debería haber buscado otra imagen.

⁶ Tushnet, 11, citando al juez John Paul Stevens.

⁷ Art. II, 2 de la Constitución norteamericana; cit. por TUSHNET.

⁸ TUSHNET, 11

⁹ TUSHNET, 11. Omite «dotados por su Creador» de esos derechos inalienables y cambia el original «hombres», *men*, por «gente», *people*.

B) El ejemplo de la Constitución española

El ejemplo español es interesante por ser una Constitución estatista, codificada, formalista y joven. A pesar de ello, cuando aún no tiene veinticinco años, ya no se puede decir que consista únicamente en el documento formal llamado así. El conjunto de la constitucionalidad española —o sea, aquella parte del Derecho que realmente tiene la condición de constitucional - es una masa no sistemática de normas, de las que destacan la Constitución, los Tratados europeos, los estatutos de autonomía, junto con algunas sentencias, dispuesto todo ello sin un plan perfectamente deliberado, como en una serie de círculos más excéntricos que concéntricos y de trazado irregular, en los cuales la «densidad» constitucional es decreciente pero no homogéneamente decreciente. En el centro estaría la Constitución, si bien sus diversas partes son de desigual valor, y en los sucesivos círculos estarían ciertas partes de los Tratados, los principales estatutos de autonomía, la LOTC (en parte), la LOPJ (en parte), la legislación electoral, las grandes leyes administrativas y, penetrándolo todo, la jurisprudencia (del TC, alguna del TS, y la de los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo en las materias de su competencia). Eso, o algo semejante, formaría la Constitución española que puede ser invocada ante un tribunal de justicia¹⁰.

Podemos exponerlo también de otra manera. ¿Cómo saber cuál es el Derecho vigente en una rama cualquiera? Es fácil: imagínese usted que le nombran juez de esa rama jurídica. Ante la cantidad y dispersión del Derecho en nuestros días, usted pide al bibliotecario del tribunal que le suministre todo el material jurídico que las partes puedan alegar en los distintos litigios que quepa suscitar. Es como el método del detector de materia constitucional¹¹. Si le han nombrado juez de una Sala de lo constitucional, el diligente bibliotecario le traerá, en primer lugar, un ejemplar de la Constitución. Pero es claro que los litigantes podrían alegar más normas. Pediremos entonces que nos traiga también el Estatuto de Autonomía de Galicia y otras grandes nor-

¹⁰ Aun así, el ejemplo sigue basado en centros y periferias y es más «jerárquico» que «matricial».

¹¹ ¿Cuál es la materia constitucional que el detector descubriría? La separación de poderes, la sumisión de la potestad política al Derecho, los derechos y libertades y otros poco novedosos temas del constitucionalismo. En la medida que eso exista, habrá Constitución. Otras veces, se detecta materia constitucional porque aparece un poder político nuevo (por ejemplo, por pasar de lo internacional a lo interno), y en ese caso lo constitucional será someterlo a Derecho.

mas, como la LOTC y otras, incluyendo la Ley 62/1978 (protección jurisdiccional de los derechos fundamentales) y, para no alargar la nómina, las grandes leyes administrativas. ¿Podríamos necesitar todavía algo más? Sí, los Tratados europeos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Aún más: aparte de esas normas y Tratados, ¿hay jurisprudencia constitucional que pueda ser invocada? Sin duda: la de los tribunales Constitucional, Supremo, comunitario de Luxemburgo y europeo de Estrasburgo.

Pues bien, todo ese desigual paquete de normas, Tratados y jurisprudencia realmente constitucionales — aunque no todos igual de constitucionales — formaría la Constitución real, aplicable por los jueces. La designación puede variar, «bloque de la constitucionalidad», o como se prefiera, pero el resultado final de ese rastreo del material constitucional vendría a ser de ese tipo. Eso es el Derecho constitucional español: la suma de todo lo que ese hipotético juez de lo constitucional tendría que tener en cuenta para sus sentencias. Y esto es lo que se sugiere aquí aplicar al estudio de la Constitución europea.

C) Los grandes rasgos de la Constitución europea

Si hubiera que dibujar los grandes rasgos de la Constitución europea, atendiendo a los mismos criterios que seguiríamos para describir cualquier constitución, cabría decir aproximadamente lo que sigue.

1. En cuanto a la Constitución misma y a su forma: no está formalizada como tal documento constitucional; no existe una ley ni tratado llamado así; lo que no obsta para que la sentencia *Parti Ecologiste* (1986) hable del Tratado como «carta constitucional». Es una Constitución fragmentaria, incompleta (no trata de todo) y está dispersa (hay que rastrearla en Tratados, sentencias y otras fuentes). Desde el punto de vista de la rigidez o flexibilidad de su parte escrita, es rígida (la reforma formal de los Tratados es difícil)¹², y en cuanto a su extensión, es muy larga (si expulsamos los artículos que no son materialmente constitucionales, no tan larga). No consiste en una única norma, no está codificada, no es *norma normarum*, no regula la producción de toda ulterior norma aplicable en la Unión, no consagra un orden objetivo de valores, aunque refleje valores compar-

¹² Cfr. art. 48 del TUE.

tidos en la cultura de los pueblos de los estados miembros¹³. Es suprema, directamente aplicable, vinculante para las autoridades de la Unión y de los estados miembros, y creadora de derechos y obligaciones —incluso, en ciertos casos, para los particulares—.

2. Las fuentes del Derecho constitucional europeo son: en primer lugar, la jurisprudencia de Luxemburgo, después, los Tratados, la Convención Europea de Derechos Humanos, las constituciones de los estados miembros, la jurisprudencia de sus altos tribunales, y los principios. No es una fuente ordinaria, pero mencionaremos también la práctica política.

El poder constituyente está disperso, en diferente proporción, en el Consejo Europeo y el Consejo de Ministros (o sea, los estados miembros), el TJCE, la Comisión, el Parlamento y, en alguna medida no demasiado grande, los pueblos de los estados miembros.

3. Desde su nacimiento la Constitución europea ha cambiado mucho, a menudo por medio de cambios no formales. El primer cambio constitucional importante lo produjeron las grandes sentencias de los años sesenta (*Van Gend, Costa*; con las cuales comenzó a existir una dimensión constitucional) y setenta (*Simmenthal* y otras). El segundo fue la elección directa del Parlamento (1979). El tercero, en los ochenta, el Acta Única. El cuarto, Maastricht. El siguiente, si fermenta el actual clima de cambio, podría ser la CIG del año 2004.

El sentido general de esas alteraciones ha sido un desplazamiento de lo internacional a lo interno — como en Alemania en el siglo XIX: nihil novum sub sole— que no tiene por qué acabar en un estado unitario regido por relaciones de jerarquía, sin ninguna relación de cooperación, sin ningún elemento internacional. Esto es importante, pues así como los Padres Fundadores americanos decían que no se habían hecho independientes para arrojarse en brazos de una dictadura, podemos nosotros decir que no hemos terminado con el estado-nación para arrojarnos en brazos de un monismo estatista mucho mayor.

4. Materias de que se ocupa la Constitución europea: muchas menos que una constitución ordinaria, si bien su número crece desde los años sesenta y setenta a un ritmo relativamente rápido. Pero no por estar una materia en los Tratados se vuelve automáticamen-

¹³ La nueva Carta de Derechos sí parece pretender consagrar un orden objetivo de valores.

te constitucional; puede seguir en lo jurídico-internacional. Por ahora es más fácil decir de qué asuntos no se ocupa, bien por quedar fuera de la Unión, bien por no estar constitucionalizados: Derecho Penal, orden público, policía, defensa. Pero como las arenas movedizas están cambiando, no sería extraño que dentro de un cuarto de siglo (por ejemplo) esos capítulos estuvieran comunitarizados, pues en el momento de publicarse estas líneas ya los cambios están en marcha.

5. En cuanto a la sumisión de la potestad política al Derecho, aparece, como principio genérico en el preámbulo del TUE y en la citada sentencia *Parti Ecologiste*, y más en concreto, como control de legalidad, en el artículo 230 del TCE. La UE, que no es ni va a ser un estado, se parece más a un *Rule of Law* (o un *Rechtsstaat* de nuestros días) que a un Estado de Derecho tradicional francés o español.

Como dijimos, existe control de legalidad y, en cierto modo, también de constitucionalidad (cfr. sentencias Parti Ecologiste y Foto Frost).

D) Separación de poderes y forma de gobierno

Desde el punto de vista de la división de poderes, la UE deja mucho que desear (nada raro; España no deja poco, y la Unión es un edificio formado por ladrillos como el español y otros). La potestad legislativa no está depositada en un parlamento representativo; el único poder razonablemente separado y encomendado a una institución adecuada es el judicial.

Eso no impide que, hoy por hoy, la concentración del poder en unas pocas manos sea más difícil en la Unión que en sus estados miembros. Hasta la época de Maastricht, el defecto dominante no ha sido la concentración del poder en unas únicas manos sino el gobernar de espaldas a la gente. Cierto que las Comunidades no son democráticas, pero el poder en ellas está notablemente dividido y ningún órgano tiene probabilidades de monopolizarlo. La dispersión del poder en la Unión es bastante mayor que en la mayoría de sus estados miembros. En este sentido, la Comunidad es poco democrática pero relativamente liberal. A causa de su tamaño, su dimensión democrática puede crecer, pero no demasiado, especialmente tras ampliarse a nuevos miembros que, además de ser muchos y heterogéneos, carecen de tradiciones democráticas. Tendríamos que considerar si, rebus sic stantibus en Europa, no nos valdría la pena hacer mayor hincapié en el

aspecto liberal que en el democrático y concentrar nuestros esfuerzos democratizadores en los estados miembros, todos los cuales tienen mucho que mejorar.

Descomponiendo los poderes de la clásica división, pueden considerarse como principales órganos desde el punto de vista constitucional el Consejo Europeo, el Consejo de Ministros, la Comisión, el Parlamento, los dos Tribunales —de los cuales el TJCE es, hasta cierto punto, como un tribunal constitucional—, el Comité de las Regiones, el Defensor del Pueblo y el Banco Central Europeo.

Los Tratados no garantizan la separación de poderes ni en teoría. Sólo contienen algunas referencias indirectas e insuficientes a la atribución separada de funciones a cada uno de los poderes; por ejemplo, los artículos 213 (independencia de la Comisión) y 247.4 (independencia del Tribunal de Cuentas) del TCE.

Las diversas potestades están dispuestas de forma discutible. Por lo que se refiere a la legislativa (repartida, sin equilibrio, entre Comisión, Consejo y Parlamento), véanse los artículos 94, 202, 211, 229, 249 y 252-254 del TCE, así como los artículos 23.3 de la Constitución alemana v 88-4 de la francesa sobre participación (indirecta) de sus respectivos parlamentos. La potestad ejecutiva corresponde, en principio, a la Comisión (art. 202 del TCE), aunque pueda ejercerla el Consejo en casos concretos (ibidem). Sobre la potestad jurisdiccional, que corresponde al TJCE, puede consultarse los artículos 35 del TUE y 220, 225 y 234-239 del TCE. No existe claramente definido ni atribuido a ningún órgano un poder constituyente, pero véanse los artículos 4 (orientaciones políticas generales), 48 (poder de reforma o constituyente constituido) y 52 (criterios sobre ratificación de los Tratados por los estados miembros: según sus constituciones)14 del TUE, el 313 del TCE (mismos criterios para la ratificación), así como la sentencia alemana sobre Maastricht (passim, y, en particular, cuando considera a Alemania como dueña de los Tratados).

La forma de gobierno resultante de esa peculiar disposición de los poderes sería un parlamentarismo igualmente peculiar y como mutilado, o poco desarrollado. Sólo hay relaciones de censura y confianza entre Parlamento y Comisión, y el presidente de ésta no proce-

¹⁴ Las cuales de esta manera asumen una parcela de la función constituyente de la Constitución europea.

de del Parlamento. Esas relaciones de censura y confianza, además de ser limitadas, se dan sólo entre Parlamento y Comisión, junto con un cierto control parlamentario sobre la segunda por vías como preguntas y comisiones de investigación. Los consejos Europeo y de Ministros están en una posición tan elevada que prácticamente no pueden ser controlados por el Parlamento, y las relaciones que el Parlamento mantiene con ellos no son significativas.

E) Derechos y libertades

Cuando se discute, a veces, sobre la reciente Carta de Derechos, como si antes no hubiera ninguno, se está confundiendo a la opinión pública. Los derechos y libertades ya están relativamente desarrollados; hace tiempo que no se reducen a cuatro libertades económicas. La sentencia Stauder, por ejemplo, es de 1969. La Unión ha bebido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en los principios y fuentes constitucionales de sus miembros. de los cuales ha sido Alemania, con diferencia, quien más ha aportado al desarrollo de los derechos y libertades. Aparte de no tener fuerza jurídica por ahora, la Carta no contiene ningún derecho realmente nuevo, alguno parece tener poco fondo¹⁵ y otros simplemente repiten artículos de los Tratados o del Convenio Europeo¹⁶. Ciertamente eso no impide que la Carta esté siendo ya invocada y tenga un simbolismo «constitucionalizador», mayor que la anterior dispersión de los derechos. Si, además, la Comisión y el Parlamento la tratan como Derecho, su importancia crecerá.

La jurisprudencia sobre derechos es abundante y las referencias en los Tratados son también demasiadas para este trabajo. Son importantes los artículos 6.1, 6.2 y 49 del TUE (necesidad de respetar los derechos y principios del 6.1 para ingresar en la Unión) y el 17.2 del TCE, así como la Declaración sobre abolición de la pena de muerte (Turín, 1996), las sentencias del TJCE Internationale Handelsgesellschaft y Nold (los derechos salen de los principios), los artículos 23.1 y 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn y las sentencias alemanas Solange I y Solange II (vid. infra). Sobre la eventual violación

¹⁵ Libertad de *buscar* un empleo (art. 15); derecho de los menores a mantener contactos directos con sus padres (art. 25).

¹⁶ Por ejemplo, la prohibición de discriminaciones injustas (art. 13TCE).

de derechos por un estado miembro se pronuncia el artículo 309.2 del TCE. Destacaremos también la mencionada prohibición de discriminación injusta, tanto en general¹⁷ como por razón de nacionalidad¹⁸ o de sexo¹⁹.De esta manera, por el momento la nueva Carta de los Derechos no obliga a cambiar nuestro enfoque, y quizá no obligue nunca.

F) El pueblo europeo

No existe ni necesariamente hemos de aspirar a que exista un «pueblo de la Unión» en sentido político, ni es condición sine qua non para la existencia de una constitución. Es claro que los europeos somos distinguibles de los de otras partes del Planeta y que hay historia, cultura, estilos artísticos y valores comunes, pero para que existiera un pueblo en el sentido usual post-1789, habría que alcanzar un nivel de homogeneización social y cultural demasiado uniformador. Pretender que, porque haya una UE, tenga que haber un pueblo, es un reflejo estatista. La ciudadanía de la Unión no tiene por qué producir un pueblo europeo. Los pasaportes canadienses decían, durante decenios, que «un súbdito canadiense es un súbdito británico» sin que ello diera lugar a la fusión de ambos pueblos. Ingleses e irlandeses no constituyeron un único pueblo durante el tiempo que formaban el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda. Ni siguiera entre los miembros de la Commonwealth más integrados entre ellos se habló de un «pueblo de la Commonwealth», sino de «los pueblos anglófonos», the English speaking peoples. Bastará recordar que la formación de un pueblo homogéneo y único para cada comunidad política fue un aspecto del proceso de la construcción de los estados que se situó en torno a la Revolución Francesa y, en España, a las Cortes de Cádiz de 1812. En efecto, no hubo un «pueblo español» antes de esa fecha y no es imposible que algún día haya que abandonar ese monismo o admitir un «pueblo de pueblos» en la propia España.

Con o sin pueblo europeo, no se puede negar que hay un notable déficit democrático, mayor que el de algunos estados miembros aunque ellos tampoco sean la Atenas de Pericles.

¹⁷ Art. 13 del TCE.

¹⁸ Arts. 12, 39.2, 54 del mismo Tratado.

¹⁹ Arts. 2, 13 y 141 del mismo Tratado.

G) El modelo territorial europeo

En cuanto al modelo territorial, la UE es particularmente asimétrica y desequilibrada. En primer lugar, no tiene un territorio propio; lo tienen sus estados miembros. En segundo lugar, los estados miembros no están todos en el mismo grado de integración territorial, ni quizá lo estarán nunca, especialmente después de las previsibles ampliaciones. En tercer lugar, hay territorios de los miembros que no se integran en la UE, como Groenlandia. En cuarto lugar, la disposición territorial interna de los estados miembros es muy distinta, desde el monismo del Portugal continental hasta el federalismo alemán.

Según la óptica territorial que usemos, la institución en que paremos mientes y la materia de que se trate, la UE se nos puede aparecer como una organización internacional basada en relaciones tradicionales de cooperación —por ejemplo, la PESC hasta el Tratado de Amsterdam—, una confederación —la PESC ahora— o una federación —materias comunitarizadas desde hace tiempo como agricultura— en la que no faltan su cláusula de supremacía, alto tribunal y cámara de los estados miembros. También el aspecto territorial está en transformación, con un crecimiento de la dimensión federalizante, aunque quizá nunca llegue a anular las otras dos dimensiones. No sabemos cuándo cesará esta evolución; sólo sabemos que es improbable que cristalice inequívocamente en un modelo territorial de los tradicionales. El federalismo en sentido amplio tiene la ventaja de no ser un modelo cristalizado sino un proceso flexible que ofrece variadas posibilidades, una de las cuales es la centralización.

Con el paso del tiempo el modelo territorial va recibiendo sucesivos trazos, no siempre fruto de una concepción racional, que van perfilando su figura. Así, la asimetría aparece en diversos protocolos que definen las posiciones del Reino Unido, Irlanda o Dinamarca; a los que habría que añadir el artículo 306 del TCE, que se refiere al BENELUX, y los artículos 40-45 del TUE y 11 del TCE (sobre la cooperación reforzada). La consideración de la Comunidad como una confederación de estados soberanos que son democráticos aparece en la sentencia del Tribunal alemán sobre Maastricht. En cambio, en las sentencias europeas Van Gend, Costa, Simmenthal y otras se le considera indirectamente como una federación, con principios federales como los de primacía, poderes implícitos y efecto directo.

El reparto de competencias entre Bruselas y los estados miembros no está gobernado por listas, al revés que en diversas constituciones federales o autonómicas. El artículo 308 del TCE afirma la competencia sobre las competencias, mientras que la sentencia alemana sobre Maastricht la niega²⁰.

Como en los federalismos, puede haber infracciones por parte de los estados miembros y se prevé que se tomen medidas de control sobre ellos²¹. En cuanto a principios que inspiran la estructura territorial de la UE, son, entre otros, los de efecto directo y primacía, que tienen una relevante dimensión territorial, así como los de lealtad comunitaria²², respeto a la identidad nacional de los estados miembros²³ y subsidiariedad²⁴. Con todo, quizá no sea posible en mucho tiempo decir a qué modelo territorial claro se adscribe la UE.

II. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

No tiene nada de original señalar que el Derecho europeo es marcadamente jurisprudencial. La cantidad de sentencias que han creado Derecho constitucional o han contribuido a perfilarlo es grande. Aparte de sentencias que ya se han convertido en conocimiento convencional, como *Costa, Van Gend* o *Simmenthal*, mencionaremos algunas otras como botones de muestra.

Sobre los derechos y libertades se pronunciaron muchas —algunas bien temprano— como *Internationale Handelsgesellschaft* (1970, pero los hechos son anteriores), *Nold* (1974) o *Hauer* (1979), sentenciando conflictos que en bastantes casos se habían originado en Alemania. Las dos primeras dicen que las instituciones comunitarias deben respetar los derechos, y conectan los derechos con los principios. Además, consideran las tradiciones constitucionales de los estados miembros como fuente constitucional europea.

Sobre las competencias o poderes implícitos, así como en Estados Unidos se había pronunciado *McCulloch contra Maryland* (1819),

Otras referencias a las competencias de la Unión y de los estados miembros: art. 6.4 del TUE y arts. 32, 81, 82, 90 y otros del TCE.

²¹ Arts. 7 del TUE, 104 y 309 del TCE.

²² Art. 10 del TCE.

²³ Art. 6.3 del TUE. Según ese principio, Europa nunca podría llegar a ser una nación única; todo lo más, una nación de naciones.

Ver art. 2 del TUE, Protocolo sobre Subsidiariedad y Proporcionalidad, Declaración de Alemania, Austria y Bélgica, y sent. de Maastricht, que la interpreta extensivamente.

en Europa se pronunció la sentencia AETR (1971) en el sentido de que las Comunidades disponían de competencias no previstas explícitamente en los Tratados pero que pueden derivarse de otras sí previstas.

Sobre la importancia de la participación del Parlamento europeo en el proceso legislativo comunitario y sobre el principio democrático, relacionado con esa participación, se pronunció el TJCE en el caso Roquette Frères (1980).

Y, por fin, sobre el control de la constitucionalidad (o equivalente comunitario), el Tribunal, en la sentencia *Foto-Frost* (1987), falló que el único órgano competente para controlar la conformidad de las normas comunitarias con los Tratados es él mismo.

III. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA EN LOS TRATADOS

Desde un punto de vista material son constitucionales diversos artículos de los Tratados, así como otros del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) al que se adhirieron unilateralmente el Consejo, la Comisión y el Parlamento en 1977. El Tribunal de Luxemburgo se ha apoyado repetidamente en el CEDH.

El criterio de nuestro «detector de constitucionalidad» es restrictivo, pues no se trata de engrosar el Derecho constitucional europeo sin motivo. Por ejemplo: no porque el Consejo haya desarrollado una dimensión constitucional dejará necesariamente de tener su dimensión internacional, que a nosotros no nos concierne como constitucionalistas. O tómese el caso de la unión aduanera: establecerla es una decisión política de la mayor importancia, como lo fue en Alemania en el siglo XIX, pero estudiar su ejecución corresponde a otras disciplinas. El criterio restrictivo es más necesario en nuestro caso porque la cantidad de Constitución *thick* en los Tratados es desproporcionadamente mayor que la *thin*.

Del TUE consideramos constitucionales, en todo o en parte, el preámbulo y los artículos 1 a 4, 6 y 7 (disposiciones comunes); 21; 35 (párrafos 1, 6 y 7); 39.3; 43 a 45 (cooperación reforzada); 48 (reforma de los Tratados); 51 (duración ilimitada de los mismos).

DelTCE destacamos por su relevancia constitucional, además del preámbulo, los artículos 3; 4.2; 5; 7 y 8; 10 a 13; 17, 18, 19 y 21 (ciudadanía); 23.1, 25 y 26 (unión aduanera); 28 y 29; 32; 39 (libre circulación); 43 (libre establecimiento); 49 (libre prestación de servicios); 56

(libre movimiento de capitales); 61 y 62; 68.2; 70, 75 y 76 (transportes); 81 y 82; 85, 86 y 87.1; 90 (ciertas cuestiones tributarias); 96; 106 (moneda), 108, 110 (BCE); 131 (política comercial común); 141, párrafos 1 y 4; 189 y ss. (Parlamento); 202 y ss. (Consejo); 211 y ss. (Comisión); 220 y ss. (TJCE); 246 y ss. (Tribunal de Cuentas); 249 y ss.; 263 y ss. (Comité de las Regiones); 296.2; 300, párrafos 1, 3, 5 y 6; 306, 308 y 309; 312 (duración ilimitada).

De los diferentes protocolos, consideramos materialmente constitucionales el de Schengen (en una pequeña parte, vid. art. 1) y el de subsidiariedad y Proporcionalidad, así como la Declaración sobre él, sin olvidar la Declaración de Alemania Austria y Bélgica sobre lo mismo. Incluiremos además, el Protocolo sobre los Parlamentos nacionales y la COSAC (Conferencia de Órganos Especializados en Asuntos Europeos).

La proporción de producción constitucional por los Tratados va creciendo pero todavía no se puede decir que haya desplazado a la jurisprudencia como factor creador del Derecho constitucional europeo. Consideramos también constitucional el citado CEDH.

IV. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS²⁵

Éste es un tema interesante. Para empezar, un apartado así sería insólito en el interior de muchos estados miembros. Pero en la UE, como escribe Rainer Arnold, existe una «interdependencia entre los ordenamientos de los estados miembros, de un lado, y el de las Comunidades Europeas, de otro lado»²⁶. Aquí no nos aproximamos a las constituciones de los estados miembros como a los enemigos de la Constitución europea, sino como sus bases. Y es que esa interdependencia llega lejos, pues las constituciones de los estados miembros, y en especial la alemana, en cierto modo «constituyen», o contribuyen a constituir, la de la UE. Por ejemplo, en la sentencia *Hauer contra Renania-Palatinado* (1979) el Tribunal se apoyó en preceptos

No se reproducen todos los artículos de todas las constituciones de los Quince que puedan tener alguna relevancia constitucional europea. Hemos considerado sólo las constituciones de Alemania, Portugal, Francia, Italia y España, aunque ésta dice poco que nos afecte ahora.

²⁶ Rainer Arnold, *La unificación alemana. Estudios sobre derecho alemán y europeo*, Madrid, Civitas, 1993, 115.

de la Constitución alemana²⁷ y mencionó artículos de la italiana y la irlandesa. Paralelamente, la Constitución alemana (arts. 23.1 y 88) habla como configurando la UE, como si diera órdenes a Europa, y el mismo lenguaje imperativo emplea la sentencia sobre Maastricht del Tribunal Constitucional Federal.

Por eso, podemos entender que algunos artículos de algunas constituciones de los estados miembros de la UE forman parte de esta Constitución europea. El TJCE ha ido deliberadamente a las constituciones de los estados miembros en busca de material constitucional. En el fondo, el fenómeno no es tan raro; incluso en una constitución monista, como la española, el citado artículo 28.1 de la LOTC admite que los estatutos forman parte del bloque de la constitucionalidad. Podemos comprender la actual situación europea si imaginamos una situación en la que los estatutos de autonomía españoles tuvieran muchos años y pertenecieran a tradiciones multiseculares, mientras que la Constitución española estuviese todavía formándose.

Con diferencia, puede afirmarse que la Constitución de un estado miembro que más ha aportado a la construcción de esta Constitución europea in fieri bajo la cual estamos va viviendo, es la Ley Fundamental de Bonn. La Constitución española, como otras, no aporta mucho. En la relación entre las diversas constituciones de los estados miembros y la de la Unión pueden discernirse tres actitudes. Alguna de ellas forcejea con Bruselas y, cuando acepta la integración, no lo hace pasivamente, sino dejando su impronta en la Constitución europea. Otras están en una posición más pasiva: cuando los cambios en Europa les obligan a ello, reforman sus textos, pero no influyen apreciablemente en la configuración constitucional de la Comunidad. Otras, por último, influyen poco o nada en la formación de la nueva Constitución europea y apenas acusan recibo de los importantes cambios que suceden en Europa. Ejemplo de las primeras sería la alemana, que deja enérgicamente su huella en la constitucionalización de Europa; de las segundas, la francesa y la portuguesa, que reforman seriamente sus textos pero no marcan caminos a seguir, y de las terceras, la española, que, partiendo de un texto inadecuado para nuestros días (desde este punto de vista) y tras haber sufrido una decisiva mutación constitucional, por toda reforma se limita a añadir a su texto dos palabras.

²⁷ La señora Liselotte HAUER era alemana y había recurrido en primera instancia a los tribunales alemanes invocando argumentos alemanes.

A) La contribución de la Ley Fundamental de Bonn

Sintetizando podríamos decir que la contribución de la Constitución alemana a la formación de la europea ha sido, a grandes rasgos, la que sigue. Primero, contribuyó a expandir los derechos más allá de las originarias cuatro libertades de carácter económico, pues, como recordaremos, los derechos forman en Alemania parte del núcleo duro de su Constitución. Segundo, contribuyó a introducir principios como los de subsidiariedad y proporcionalidad, ahora recogidos formalmente. Tercero, ha influido decisivamente en el Banco Central europeo. Cuarto, por influencia de Alemania — aunque no sólo de Alemania — la Unión ha dejado de ser ciega para la estructura territorial interna de los estados miembros. Quinto, ha contribuido a la penetración de los principios de la democracia y el Estado de Derecho, entendido a la manera alemana.

Los principales artículos de la Constitución alemana relevantes para la formación de la Constitución europea son el 23, que establece las bases para la legítima participación de Alemania en la Unión y ordena la participación del *Bundestag* y de los *Länder* (a través del *Bundesrat* o directamente), el 24, comparable en parte al 93 español, el 28²⁸, el 52.3.a, que crea en el *Bundesrat* una *Europakammer*²⁹, y el 88, cuyo tenor literal es verdaderamente constituyente, pues dice que «[...] las tareas y competencias [del Banco alemán] podrán ser transferidas [...] al Banco Central Europeo, que será independiente y tendrá como objetivo primordial garantizar la estabilidad de los precios». Vale la pena reproducir el 23, que dice, entre otras cosas, lo que sigue:

- «1. [...] La República Federal de Alemania participa en el desarrollo de la UE, la cual se somete a los principios de la democracia y del Estado de Derecho, a los principios sociales y federales, como también al principio de subsidiariedad; y que garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la de la presente Ley Fundamental. [...]
- 2. El Bundestag, y los Länder a través del Bundesrat, cooperarán en los asuntos relacionados con la UE. [...]

^{28 28.1: «[...]} En las elecciones comarcales y municipales serán también electores y elegibles quienes tengan la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Comunidad Europea, según lo dispuesto por el ordenamiento de la propia Comunidad Europea. [...]». (En España no hay elecciones comarcales ni equivalentes).

^{29 «}El Bundesrat podrá instituir una Comisión de Asuntos Europeos [Europakammer] para los asuntos de la Unión Europea. [...]»

- 3. Antes de tomar parte en la elaboración de un acto normativo de la UE, el gobierno federal dará al *Bundestag* la oportunidad de presentar un dictamen. [...].
- 4. El Bundesrat participará en la formación de la voluntad de la Federación siempre que hubiera tenido que participar si se tratara de un acto interno correlativo, o fueran competentes internamente los Länder. [...]
- 6. Cuando sean directamente afectadas las competencias legislativas exclusivas de los *Länder*, la salvaguardia de los derechos que le corresponden a la República Federal de Alemania como miembro de la UE pasará de la Federación a un representante de los *Länder* elegido por el *Bundesrat*. [...]». (También el art. 50 dice que los *Länder* participarán a través del *Bundesrat* en los asuntos de la Unión).

El importante artículo 79.3, al definir los núcleos duros alemanes, viene a poner un límite a la expansión comunitaria y ayuda a interpretar diversas cuestiones, desde los derechos fundamentales hasta los límites a los poderes implícitos de la Unión:

«Será ilícita toda modificación de esta Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en *Länder*, al principio de la participación de los *Länder* en la legislación, o a los principios consagrados en los artículos 1 y 20»³⁰.

Nada impedía a las otras constituciones jugar un papel constituyente como el que estamos comentando, pero no ha sido así. Cierto que sólo la Ley Fundamental contiene una declaración de núcleos duros tan enérgica, pero en todas las constituciones podrían señalarse núcleos duros, por lo menos tácitos, incluyendo la española aunque ella diga de sí misma que es reformable en todas sus partes³¹. La explicación de esa diferencia, por tanto, ha de buscarse fuera del ámbito de lo jurídico-constitucional.

³⁰ El artículo 1 establece la dignidad humana y la inviolabilidad e inalienabilidad de los derechos humanos, y el 20, el carácter federal, democrático y social del Estado alemán, así como la sumisión de los poderes públicos a la ley y al Derecho, más el derecho de resistencia contra quien intente derribar el presente orden constitucional. El artículo 79.3 no fue concebido para gobernar las relaciones de Alemania con la UE pero ha sido invocado después en la litigación, incluso, recientemente, en la sentencia de Maastricht.

³¹ Serían núcleos duros aquellos aspectos que la propia Constitución considera anteriores o superiores a ella misma: arts. 2 (unidad de España) y 10.1 (fundamentación de los derechos en la dignidad y en la naturaleza humana), disposición adicional primera y disposición transitoria segunda (derechos históricos y forales, autonomía de las nacionalidades históricas).

B) Las constituciones francesa y portuguesa

En cuanto a la francesa, recordaremos que los Tratados de París de 1951 y Roma de 1957 se habían ratificado por Francia bajo la Constitución de 1946, la cual ignoró el fenómeno de la integración europea³². La Constitución de 1958 coexistió durante más de treinta años con el fenómeno europeo como dos líneas paralelas que nunca se encuentran, hasta que en 1992, en Francia como en otros estados miembros, resultó evidente que el Tratado de Maastricht iba a afectar seriamente la soberanía nacional. Se introdujo entonces el nuevo título XV formado por los artículos 88-1 a 88-4. Su sentido es el siguiente³³: el artículo 88-1 oficializa, por fin, la participación francesa en Europa; el 88-2 posibilita futuras transferencias de soberanía³⁴; el 88-3 es paralelo al 13 español y al 28.1 alemán, con unas serias limitaciones que no se entienden bien y no se dan en otros países de la Unión35; y el 88-4 fue resultado de un compromiso entre el gobierno, la Asamblea nacional y el Senado, destinado a combatir el déficit democrático europeo desde dentro de la Constitución francesa. Este artículo ha incrementado el papel del parlamento francés en la tarea legislativa europea; Chagnollaud y Quermonne dicen que entre el 25 de junio de 1992 y el 20 de mayo de 1995 fueron examinadas por la Asamblea Nacional y el Senado 419 proposiciones de actos comunitarios³⁶.

En conjunto, el planteamiento francés es de menor alcance que el de la Ley Fundamental de Bonn, además de haber ido a remolque de los acontecimientos.

³² Su preámbulo preveía que «bajo reserva de reciprocidad, Francia consiente las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y defensa de la paz», pero se redactó en 1946 pensando en la ONU (CHAGNOLLAUD, D. y QUERMONNE, J.-L.: Le gouvernement de la France sous la V République, París, Fayard, 1996, 714).

³³ Cfr. Chagnollaud y Quermonne, 715; Tajadura, Javier, La V República Francesa, Pamplona, Eunsa, 1997, 163-168.

³⁴ ¿Qué ocurre con las anteriores, las derivadas de los Tratados de París y Roma? ¿Serán anticonstitucionales? Nada se nos aclara (*cfr.* Chagnollaud y Quermonne, 715).

³⁵ «Bajo reserva de reciprocidad y de acuerdo con las modalidades previstas por el TUE [...], podrá otorgarse, únicamente a los ciudadanos de la Unión que residan en Francia, el derecho a votar y a ser elegido en las elecciones municipales. Esos ciudadanos no podrán ejercer las funciones de alcalde ni de teniente de alcalde, ni participar en la elección de senadores, ni en la designación de electores senatoriales. [...]»

³⁶ CHAGNOLLAUD y QUERMONNE, 716.

En cuanto a la Constitución portuguesa de 1976, ha sido reformada para este propósito en 1992. Esa reforma, aunque más seria que la española de la misma época, comparte con la francesa el formalizar hechos consumados. Escribe Gomes Canotilho que esa

«revisión de la Constitución (Ley Constitucional 1/92, de 25 de noviembre) no hizo más que acoger un "hecho consumado": el Tratado de Maastricht. En este sentido se comprende el artículo 7.637 [...], el artículo 15³⁸ [...], v el artículo 105, que retiró la competencia exclusiva para emitir moneda al Banco de Portugal³⁹. Varios y complejos problemas suscita la apertura a la "desnacionalización" y la cobertura del "déficit democrático" provocados por la inserción de la cláusula de unión europea. El principal es éste: el de saber si la "Constitución de la República Portuguesa" está en camino de transformarse en una "constitución regional" prácticamente semejante a la constitución de los "estados federados". La respuesta, por ahora, es negativa, [...]. Pero en el debate sobre la conformación institucional de la UE es posible desvelar también una "perspectiva federalista" anclada en una "constitución europea". En este caso, sí, nuestra Constitución dejará de ser una "constitución soberana" para transmutarse en una "constitución de tipo regional"»40.

Es cierto que las constituciones como la portuguesa y la francesa han hecho estas reformas a remolque de la realidad, pero no es menos cierto que, aunque tarde, al decir «sí», e incluso de una manera formal, han concluido un pacto entre ellas y la Constitución europea, lo que nos recuerda que ésta es una constitución pacticia, y que no debe perder ese carácter. Cualquier constitución es, en mayor o menor medida, un pacto de límites al poder, que legitima la desobediencia de los ciudadanos (y de los territorios) cuando el poder excede tales límites.

³⁷ Legitima la cesión de competencias, en condiciones de reciprocidad y respetando el principio de subsidiariedad.

³⁸ El artículo 15.4 atribuye capacidad electoral activa y pasiva en las elecciones locales a los extranjeros residentes en Portugal, y el 15.5 hace lo mismo para las elecciones al Parlamento Europeo.

³⁹ Es en realidad el 102, que subordina el Banco de Portugal a «las normas internacionales a las que el estado portugués se vincule». El antiguo decía: «El Banco de Portugal, como banco central, tiene la competencia exclusiva para emitir moneda...».

⁴⁰ CANOTILHO, José J. GOMES: *Direito Constitucional e Teoría da Constitução*, Coimbra, Almedina, 1998, 204-205.

IV. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS ALTOS TRIBUNALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

La jurisprudencia de los altos tribunales de los estados miembros, y en especial la alemana, ha contribuido a formar la Constitución europea. Si el Tribunal de Luxemburgo ha podido expandir la escasa dimensión constitucional del primitivo Mercado Común, ha sido por el consentimiento, expreso o tácito, de buena o mala gana, de los tribunales de los estados miembros, incluyendo también, en una visión de conjunto y largo plazo, al Tribunal alemán.

Los campos en que ha sido mayor la aportación de las jurisprudencias nacionales ha sido, posiblemente, los derechos y libertades, los principios de primacía y efecto directo (aceptando su penetración en los derechos internos), las competencias comunitarias (aceptando su expansión a costa de las nacionales), y la relación de la Constitución europea con las de los estados miembros (consintiendo la primacía de la primera). Como dice Stith, podían haber asumido otra actitud.

El tribunal nacional que ha jugado un papel más destacado ha sido, con diferencia, el Constitucional alemán, seguido por el italiano. Con la sola jurisprudencia constitucional alemana se podría elaborar una tesis doctoral sobre los aspectos principales de la Constitución europea, lo cual no puede decirse de ninguna de las restantes. Hay materias, como el principio de proporcionalidad, en las que se ve cómo el Derecho alemán se ha convertido en Derecho de la UE y de todos sus estados miembros. Ya hace años, en un *obiter dictum* en la sentencia *Granital* (1987), el Tribunal Constitucional italiano no vaciló en citar el Derecho alemán.

A) Jurisprudencia constitucional alemana

Hay al menos tres sentencias alemanas de referencia obligada: Solange I, Solange II y la de Maastricht. La sentencia Solange I (1974)⁴¹

Al Repertorio BVerfGE 37, 1974. Esta sentencia es el resultado de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el mismo tribunal administrativo de Frankfurt que había formulado al TJCE la cuestión prejudicial que originó la sentencia Internationale Handelsgesellschaft ya citada. El Tribunal Constitucional alemán desafía aquí la doctrina sostenida por el TJCE en Internationale Handels-

cuestiona la primacía del Derecho comunitario mientras no ofrezca una protección de los derechos fundamentales equivalente a la del Derecho constitucional alemán. La sentencia Solange II (1986)42 dice que en 1986 el grado de protección de los derechos fundamentales en la UE ha alcanzado ya un nivel equivalente al del Derecho interno alemán y por lo tanto no corresponde al Tribunal Constitucional alemán controlar la conformidad de los actos comunitarios con la Ley Fundamental de Bonn. Además, hace una enumeración de los derechos existentes en aquel momento en la Comunidad Europea según la opinión del Tribunal de Karlsruhe, que ya no eran pocos. A pesar del cambio de postura, el guardián último de los derechos para Alemania seguirá siendo el Tribunal Constitucional, el cual, si descubre un descenso importante en el nivel de protección, podrá volver a la línea de Solange I. De la misma manera, la vara de medir los derechos fundamentales seguirá siendo la Constitución alemana. Vale la pena reproducir algunas de las frases empleadas por los jueces alemanes en este fallo:

«[...] Se ha desarrollado [...], en el ámbito de las Comunidades Europeas, un grado de protección de los derechos fundamentales que, por su concepción, contenido y efectos debe considerarse equivalente al modelo de derechos fundamentales recogido en la Ley Fundamental [...].

[...] El paso decisivo —desde el punto de vista de la Ley Fundamental— lo dio el Tribunal de Justicia con la sentencia *Nold* [...], en la que declaró que había partido de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros a la hora de tutelar los derechos fundamentales [...].

[Derechos y libertades que, según Karlsruhe, ya existen en las Comunidades Europeas en el momento de dictarse esta sentencia:] Junto a las libertades expresamente garantizadas por los propios Tratados de la Comunidad [...], ocupan naturalmente un lugar destacado los derechos y libertades fundamentales relacionados con la vida económica, como la propiedad y la libertad de empresa. El Tribunal de Justicia ha invocado, además, otros derechos fundamentales como la libertad de asociación, el principio general de igualdad y la prohibición de arbitrariedad, la libertad religiosa o la protección de la familia.

«[...] A la vista de esta evolución hay que declarar que, mientras que las Comunidades Europeas, en particular la jurisprudencia

gesellschaft. Karlsruhe decidió controlar la conformidad de un reglamento comunitario con la Constitución alemana, a pesar de que ésta no lo preveía (vid. su art. 100.1 sobre control concreto de la constitucionalidad de las normas).

⁴² BVerfGE 73, 1986.

del TJCE, garanticen de manera general una protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las Comunidades, [...] equivalente en lo esencial a la protección de los derechos fundamentales [...] ofrecida por la Ley Fundamental, garantizando en general el contenido esencial de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional federal no ejercerá en lo sucesivo su competencia jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho comunitario derivado [...] y, en consecuencia, no revisará dicho Derecho derivado a la luz de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental; por consiguiente, las remisiones basadas en el art. 100.1⁴³ de la Ley Fundamental serán inadmisibles» (apartado II. 1, f)⁴⁴.

La tercera sentencia constitucional alemana que seleccionamos es *Brunner y otros contra el TUE*, comúnmente llamada «sentencia de Maastricht», que se dictó en 1993⁴⁵. Es quizá la más importante que haya dictado un estado miembro. Es larguísima y se pronuncia sobre todos los problemas importantes, por espinosos que sean. Al dictarse, pareció como si la locomotora alemana que tiraba de Europa hubiera decidido frenar. Es tan larga y trata de tantos aspectos que hemos de límitarnos a un breve comentario.

Los litigantes habían presentado cinco recursos ante el Tribunal Constitucional alemán contra las leyes alemanas de aprobación del Tratado de Maastricht y de reforma de la Grundgesetz, alegando varios importantes atentados contra ésta, de los cuales más de uno parecía hipertrofiado. El Tribunal se extendió en una sentencia de ochenta y cinco folios, farragosa y mal escrita pero muy completa, hablando ex cathedra, haciendo una demostración de activismo judicial y pasando revista a muchos temas de Derecho constitucional alemán y comunitario europeo. El lenguaje suena a Derecho internacional y estados soberanos más que a Derecho comunitario y estados miembros. Repiten que Alemania conserva su estatalidad y soberanía, que la UE es una confederación de estados soberanos de la que es posible retirarse, que no tiene la «competencia sobre la competencia», y que las competencias europeas, en lugar de amplios poderes implícitos, son facultades concretas y limitadas. La última palabra sigue estando en la Constitución alemana y en el Tribunal de Karlsruhe, no en el TUE ni en

⁴³ En la sentencia Solange I las había admitido.

⁴⁴ Traducción tomada de la *Revista de Instituciones Europeas*, 3 (1987), págs. 881-899, con ligeras modificaciones.

⁴⁵ Lo que sigue se basa en PEREIRA MENAUT, *Invitación ó estudio da Constitución da Alemania*, Santiago de Compostela, Tórculo, 1995, 67-85.

elTJCE. Sin embargo, elTribunal alemán admite indirectamente la existencia de una Constitución comunitaria europea —una Gemeinschaftsverfassung — y de algunos de sus principios fundamentales⁴⁶. El Tribunal insistió en el principio del carácter limitado de las habilitaciones especiales hechas en favor de la UE, de donde se deduce que no tiene «competencia sobre las competencias». Critica las doctrinas de los implied powers⁴⁷ y del effet utile⁴⁸ y advierte que en el futuro no serán vinculantes para Alemania. Al principio de limitación de las competencias añade el de subsidiariedad, vinculante para la UE y para la Comunidad Europea (apartado C,II,1.a), y que, según los jueces de Karlsruhe, no instituye ninguna competencia en favor de la Comunidad Europea, «sino que limita el ejercicio de sus competencias». Afecta, pues, a todas sus competencias, enunciadas como exclusivas o no (cfr. ap. C,II,3.d).

Esta sentencia, aunque cayó en su momento como una bomba, con la visión que nos da el tiempo se diría que nunca llegó a estallar. Sigue siendo una interpretación muy importante y constituye el más completo pronunciamiento de una jurisdicción interna acerca de la integración europea, pero no invirtió la marcha de los acontecimientos.

B) Jurisprudencia francesa⁴⁹

En general, la contribución de la alta jurisprudencia francesa a la formación del Derecho Constitucional de la UE no es más que modesta. No ha forcejeado con los jueces de Luxemburgo ni ha mostrado propensión a entrar en el fondo de los problemas (excepto la decisión del Consejo Constitucional de 1992), ni ha exportado a la Constitución europea aspectos importantes del constitucionalismo

⁴⁶ Por un lado niega que la UE sea una comunidad política; por otro, habla de una «Constitución comunitaria» (aunque sólo lo hace indirecta y marginalmente al explicar principios como subsidiariedad). En el apartado C,II,3.d) dice: «el tercer principio fundamental de la Constitución comunitaria es el de proporcionalidad, inscrito en el [antiguo] artículo 3B,3 del tratado CE». No vuelve a mencionar expresamente la Constitución europea.

⁴⁷ Inglés en el original. Regla norteamericana de interpretación constitucional que sirvió para justificar el crecimiento del poder federal (*McCulloch contra Maryland*, 1819, ya cit.).

⁴⁸ Utilización más amplia posible de las competencias comunitarias (francés en el original).

⁴⁹ En este epígrafe seguimos a HARTLEY (1998), 242 y ss.

francés. No hay sentencias francesas comparables a las alemanas que acabamos de comentar.

En Francia, como se sabe, hay dos sistemas jurisdiccionales separados, aparte del Consejo Constitucional: el ordinario y el administrativo, que pueden no coincidir por completo. Tradicionalmente los tribunales franceses son reacios a cuestionar la validez de las leyes y acciones de su administración. Del Tribunal de Casación (cúspide de la jurisdicción ordinaria), la sentencia más relevante es *Director General de Aduanas contra Sociedad Vabre y Sociedad Weigel* 50. En cuanto al Consejo de Estado (cúspide administrativa), que siete años antes se había negado a aceptar la supremacía de un reglamento comunitario anterior sobre una ley francesa posterior 51, abandonaría en 1989 su posición 52. Del Consejo Constitucional, la contribución en cuestiones europeas también ha sido limitada. Destaca su citada decisión de 9 de abril de 1992 (sobre la incompatibilidad del Tratado de Maastricht con la Constitución francesa), que impulsó decisivamente la reforma que daría lugar al nuevo Título XV de la Constitución.

C) Jurisprudencia constitucional italiana

Después del alemán, es seguramente el Tribunal Constitucional italiano el que ha desarrollado una jurisprudencia más relevante para nuestros propósitos discrepando de la línea del TJCE. Las dos sentencias que mencionaremos son Frontini (1973) y Granital (1984). En la segunda, enmienda el camino iniciado en la primera y reconoce la existencia de órdenes jurídicos separados. Un aspecto interesante: el Tribunal advierte de la presencia de núcleos duros en la Constitución italiana (aunque no tiene ningún artículo igual al 79.3 alemán). Como en cualquier constitución de una comunidad política compuesta, pronunciarse sobre los núcleos duros de las constituciones de los miem-

^{50 24} de mayo de 1975. Ante un fallo adverso del Tribunal de Apelación de París, el Director General de Aduanas negó la primacía de la norma comunitaria sobre una ley francesa de 1966. El Tribunal desestimó la alegación declarando que los Tratados creaban un ordenamiento jurídico separado, vinculante para los tribunales nacionales

⁵¹ Sentencia Semoules, 1 de marzo de 1968.

⁵² Caso Nicolo, 20 de octubre de ese año. No llegó a una declaración formal de supremacía de las normas europeas pero buscó una interpretación de la ley recurrida que resultara compatible con el TCE. Admitía así, aunque fuese indirectamente, la primacía.

bros es pronunciarse sobre la constitución más alta; sobre todo acerca de sus límites. Son interesantes las expresiones empleadas por los jueces italianos en el fallo *Granital*:

- «[...] Existe un punto firme en la jurisprudencia de las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interior: los dos sistemas están configurados como autónomos y distintos, aunque coordinados, según el reparto de competencias establecido y garantizado por el Tratado [...]» (considerando 4).
- «[...] Los preceptos de la ley interna en conflicto no pueden constituir obstáculo al reconocimiento de la "fuerza y valor" que el Tratado confiere al reglamento comunitario, al configurarlo como acto productivo de normas inmediatamente aplicables [...]» (considerando 5).
- «6. Por tanto, el reglamento comunitario se aplica siempre que siga o preceda en el tiempo a las leyes ordinarias que son incompatibles con él: es el juez nacional competente el que podrá beneficiarse del auxilio que le ofrece el instrumento de la cuestión prejudicial de interpretación, en virtud del [antiguo] artículo 177 del Tratado [...].

Las observaciones que hasta aquí hemos desarrollado no implican, sin embargo, que todo el sector de las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno se sustraiga a la competencia de este Tribunal Constitucional. [...] La ley de ejecución del Tratado puede ser sometida a su control respecto a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y los derechos inalienables de la persona humana [...]».

VI. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA UE Y DE SUS ESTADOS MIEMBROS

Todos los sistemas jurídicos, hasta los más normativistas, contienen principios del Derecho, reconocidos o menos reconocidos, incorporados a un código, como en el Derecho civil español, o no. Lo interesante de la UE, en este campo, es que:

- su Derecho (constitucional o no) es muy «principialista»,
- el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha hecho un expansivo uso, casi abuso, de los principios,
- muchos de los principios europeos proceden de las tradiciones, constituciones y jurisprudencias de los estados miembros,

- por ello, se admite que la Constitución europea no ha sido constituyente de sus principios, lo cual es bueno para el constitucionalismo;
- por último, los principios han tenido gran relación con los derechos, pues, como decíamos, el Tribunal ha deducido éstos de aquéllos en algunas sentencias.

Los principios jurídico-constitucionales europeos son particularmente interesantes porque muestran esa interdependencia entre las constituciones de los miembros y la de la UE. En efecto: que la UE no sea un estado, y posiblemente no llegue a serlo nunca, tiene que ver con que su Constitución y su Derecho sean tan principialistas. La Constitución europea no «constituye» Europa ni sus estados miembros ni las constituciones de sus estados miembros. Al menos por ahora, no tiene inconveniente en tomar principios de las tradiciones jurídicas y constitucionales de sus miembros. En la elaboración de principios europeos, se ha podido discernir a menudo dos pasos: el primero, un principio jurídico-constitucional de uno de los estados — por ejemplo, el alemán de proporcionalidad — pasa de un miembro a la UE a través de la jurisprudencia de Luxemburgo; el segundo, ese principio, incorporado al torrente circulatorio comunitario y convertido en principio europeo, pasa a los restantes estados miembros y ya puede ser invocado en Portugal o España, por ejemplo.

En el Derecho europeo los principios, que son muchos, tienen cuatro procedencias principales⁵³: la primera, las tradiciones jurídicas comunes que se remontan, en algunas ocasiones, al Derecho romano; la segunda, las constituciones de los estados miembros y el constitucionalismo en general; la tercera, la interpretación de los Tratados por el TJCE, y la cuarta, lo que dicen los Tratados mismos. Sobre la existencia de principios procedentes de las dos primeras fuentes no es necesario decir mucho; escribe Hartley que

«el Tribunal Europeo [...] ha utilizado los principios generales del Derecho para revestir la desnudez de la creación judicial del Derecho: la idea es que, si se puede demostrar que una decisión judicial se deriva de un principio de suficiente generalidad como para preten-

⁵³ Cfr. HARTLEY, 1998, 130-132; SCHERMERS, Henry - WAELBROECK, Denis, Judicial Protection in the European Communities (Deventer, Kluwer, 1992 4.° ed.), 27-99.

der el asentimiento general, obtendremos un firme fundamento jurídico para la sentencia. Por esta razón, el Tribunal Europeo ha desarrollado la doctrina de que las reglas del Derecho comunitario pueden derivarse no sólo de los Tratados y la legislación sino también de los principios generales del Derecho»⁵⁴.

En cuanto a la interpretación de los Tratados por el TJCE, si

«el Tribunal declara que una disposición concreta de uno de los Tratados es una aplicación de algún principio más general, que no está realmente recogido en el Tratado, será después aplicado por derecho propio como principio general del Derecho. Ejemplo de esto es el artículo 6 [12] del TCE...»⁵⁵.

Los Tratados mismos ofrecen también alguna base — no demasiada — donde apoyar principios: el artículo 6.2 del TUE, el antiguo 164 (ahora 220)⁵⁶, el antiguo 173 (ahora 230)⁵⁷, y algún otro. Como opina Hartley, los principios son «una fuente del Derecho independiente» y no hay duda de que el Tribunal los habría aplicado con o sin referencia alguna a ellos en los Tratados⁵⁸.

De los muchos principios, una buena cantidad son generales, mercantiles, procesales o de otras ramas del Derecho⁵⁹. Por ello, y porque intentar una lista exhaustiva de principios sería contradictio in terminis, y porque ex definitione estamos en arenas movedizas, mencionaremos algunos de los principios constitucionales más notados:

principio general de igualdad y ausencia de discriminaciones injustas,

⁵⁴ Op. cit., 130.

⁵⁵ HARTLEY, 130.

⁵⁶ Referencia genérica a la observancia «del Derecho» por el Tribunal.

⁵⁷ Posibilidad de basar el control de legalidad en cualquier norma jurídica.

⁵⁸ Op. cit., 131-132.

HARTLEY refiere seis grandes bloques —derechos fundamentales, seguridad jurídica, proporcionalidad, igualdad, derecho a ser oído, secreto profesional de los abogados; *cfr.* págs. 132-153—, mientras que la lista de SCHERMERS y WAEL-BROECK es notablemente más larga, quizá demasiado; *cfr.* págs. 36-94. Ninguno hace particular hincapié en los principios propiamente constitucionales.

- principio general de seguridad jurídica, que a su vez puede descomponerse en varios como el del respeto a los derechos adquiridos y el francés de los droits de la défense⁶⁰,
- proporcionalidad (Verhältnismässigkeit, un principio constitucional alemán no escrito en su Ley Fundamental),
- el principio que podría llamarse de lealtad comunitaria (algo así como la «lealtad federal» germana), y
- el de subsidiariedad (de origen alemán, incorporado a los Tratados a partir de Maastricht)⁶¹.

VII. EL IMPACTO DE NIZA

Este artículo se escribió antes de la Conferencia de Niza, la cual resultó poco relevante desde este punto de vista. Algún aspecto muy debatido allí, como la re-ponderación de votos, no merece mucho debate aquí. De esta manera, Niza no nos obliga a cambiar el enfoque, ni siquiera a cambiar muchas cosas concretas fuera de lo que venimos comentando sobre los derechos. La Carta no es, por ahora, legalmente vinculante, pero su efecto, tenga el que tenga, es también el de aumentar la dimensión constitucional.

El asunto principal de Niza no fue la constitucionalización sino la ampliación, pero lo constitucional no ha dejado de crecer, aunque sea sólo un poco, a costa de lo internacional. De aquí al 2004 aumentará la efervescencia constitucionalizadora. El hecho de que 29 materias hayan pasado en esa Conferencia de decisión por unanimidad a decisión por mayoría también aumenta la dimensión constitucional, aunque no supondrá mucho cambio real porque la mayor parte de esos casos ya venían decidiéndose por mayoría y porque hay materias importantes, como impuestos y seguridad social, que permanecen sujetas a veto.

También incrementa algo el peso de lo constitucional sobre lo internacional el que 8 o más miembros puedan practicar una cooperación reforzada, como también el hecho de la Comisión se reduzca a veinte comisarios a partir del año 2007, con lo que será imposible que cada estado miembro tenga un comisario.

Engloban diversos aspectos relacionados con la tutela judicial efectiva española, el *due process* americano y las normas procesales de la justicia natural inglesa.

⁶¹ Ver arts. 2 del TUE y 5 del TCE.

VIII. ¿HACE FALTA UNA CONSTITUCIÓN ESCRITA? (CONCLUSIÓN)

El argumento de este artículo es doble: primero, que va hay Constitución europea, y, segundo, que no se ajusta al modelo convencional entre nosotros ni tiene por qué ajustarse en el futuro aunque la integración y la constitucionalización continúen avanzando, pues en el siglo XXI el constitucionalismo europeo va tiene que preocuparse de frenar los poderes europeos. Ya pasó el tiempo de las crisis como la de la «silla vacía», pasó el tiempo de incrementar los poderes indiscriminadamente. Ya no estamos ante una criatura recién nacida cuya supervivencia esté en peligro: estamos ante unas instituciones razonablemente sólidas, que se desenvuelven en un medio ambiente que en muchos estados miembros carece de la innata desconfianza ante todo gobierno y del recelo hacia todos los poderes fuertes aunque sean democráticos. Esto puede verse en España, donde la resistencia ante cualquier cosa que lleve el adjetivo «europeo» es escasa. La comparación con la historia de Estados Unidos arroja resultados tan llamativos que res ipsa loquitur.

Las potestades públicas de la Unión podrán, y deberán, regularizar e incluso aumentar ciertas competencias; habrá que «comunitarizar» parte de los otros dos pilares (no todo, si no queremos repetir un estado a mayor escala), pero está fuera de duda que la Comunidad Europea, tal como está ahora, ya forma una verdadera comunidad política (a su manera, esto es, una comunidad política de comunidades políticas) dotada de un considerable poder político al que habrá que resistir, democrático o no, como hay que resistir a los poderes españoles, democráticos o no, constitucionales o no. Si esos poderes son de ámbito continental, mayores han de ser la desconfianza y la resistencia. Eso es lo constitucional, la desconfianza hacia el poder; y para eso necesita Europa una constitución: para lo mismo que la necesitan sus estados miembros, para frenar el poder, defender los derechos de los ciudadanos (y de los territorios menores, estados, naciones sin estado o regiones), proteger al débil, no legitimar al fuerte; evitar los monopolios y concentraciones de poder aunque -cosa improbable -- se depositaran en manos de san Francisco de Asís; impedir que llegue un día en que los sistemas jurídicos de los estados miembros, sus valores y sus sociedades civiles queden a merced de la jurisprudencia de valores de un tribunal constitucional europeo exento de control. Dicho de otro modo, necesitamos constitución para que no haya estado. La necesitamos, pero no para que todas las normas aplicables en esa nueva comunidad política sean reconducibles a una norma normarum europea, sino para garantizar a las fuentes productoras de los derechos estatales y regionales un mínimo de pluralismo y una cierta independencia.

Nuestro planteamiento, en vez de debatir como si hubiera que redactar una Constitución completamente ex novo, parte de la base de que ya existe un considerable bloque de la constitucionalidad europea, que es aproximadamente como hemos tratado de describirlo, y que en el futuro no necesariamente tenemos que abandonar esa línea. Corrigiendo lo que esté mal, podemos aceptar ese pluralismo y profundizar en él para evitar «nuevas totalidades», nuevos absolutismos éticos (de valores) o jurídicos. Una Constitución europea así, que consista en los Tratados (reformados, clarificados y reducidos a un sólo documento si hace falta), en las jurisprudencias (de Luxemburgo y de los estados miembros), en las constituciones de los estados miembros, y en los principios, será buena para evitar monopolios porque estará en las manos de todos esos actores, resolviendo así el problema de cómo crecer en constitucionalismo sin crecer en centralismo. El TJCE será máximo intérprete pero no único (y en cuanto a las constituciones de los estados miembros, tampoco será máximo). Los estados miembros —sus pueblos, sus parlamentos, sus altas jurisdicciones conservarán una cierta cuota de poder constituyente y de poder de reforma, en la medida en que sean capaces de decidir sobre todos o alguno de los elementos de esa pluralista Constitución europea. No todas las jurisdicciones y parlamentos de todos los estados miembros se mostrarán igual de activos, pues ya no ha sido así hasta ahora, pero ello no impide sostener que este planteamiento les devuelve el protagonismo.

A la pregunta que encabeza este apartado responderemos que si se trata de escribir una constitución europea codificada y estatista, soberana, norma normarum, omnicomprensiva, autosuficiente, monista, compendio de un conjunto objetivo de valores que se impondrán de arriba abajo, una constitución como muchas del Continente, como pretendió ser la española de 1978, mi modesta respuesta sería que no. Ni siquiera los estados miembros necesitan constituciones así. Precisamente estamos superando el estatismo y entrando en un paisaje multiconstitucional, multigubernamental y post-soberano. Es bueno y conforme con el constitucionalismo que el poder constituyente no esté

en una sola mano y que la facultad de interpretar la Constitución esté dividida, al menos entre el TJCE, los altos tribunales de los estados miembros, y los parlamentos, sin olvidar las pequeñas naciones y regiones. No hace falta que una carta magna europea regule toda la vida social de los pueblos de sus estados miembros, ni todas sus fuentes del Derecho, ni sus valores, ni -menos aún- que se confíe el monopolio continental de la interpretación de tal constitución a nadie. Personalmente, no defiendo eso ni para las constituciones de los estados miembros. Eberhard Schmidt-Assman, en un conocido artículo sobre el Estado de Derecho en la Constitución alemana actual, opina que no debemos caer en lo que él llama «nueva totalidad» y nuevo «absolutismo de valores normativo» (Wertabsolutismus normativ). Por constitucional que sea una comunidad política, la vida nunca debe ser aplicación o ejecución de la Constitución (Verfassungsvollzug) 62. No es ése el riesgo que se corre si abusamos de la concepción de la Constitución como conjunto de valores que ha de impregnar la vida política, jurídica y social? Éstas son verdades de Pero Grullo que para el constitucionalismo anglo-americano siempre han estado claras. Desde este punto de vista, la letra de la nueva Carta de Derechos puede dar pie para que un intérprete activista pueda intentar configurar nuestras vidas como «ejecución de la Carta», pues de cualquiera de sus muchos artículos, aunque sea el derecho de los menores a la libre expresión, se podrá extraer valores.

Sí hace falta progresar hacia una Constitución europea postsoberana y pluralista. Hace falta avanzar en la separación de poderes, en los derechos y libertades y en la sumisión del poder al Derecho, pero para ello no es estrictamente necesaria una codificación constitucional en el sentido que justamente está siendo superado ahora. El fenómeno constitucional europeo está también devolviendo el crédito al constitucionalismo «negativo», que hace más hincapié en frenar el poder y proteger los derechos que en ordenar la producción de normas, «constituir» la vida social o disponer las vidas de las personas. Constitucionalizar un orden objetivo de valores en una Constitución que ya tiene primacía y efecto directo y confiarlos a un órgano mono-

⁶² SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, «Der Rechtsstat», en ISENSEE, J., y KIRCHHOF, P., Handbuch der Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, Müller, 1987, t. I, 987-1043. Él se refiere a Alemania; para Europa sería aun menos recomendable. Como decían mis alumnos norteamericanos de Spanish Constitutional Law and Policy en la Universidad de William and Mary, «nosotros no vivimos nuestras vidas leyendo primero la Constitución». Con esto marcaban el contraste que encontraban entre su constitucionalismo y el español.

polista puede dar lugar a una indeseable acumulación de potestad, nunca vista hasta ahora por su escala continental. Los valores deben seguir fluyendo de abajo hacia arriba, y sus fuentes deben seguir siendo la cultura, la religión, la moralidad, la ética y la estética de los ciudadanos y las sociedades civiles de los estados miembros. Toda constitución refleja valores, y en la vieja Europa no faltan, con o sin Constitución, pero ésta no debe producirlos - excepto los específicamente políticos-; menos aún imponerlos, pues ello podría llevar, en último extremo, a interferir en la sociedad civil e incluso en las conciencias personales de los ciudadanos. Lo menos que se derivará de un planteamiento constitucional de valores será una jurisprudencia de valores⁶³. Esto no es más que aplicar una de las dos reglas de oro del constitucionalismo: que en la medida de lo posible el poder, la legitimidad, la jurisdicción y el control deben fluir de abajo arriba siempre (no sólo al aprobar una constitución), y que, legitimados o no, nunca deben concentrarse. En una línea semejante, la Constitución europea -como la española, como cualquier otra- puede también ser concebida como un pacto: si los poderes centrales van más allá de los términos del pacto, los estados miembros y los ciudadanos quedamos legitimados para desobedecer.

No por ser esta opinión desfavorable al constitucionalismo estatista y codificado se puede negar que toda constitución tiene una dimensión organizadora y que hace falta escribirla y poner orden y claridad —y, si es posible, un poco de buen estilo— en la heterogénea masa de desacompasados materiales que conforman esta Constitución de la UE. Ello puede dar lugar a una constitución escrita, al menos en buena parte; pero «escrita» como la norteamericana, no equivale a «codificada» o «monista» como la española, ni a «positivación de un orden objetivo de valores» como la alemana. En cualquier caso, toda constitución exitosa y duradera experimentará también un desarrollo praeter legem o praeter constitutionem en forma de sentencias, costumbres, principios y leyes, y no hay nada de malo ni anticonstitucio-

⁶³ En su sentencia 9/1981 el Tribunal Constitucional español dijo que la Constitución es una norma jurídica, pero cualitativamente diferente del resto por incorporar el sistema de valores esencial que ha de impregnar el entero orden jurídico, y de esa manera la Constitución es la norma fundamental y fundamentadora del entero sistema jurídico. El hecho de ser la Constitución una norma de superior naturaleza da lugar a la necesidad de interpretar todo el Derecho español en conformidad con ella. Nadie negará que entre sostener eso, y sostener que, en la medida en que vayan contra la Constitución, las leyes serán inaplicadas, hay diferencia.

nal en ello. *Malum signum*, si una constitución que contara, por ejemplo, cincuenta años, siguiera consistiendo sólo en el documento denominado así; sería señal de no haberse incorporado mucho a la vida jurídica real.

La tarea de la próxima CIG podría consistir, en primer lugar, en identificar la actual Constitución, a través de las diversas fuentes que hemos señalado, y plasmarla con un mínimo de orden y elegantia iuris. El comité que se encargue de pulir y redactar deberá estar dirigido por un filólogo, a ser posible inglés, autorizado por el Parlamento Europeo para encarcelar sin juicio previo en la Cárcel de Papel a todos los que Don Quijote llamaría prevaricadores del buen lenguaje, a los fabricantes de neologismos innecesarios e incomprensibles, y, con efecto retroactivo, a los redactores de los Tratados y Protocolos ahora en vigor, por no haber sido capaces de escribir claro y breve, así como a la Sala Segunda del Tribunal de Karlsruhe en justo castigo por la desaforada redacción de la sentencia de Maastricht. Para pertenecer a ese comité de redacción constitucional será lectura obligatoria y condición sine qua non estar familiarizado con Plain Words, de Gowers, y The Elements of Style, de Strunk y White, y se negará el acceso a quien no los haya leído así como Platón negaba el acceso a su Academia a quien no supiera Geometría.

(En el momento de corregir pruebas ya ha comenzado sus trabajos la Convención. No la preside ningún filósofo inglés, sino Giscard. Pero, ciertamente, la Convención está preocupada por la clarificación y simplificación de los documentos legales europeos.)

IX. BREVE BIBLIOGRAFÍA

La bibliografía disponible no es mucha en comparación con otras ramas del Derecho comunitario, pero ya suficiente como para que haya que seleccionar. Esta selección, que, como todas, tiene algo de arbitrario, intenta que las obras seleccionadas digan algo sustancial. La bibliografía española recomendable no es abundante porque la interpretación dominante de la Constitución de 1978, con su estatismo, monismo y autosuficiencia, ha actuado como un freno para el entendimiento del fenómeno constitucional europeo. Los autores que con mayor facilidad y provecho se aproximan al tema son los que no están frenados por el paradigma estatista y por ello no encuentran nada de anormal en que una organización internacional se transforme en política, ni en que lo constitucional aparezca separado de lo estatal y entreverado con lo internacional.

- Boom, Steve J.: «The European Union After the Maastricht Decision: Will Germany be the "Virginia of Europe"?», American Journal of Comparative Law 43 (1995), 177 ss.
- DINNAGE, James D. y Murphy, John F.: *The Constitutional Law of the EU*, St. Paul (Minn.), West, 1996.
- ELAZAR, Daniel: Federal Systems of the World, Harlow (Essex), Longman, 1994, 2.ª ed. (en particular, 322-332). (Elazar no trata directamente de estos temas, pero es siempre sugestivo.)
- «From StatismTo Federalism: A Paradigm Shift», Publius 25:2 (primavera 1995), 5-18. (Breve y excelente. Un cambio en los paradigmas (que en España todavía no se ha producido.)
- GLENDON, Mary Ann, et alii: Comparative Legal Traditions, St. Paul, West, 1999, col. «In a Nutshell». (Ver esp. págs. 291 ss., por Paolo CAROZZA.)
- GRANADO HIJELMO, Ignacio: Reflexiones jurídicas para un tiempo de crisis, Barcelona, Eiunsa, 1997. (Ver esp. las págs. 82-102. En las págs. 91-93 se refiere a cuando las organizaciones internacionales de integración alcanzan un «punto crítico de inflexión» y atraviesan un Rubicón político. Dos observaciones: primera, que el concepto de organización internacional de integración parece tener poco fondo, y segunda, que el paso de lo internacional a lo político o interno no es nuevo.)
- HARTLEY, Trevor C.: *The Foundations of EC Law,* Oxford, Clarendon, 1998, 4.ª ed. (No tiene un enfoque particularmente constitucional pero es muy aprovechable.)
- «Federalism, Courts and Legal Systems: The Emerging Constitution of the European Community», The American Journal of Comparative Law 24 (1986), 229-247. (Excelente. Recomendable a pesar de ser anterior a Maastricht.)
- LENAERTS, Koen: «Constitutionalism and the many Faces of Federalism», The American Journal of Comparative Law 38 (1990), 205-263. (Una perspectiva federal del proceso de integración.)
- MANCINI, G. Federico: «The Making of a Constitution for Europe», Common Market Law Review 26 (1989), 595-614. (Hace hincapié en la elaboración jurisprudencial de la Constitución europea.)
- Mengozzi, Paolo: «La *Rule of Law* e il Diritto comunitario di formazione giurisprudenziale», *Rivista di Diritto europeo* 3 (1993), 511-525.

- Pereira, A. C.;- Bronfman, A.; Cancela, C., y Hakansson, C.: La Constitución europea, Santiago, Cátedra J. Monnet da USC, 2000.
- PIRES, Francisco Lucas: Introdução ao Direito Constitucional Europeu, Coimbra, Almedina, 1997. (El autor, fallecido en 1998, era diputado en el Parlamento Europeo. El libro, aunque demasiado breve y necesitado de ulterior desarrollo, resultó sugestivo y original en el Derecho Público ibérico.)
- PLIAKOS, Astéris D.: «La nature juridique de l'Union européenne», Revue Trimestrielle de Droit Européen 2 (1993), 187-224.
- Schwarze, Jürgen: *European Administrative Law*, Londres, Sweet and Maxwell, 1992. (Excelente tratamiento administrativo de la UE.)
- SEURIN, Jean-Louis: «Towards a European Constitution? Problems of Political Integration», *Public Law* (invierno 1994), 625-636. (Un autor francés que recurre directamente al modelo constitucional anglosajón.)
- STEIN, Eric: «Lawyers, Judges, and the making of a Transnational Constitution», en *American Journal of International Law* 75 (1981), 1-27. (Mantiene su frescura después de veinte años. No parte de la teoría del poder constituyente.)
- STEIN, Torsten: «La Constitución europea: pasado, presente y futuro», Anuario Jurídico de la Rioja. Anales del Convenio Universidad de La Rioja-Diputación General de La Rioja 2 (1996), 235-254.
- STITH, Richard, y WEILER, Joseph: Dos visiones norteamericanas de la jurisdicción de la UE, Santiago de Compostela, Cátedra J. Monnet da USC, 2000.
- Temple Lang, John: «Community Constitutional Law», en *Constitution-Building in the European Union*, Dublín, Institute of European Affairs, 1996, 124-139.
- «The Development of European Community Constitutional Law»,
 The International Lawyer 25 (1991), 455-470.
- Weiler, Joseph H. H.: *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999. Recopilación de artículos. En general, sus trabajos son lectura obligatoria.
- «La transformación de Europa», en Europa, fin de siglo, Madrid, CEC, 1995, 13-126. (Otro artículo en que estudia diversas cuestiones constitucionalmente relevantes.)