

3. ESPACIO ABIERTO

LA «CONSTITUCIONALIZACIÓN» DE EUROPA*

Por el Dr. ÁNGEL RODRÍGUEZ
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Extremadura

* Texto de la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura el 23 de enero de 2004, con motivo de la festividad de su patrón, San Raimundo de Peñafort.

SUMARIO

SALUTACIÓN

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE EUROPA

LA CONSTITUCIÓN EUROPEA, ¿PRIMER PASO HACIA LOS ESTADOS UNIDOS DE EUROPA?

EL HETERODOXO «PROCESO CONSTITUYENTE» EUROPEO

¿ES EL PROYECTO PRESENTADO POR LA CONVENCION UNA «AUTÉNTICA» CONSTITUCIÓN?

FINAL

SALUTACIÓN

Rector.

Decano, compañeros, señoras y señores.

Os confieso que me siento abrumado por la oportunidad que supone poder tomar la palabra en este solemne acto que conmemora la festividad del patrón de nuestra Facultad en el día de hoy. Sé que ningún mérito tengo para este privilegio, que se debe en exclusiva a la aplicación de la costumbre que impone dejar a la antigüedad y al grado decidir quién debe ser el conferenciante del día de San Raimundo de Peñafort. Y como tal costumbre (fuente de Derecho también en este caso, aunque no faltará quién ponga en duda que de ella se puede predicar una auténtica *opinio iuris*) la acato, como digo, con un sentimiento mezclado de asombro y admiración.

Si la designación del que la pronuncia es, pues, fruto de reglas preestablecidas, la elección del tema de la conferencia es, por el contrario, responsabilidad exclusiva del conferenciante. Yo he elegido para mi disertación uno actual y controvertido, cuyo interés, por lo demás evidente, espero que no quede excesivamente oculto tras la torpeza de mis razonamientos y el tedio de mis palabras: «La constitucionalización de Europa».

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE EUROPA

Se trata del mismo tema sobre el que iba a versar mi conferencia de San Raimundo del año pasado, que no pudo finalmente ser pronunciada por razones que no son al caso, ocasión ésta que permitió a muchos de los presentes disfrutar con una interesantísima, erudita y amena intervención del profesor Carlos Villamor. Vaya para él mi más sincero agradecimiento.

Como se sabe, desde aquel 23 de enero de 2003 a este 23 de enero de 2004, en esta cuestión de cómo «constitucionalizar» Europa se han sucedido hechos importantes: la Convención, de la que más adelante hablaré, finalizó sus trabajos y, en junio del recién pasado año, presentó al Consejo Europeo un proyecto de «Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», proyecto que los 25 (es decir, no sólo los actuales Estados Miembros de la Unión Europea, sino también los que lo serán a partir del 1 de mayo de este año) debían aprobar en la Conferencia Intergubernamental de diciembre. Existían importantes desencuentros entre los Estados, y el acuerdo, al contrario de lo que usualmente ocurre en las cumbres europeas, no llegó esta vez en el último momento. Y en consecuencia, el proyecto de Tratado Constitucional quedó sin aprobar.

La falta de acuerdo ha obligado también a modificar el calendario subsiguiente, pues la previsión inicial era que, aprobada por la Conferencia Intergubernamental en diciembre, la Constitución Europea se ratificaría por los Estados miembros a lo largo de este año de 2004, en la mayoría de los casos mediante referéndum de sus respectivos electorados: el español se habría convocado coincidiendo con la elecciones al Parlamento Europeo del próximo junio, para lo cual se había ya procedido a modificar, mediante Ley Orgánica 17/2003, la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, para introducir una excepción a la prohibición general vigente de celebrar de manera simultánea referéndum y elecciones.

La cuestión, pues, dadas estas circunstancias, es si hablar de una Constitución Europea sigue siendo una propuesta no sólo intelectualmente estimulante, sino políticamente con futuro. La respuesta es, a mi juicio, afirmativa. La idea de dotar a la Unión de una Constitución, creo, no ha muerto con el naufragio de esta Conferencia Intergubernamental. Prueba de ello es que ha sido retomada por la presidencia irlandesa y será objeto de un nuevo debate en los próximos meses. Sí es claro, desde mi punto de vista, que, tras el fracaso del pasado diciembre, a la cuestión de cómo «constitucionalizar» Europa se ha añadido ahora un nuevo elemento: no se trata ya sólo de aprobar una Constitución para el continente, sino de que cada Estado miembro –particularmente aquellos que, como el nuestro, se han mostrado más críticos con el Proyecto– deberá también decidir si quiere participar en ella o no. Dicho en otras palabras: es muy probable que los Estados que se opongan al proyecto no consigan con su oposición que éste no llegue a aprobarse, sino tan sólo quedarse fuera del mismo, y que estemos de este modo abocados, en expresión muy propia de la jerga comunitaria, a una «constitucionalización a dos velocidades».

Sobre todas estas cuestiones quiero suscitar su atención en los próximos minutos. Comenzaré precisando algunos sustantivos que he venido usando hasta ahora sin haberlos definido previamente y que acaso puedan conducir a equívoco: se trata de los términos «Europa» y «constitucionalización».

Joseph Weiler, uno de los más agudos observadores del proceso de construcción europea, dijo una vez con la ironía de la que suele hacer gala que, en los Estados miembros, solemos hablar de Europa para referirnos a la Unión Europea, del mismo modo que, cuando van a referirse a su país, en los Estados Unidos hablan de América. No le falta razón al profesor de la Universidad de New York: al igual que América es más amplia que Estados Unidos, Europa lo es más que la Unión Europea, aunque en los últimos tiempos (particularmente en los últimos quince años: los que van desde 1989, el año de la caída del muro de Berlín hasta la actualidad), las diferencias se han ido reduciendo, y es muy probable que –con los casos particulares de Rusia y Turquía– se vayan minimizando en el futuro. La distinción, sin embargo, sigue siendo pertinente, pues nos permite resaltar no sólo que no toda Europa participa de las instituciones de la Unión, sino también que, junto con ésta, conviven en el continente otras organizaciones

supranacionales igualmente «europeas» que han tenido, y seguirán teniendo en el futuro, un papel trascendental en el proceso de integración. Me estoy refiriendo de manera muy especial al Consejo de Europa, particularmente a su labor de integración en el campo del derecho europeo de los derechos fundamentales, de la mano de uno de las más reputadas instituciones de esta organización, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Hechas estas matizaciones, hablaremos en lo que sigue, indistintamente, y con licencia de Weiler, de Europa y Unión Europea para referirnos a la misma cosa.

Con frecuencia se usa el término «constitucionalizar» para indicar que una institución, una corporación, un derecho, etc., se ha incluido en la Constitución de un país. Hablamos así de la «constitucionalización» de los colegios profesionales, de la presunción de inocencia, de las diputaciones provinciales, de la autonomía universitaria. Decir, en este sentido, que algo está «constitucionalizado» significa afirmar que ese algo «está en la Constitución».

Pero este término tiene, antes, un significado más profundo: la acción de «constitucionalizar» implica introducir en toda organización los principios básicos que, desde sus primeras formulaciones modernas a finales del siglo XVIII, animan al constitucionalismo como ideología política. Principios que se encuentran encaminados a garantizar el pleno sometimiento del poder al Derecho y que todavía hoy no han encontrado una mejor definición que la venerable fórmula que los ilustrados franceses, llamados por la historia a protagonizar la revolución que dio a luz la era contemporánea, introdujeron en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: «separar» los poderes y garantizar los derechos.

«Constitucionalizar» la Unión Europea significa, pues, introducir plenamente en la organización de la Unión estos principios clásicos, tal como se han visto modificados por la democratización del movimiento constitucional. Es decir, someter todos sus poderes al Derecho, pero no entendiendo éste como cualquier conjunto indiferenciado de normas, sino como un ordenamiento que encuentra como única fuente de legitimidad su origen democrático. Y, para ello, «separarlos», en el sentido de Locke y Montesquieu (es decir, concebir cada uno de ellos como instrumento de control de los demás) y garantizar que el ejercicio del poder no vulnerará nunca los derechos de los ciudadanos.

Esta preocupación «constitucionalizadora» ha existido siempre, de modo más o menos latente, en el seno de la Unión, desde sus orígenes como Mercado Común, pero se ha visto oscurecida durante mucho tiempo: primero como consecuencia de la adopción del denominado «enfoque funcionalista» de los «padres fundadores»: como se sabe, la receta de Jean Monnet o Robert Schuman era «comunitarizar» los sectores más idóneos para cada momento histórico (primero el carbón y el acero, los recursos cuya puesta en común más difícil harían resurgir un conflicto bélico entre Alemania y Francia, luego la energía atómica,

la agricultura, el comercio, etc.), sin preocuparse mucho por cómo quedaría el diseño final.

Oscurecida después por el modo en el cual los propios Estados protagonizaron una «huida al derecho comunitario» para, legislando desde Bruselas, escapar al control democrático de los Parlamentos nacionales.

Y, finalmente, por la, a mi juicio incorrecta por incompleta, reacción a esta tendencia en la opinión europeísta concentrada en la «democratización» de la comunidad, fortaleciendo para ello los poderes del Parlamento Europeo frente al Consejo y a la Comisión, olvidando que el auténtico «déficit democrático» no era sino, en palabras de Francisco Balaguer, parte de un déficit más complejo y preocupante: el «déficit de Constitución».

Puede entonces decirse que no ha sido hasta este último decenio, tras la aprobación en 1992 del Tratado de Maastricht, cuando los esfuerzos en el seno de la Unión por someter el poder al Derecho hicieron salir a la superficie su naturaleza esencialmente «constitucional». Desde entonces, sobre todo desde que la idea tomó cuerpo con la redacción de un proyecto articulado de Tratado Constitucional, se han formulado también todo tipo de cuestiones acerca de la necesidad de un proceso de constitucionalización de estas características.

Seleccionaremos ahora las, a mi juicio, más interesantes: *primera*, ¿implica aprobar una Constitución para la Unión encaminarse hacia la construcción de un super-Estado europeo?; *segunda*, ¿se ha iniciado un genuino proceso constituyente en el seno de la Unión?; y *tercera*, ¿puede calificarse jurídicamente el proyecto, tanto por su contenido, como por su rango, de auténtica norma constitucional?

Para contestar a estos tres interrogantes debemos abordar la cuestión de la constitucionalización de Europa desde tres puntos de vista diferentes y complementarios: en primer lugar desde una perspectiva histórica, que nos permita adentrarnos en la relación existente entre Estado y Constitución; en segundo lugar, desde una perspectiva procesal, que nos consienta explorar si el proceso que en la actualidad vive la Unión es o no un auténtico «proceso constituyente»; y en tercer lugar, una perspectiva dogmática, que nos ayude a deducir si los preceptos del Proyecto efectivamente «separan» los poderes y garantizan los derechos y permiten, dada su naturaleza jurídica, que el mismo pueda definirse como ese tipo específico de norma jurídica que conocemos como Constitución.

Permítanme unas breves reflexiones sobre cada uno de estos extremos.

LA CONSTITUCIÓN EUROPEA, ¿PRIMER PASO HACIA LOS ESTADOS UNIDOS DE EUROPA?

Es bien sabido que en la inmediata posguerra, antes de la decidida adopción del método funcionalista, hubo varios intentos de comenzar el proceso de integración construyendo directamente una entidad política europea supranacio-

nal. La tensión que este intento, fracasado, de edificar los «Estados Unidos de Europa» creó con los sentimientos nacionales de los Estados miembros quedó fielmente representada en la lapidaria frase del general De Gaulle: «Francia no podrá nunca ser Nebraska».

Desde entonces, el temor a que la consolidación de la Unión nos lleve a un super-Estado federal europeo que se superponga a la estructura estatal ya existente –la de los actuales Estados miembros– resucita periódicamente como uno de los pilares básicos del euro-escepticismo.

El debate sobre si en el futuro la Unión deberá adoptar o no la forma de una entidad estatal es, pues, un debate viejo. No es el caso ahora de terciar en el mismo, pronunciándonos acerca de las virtudes o inconvenientes de la construcción de un Estado europeo. Pretendo tan solo afirmar que la decisión de «constitucionalizar» Europa no tiene por qué influir, ni a favor ni en contra, en un eventual proceso de «*state building*» a escala continental.

Es cierto que, históricamente, sólo hemos conocido una forma de organización política que se haya constitucionalizado: el Estado. En nuestra lengua, aunque convive con la locución anglosajona de «imperio de la ley», la expresión más consolidada para referirnos a la forma política en la que el poder queda sometido al derecho es, como es en francés, en alemán y en italiano, la de «Estado de Derecho». Hasta ahora, pues, es lo cierto que la única estructura de poder sobre la que ha actuado el constitucionalismo ha sido el Estado, dando lugar al «Estado constitucional». Y es precisamente por ello por lo que, acostumbrados como estamos a que lo habitual sea que si hay constitución haya Estado, podemos pensar que si constitucionalizamos cualquier otra forma de organización política estaremos iniciando el camino hacia su progresiva «estatalización».

Aún reconociendo lo que de puramente nominalista, y en buena medida estéril, pueda haber en este debate, creo que el mismo debe aclararse afirmando que no es necesariamente cierta la correlación entre Estado y Constitución.

Es precisamente la actual necesidad de «constitucionalizar Europa» la que está poniendo de manifiesto que el «derecho constitucional» está desbordando las fronteras que hace ciento cincuenta años le impusiera su antecesor, el «derecho del Estado» o *StaatsRecht* alemán. Hablar, hoy, de Constitución no implica, necesariamente, hablar de Estado.

Debe decirse que esta ampliación de los límites del derecho constitucional no es la primera. Hace ya tiempo que se puso de manifiesto que el derecho constitucional, como norma y como la disciplina científica que la estudia, no puede en puridad calificarse de rama del Derecho Público, pues es lo cierto que la dogmática jurídico-constitucional debe impregnar hoy el entendimiento de cualquier tipo de relación jurídica. Es por ello por lo que, entre nosotros, el profesor Rodrigo Fernández Carvajal calificó en su día el derecho de la Constitución como el nuevo derecho común, o, mejor, en expresión que Baldo reservara para el *ius gentium*, comunísimo. Esta calificación, acertada como pocas, puso entonces

de manifiesto la necesidad de que los juristas españoles –de modo especial los constitucionalistas, pero en modo alguno sólo nosotros– abordáramos el estudio de la incidencia del derecho constitucional en todas las ramas del ordenamiento. Si para el aforismo clásico allí donde había sociedad había también Derecho, en nuestra época de la Constitución normativa esto significa que allí donde hay Derecho debe haber también Constitución: *ubi ius, ibi constitutionem*. El carácter fundamental de la norma constitucional se manifiesta, desde esta perspectiva, en su naturaleza capilar, que no sólo consigue de este modo *constitucionalizar* el ordenamiento entero, sino que, además, difumina la siempre disputada distinción entre derecho público y derecho privado, pues obliga a afirmar que, aún admitiéndola, las categorías constitucionales son igualmente aplicables a ambos.

Este «desbordamiento» del derecho público por el derecho constitucional –con importantísimas consecuencias jurídicas, entre ellas todo lo relacionado con la «drittwirkung» o eficacia entre particulares de los derechos fundamentales constitucionales– se ve acompañada en la actualidad, como digo, de un proceso paralelo en el cual la Constitución «desborda» también los límites que inicialmente tenía en el Estado.

Es en este contexto en el que, el que es sin duda el más ilustre de entre los constitucionalistas europeos vivos, el alemán Peter Häberle, ha formulado su tesis del derecho constitucional común europeo, un derecho constitucional que se desenvuelve no en un Estado, sino en un «espacio público» europeo. Un espacio igualmente constitucional, en el que la Constitución como concepto cultural no necesita la preexistencia de un Estado europeo al que *constitucionalizar*. Ha sido glosando esta idea que el profesor italiano Gustavo Zagrebelsky, catedrático de Turín y hoy Presidente de la Corte Constitucional italiana, ha podido afirmar que «la noción de Häberle de «Estado Constitucional» cae mucho más sobre el adjetivo que sobre el sustantivo».

En definitiva, no se trata ya de constitucionalizar el Estado sino de constitucionalizar cualquier manifestación de poder político, adopte o no la forma estatal. Esta es, por lo demás, la idea que se encuentra en el origen de la tesis del «patriotismo constitucional» formulada por Jürgen Habermas precisamente como receta europeísta contra todo tipo de nacionalismo, que tan difundida y controvertida aplicación ha tenido en la política reciente de nuestro país.

En la Unión Europea, más Constitución no quiere decir, necesariamente, más Estado.

EL HETERODOXO «PROCESO CONSTITUYENTE» EUROPEO

Nuestra segunda cuestión esconde, en realidad, como casi todas las cuestiones procesales, una importante carga de sustantividad. Desde los comienzos del constitucionalismo la doctrina ha insistido en que una auténtica Constitución

sólo puede merecer este nombre si se origina de una determinada manera. Su proceso de elaboración condicionará inevitablemente no sólo su contenido, como es obvio, sino también su rango y su naturaleza. Sólo el titular del «poder constituyente» puede aprobar Constituciones y ningún proceso de mutación o cambio puede hacer que se transforme en norma constitucional la que no ha sido proclamada como tal desde el principio. Sólo hay un modo de que una norma adquiera rango constitucional: *ab origine*, desde el primer momento.

En el contexto de la Unión Europea, esta tesis ha servido durante los últimos años para matizar con sentido crítico las afirmaciones, no infrecuentes, del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de que los Tratados comunitarios eran la «Constitución de la Comunidad», y la consecuente consideración que el mismo Tribunal hacía de su propio trabajo como el característico de un «Tribunal Constitucional».

Frente a esta concepción, podríamos llamar «evolucionista» de la idea de Constitución, un importante sector de nuestra doctrina ha venido esgrimiendo una tesis sintetizada en pocas palabras por una afamada politóloga norteamericana, Hanna Pitkin: «*Constitutions are made, not found*», y que podríamos traducir como que las Constituciones hay que hacerlas y hacerlas expresamente, no aparecen por evolución o generación espontánea de otro tipo de normas. En palabras del profesor Luis María Díez Picazo, «para obtener [una Constitución Europea] no basta con invocarla ni favorecer una evolución integradora. Antes o después es necesario un acto de voluntad». El «déficit de constitución» en la Unión Europea era un déficit no de una norma con ese nombre, sino de una norma de esa naturaleza.

Sólo con la Declaración que puso fin a la cumbre europea de Laeken (Bélgica), los días 14 y 15 de diciembre de 2001, se dieron los primeros pasos para este «acto de voluntad constituyente». El Consejo europeo, como se sabe, ordenó encomendar a una Convención, compuesta por representantes de las instituciones de la Unión, de los gobiernos y de los parlamentos de los Estados miembros, formular una serie de propuestas sobre algunas cuestiones clave para el futuro. Entre ellas, la Convención debía encontrar una respuesta a la pregunta de si la necesaria simplificación y reorganización de los Tratados comunitarios no deberían preparar el terreno para la adopción de un texto constitucional. Al final, como se sabe, los trabajos de la Convención culminaron en la elaboración del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, presentado primero al Consejo reunido en Tesalónica el 20 de junio pasado y finalmente a la Presidencia italiana para su debate en la conferencia intergubernamental de diciembre a la que ya he hecho referencia.

Desde la formación de la Convención, contábamos ya pues con un expreso «acto de voluntad constituyente». A partir de ese momento, la cuestión procesal se ha suscitado en relación con el *iter* que se ha seguido en la elaboración del Proyecto: el primero, la aparente falta de un sujeto del poder constituyente

en la Unión; el segundo, la patente falta de ortodoxia a la hora de diseñar las distintas fases del debate.

Con respecto a lo primero, forzoso es reconocer que no existe un «demos» europeo, un pueblo europeo titular de la soberanía al que atribuir el poder originario para elaborar una Constitución. Parece claro, en principio, que la titularidad de ese poder constituyente no puede atribuirse a un «demos» europeo que no existe como tal. De hecho, en la redacción actual del Tratado, del Parlamento Europeo, la única institución comunitaria elegida por sufragio universal, se dice con razón, no que representa al pueblo europeo, sino que «representa a los pueblos de los Estados miembros».

Ahora bien, la ausencia de un «demos» constituyente europeo no debe, a mi juicio, suponer un vicio insalvable en el proceso de constitucionalización de la Unión. No debemos olvidar el carácter en buena medida mítico del concepto: jurídicamente, atribuir a un pueblo soberano la titularidad de un poder constituyente no sometido a límites no deja de ser un ficción, necesaria como son las ficciones en el Derecho, pero cuyo carácter instrumental no conviene nunca perder de vista; además, hablar del «pueblo» como titular del poder constituyente nos suscita inmediatamente la imagen de un «demos» que es causa de una Constitución que se configura pues como su efecto, y que, por lo tanto, debe preexistir, lógica y cronológicamente, a la norma constitucional: si antes no hay «demos» no podrá haber, después Constitución. Esta imagen es falsa: la relación entre pueblo y constitución no se encuentra sometida a esta lógica aristotélica, no es la relación que existe entre una causa (anterior) y su efecto (posterior). Es, por el contrario, una relación dialéctica: la autoría de la Constitución se atribuye al pueblo como poder soberano, pero al mismo tiempo es la propia norma constitucional la que «constituye» a ese pueblo, la que lo configura jurídicamente como poder constituyente. Para, además, someterlo inmediatamente a reglas en el mismo instante en el que la Constitución entra en vigor, rebajándolo, como titular ahora sólo del poder de reforma constitucional, a la categoría de poder constituyente-constituido.

Desde el punto de vista del poder constituyente, lo decisivo, en consecuencia, no es si existe o no, «antes» de la Constitución, un pueblo europeo, sino si la Constitución lo crea o no, lo «constituye» o no. Esta es, en efecto, la cuestión: ¿cómo configura en el Proyecto el sujeto constituyente?, ¿dónde se encuentra el «*We the people*» en el texto aprobado por la Convención?

Según el art. 1 del Proyecto, la Constitución «nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa». La invocación de una «doble legitimidad» para las normas constitucionales –ciudadanos y Estados miembros en este caso, el Rey y las Cortes en nuestra tradición doctrinaria– ha estado históricamente ligada a momentos de transición, y sin duda éste lo es. El proyecto supone, sin duda, un avance con respecto a la situación actual. Basándose en la ya consolidada noción de «ciudadanía europea», presente en el derecho co-

munitario desde las reformas de Maastricht –se habla de los ciudadanos y los Estados *de* Europa, no de los ciudadanos *de los Estados* de Europa–, pero, como se ha puesto de relieve precisamente en la Conferencia Intergubernamental, los Estados, no los ciudadanos, siguen siendo los «señores de la Constitución» del mismo modo que son ahora los «señores de los Tratados». Es éste, sin duda, un escollo importante, aunque no insalvable, de cara a la plena normalización constitucional de la Unión.

Les decía que un segundo aspecto procesal sobre el que se han vertido comentarios críticos ha sido sobre el peculiar *iter* seguido por el proyecto. En efecto, un genuino proceso constituyente debe transcurrir, así se defiende en la doctrina, por una serie de pasos o etapas en buena medida tasadas. Entre ellas, se consideran imprescindibles que el mismo lo inicie un parlamento expresamente elegido para redactar el proyecto de constitución, una «asamblea constituyente»; que ésta elabore un texto sin ningún tipo de ataduras o hipotecas previas, en un clima de debate público y transparencia; que una vez hecho esto se disuelva; y que el texto se someta a ratificación popular, para que se pronuncie el mismo sujeto de la soberanía que la delegó, temporalmente, en la Asamblea.

Pocos de estos requisitos se han cumplido en nuestro caso: aunque la Convención que surgió de la cumbre de Laeken intentó reunir todas las legitimidades posibles, no cabe duda de que sólo con una gran dosis de permisividad pudo ser calificada de «Estados Generales» de Europa: no fue elegida democráticamente, aunque la mayoría de sus integrantes ostentaban un cargo de designación popular, y, además, no fue elegida con el encargo expreso y exclusivo de redactar una Constitución. Además, como se acaba de decir, la aprobación final del proyecto dependía de los Estados miembros, a través de la Conferencia Intergubernamental. Y, por último, el referéndum popular es dispositivo para los Estados, pues cada uno decide en última instancia de qué modo va a manifestar su voluntad de ratificación del proyecto.

A pesar de todo ello, no conviene olvidar el contexto plurinacional en el que este peculiar «proceso constituyente» está teniendo lugar. Si tomamos como marco de referencia, por ejemplo, el modelo federal de los Estados Unidos (y pocos como éste con mayor solera en lo constitucional), vemos en el art. 5 de su Constitución que el «poder constituyente constituido», el poder para enmendar la Constitución, reside tanto en el «pueblo» como en los Estados, pues ambos (el primero representado en el Congreso, o dos tercios de los segundos) pueden ejercer la iniciativa de reforma y sólo estos últimos (voto afirmativo de las tres cuartas partes de los Estados) ostentan el poder de ratificación.

Por lo demás, no hay que ir tan lejos para encontrarnos con Constituciones cuya naturaleza jurídico constitucional nadie pone hoy en duda y que no fueron ni mucho menos el resultado de un proceso constituyente completamente ortodoxo. Recuerdo ahora un caso concreto de una Constitución que fue elaborada por un Parlamento que no fue elegido en absoluto como «asamblea constituyente»

aunque finalmente lo fue *de facto*, cuya debate transcurrió en parte en secreto y que no preveía la disolución obligada de las Cámaras que la aprobaron. A pesar de todo ello, su época de vigencia ha coincidido, hasta ahora, con la de mayor consolidación constitucional en la historia de nuestro país. Me estoy refiriendo a la Constitución Española de 1978.

¿ES EL PROYECTO PRESENTADO POR LA CONVENCIÓN UNA «AUTÉNTICA» CONSTITUCIÓN?

Como dije, creo que nos debemos plantear esta cuestión atendiendo tanto al contenido del Proyecto –es decir, si regula lo que una norma constitucional debe regular– como a su rango, es decir, si puede o no considerarse «norma suprema», pues no otra cosa quiere decir norma constitucional.

Atendiendo, pues, en primer lugar al contenido del proyecto, es necesario, a su vez, comprobar si éste efectivamente «separa» los poderes y garantiza los derechos de los ciudadanos.

Lo primero lo hace el proyecto mediante la incorporación, como parte segunda de la Constitución, de la Carta de Derechos que había sido aprobada en la cumbre de Niza de diciembre de 2000, y que desde entonces, y todavía hoy, se está aplicando como «soft law» comunitario. Creo que la Carta puede ser, efectivamente, un eficaz instrumento de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión. Es cierto que su contenido no se distancia mucho del que encontramos en los textos constitucionales de la mayoría de los Estados miembros, entre ellos el nuestro. Cabe señalar, sin embargo, algunas innovaciones, particularmente en lo que afecta a «nuevos derechos» relacionados con temas como la biomedicina, los nuevos elementos de desigualdad o discriminación o las buenas prácticas administrativas. Además, y éste es uno de los más interesantes activos de la Carta en relación con las tablas recogidas en las constituciones nacionales, se ha evitado expresamente recoger en la misma la distinción entre derechos «liberales» y derechos «sociales» por lo que, en principio, cabe esperar que ambos gocen del mismo estatus una vez aprobada la Constitución. La deficiencia más acusada de la Carta es, sin duda, la ausencia de mecanismos eficaces de protección jurisdiccional de los derechos en ella establecidos. No se añade ningún mecanismo específico ante el Tribunal de Justicia, que, como máximo órgano jurisdiccional de la Unión, deberá, claro es, controlar el respeto por estos derechos, pero a través de los procedimientos generales establecidos en el derecho comunitario.

En cuanto a la separación y control recíproco de los poderes, el proyecto ha respetado, en lo esencial, la fórmula comunitaria del «triálogo» entre Comisión, Consejo de Ministros y Parlamento Europeo, si bien fortaleciendo los poderes legislativo y de control de éste último, perfilando aún más claramente el carácter de la Comisión como «gobierno» comunitario y su responsabilidad ante el Parlamento, y asegurando que, cuando el Consejo de Ministros actúe como órgano

colegislador se someterá a los principios de publicidad y transparencia propios de la tradición parlamentaria europea.

Junto a estas medidas se ha optado por introducir una mayor estabilidad en la presidencia del Consejo y reforzar el papel de la acción exterior mediante la creación de la figura del «Ministro de Asuntos Exteriores» de la Unión.

Ha sido también, como se sabe, una de las medidas adoptadas en esta nueva definición del «mapa de poder» comunitario, la redistribución de los requisitos necesarios para la formación de una mayoría en el Consejo (exigiendo para la mayoría de las decisiones el voto afirmativo de más de la mitad de los Estados siempre que representen a un 60% de la población de la Unión) la que, por suscitar una decidida oposición en algunos Estados miembros que se sienten perjudicados por el nuevo sistema, más directamente deparó el fracaso del proyecto.

Con las modificaciones que sea necesario introducir en el futuro, hay que decir que las normas contempladas por el Proyecto tanto en relación con los derechos fundamentales como en relación con la distribución y el control del poder son, en general, satisfactorias y cumplen, a juicio de quien les habla, los requisitos esenciales para reconocer en el proyecto una auténtica naturaleza constitucional. Es cierto que la «sui generis» organización política comunitaria no es fácilmente incardinable en los modelos clásicos de formas de gobierno que conocemos y que se dan en los Estados miembros (presidencial, parlamentaria, semiparlamentaria, etc.). Pero el espíritu que anima a éstos (distribuir las funciones y poderes propios de una organización política entre diversos órganos y diseñar los mecanismos por los que éstos se controlan entre sí) es fácilmente perceptible en el diseño propuesto por la Convención.

Cuestión más difícil de resolver es la relacionada con la naturaleza, constitucional o no, del proyecto, en función del rango normativo que el mismo tiene o pueda en el futuro alcanzar. Si nos fijamos en su propia denominación encontraremos rápidamente el problema al que estoy haciendo referencia: el proyecto lleva por título «*Tratado* por el que se instituye una *Constitución* para Europa». *Ergo*, ¿es un tratado o una Constitución? La diferencia entre una y otra norma jurídica no es sólo, como no escapa a ninguno de los presentes, de un mero *nomen iuris*. Un tratado no puede, ni siquiera un tratado de atribución de competencias derivadas de la Constitución, imponerse a la norma constitucional nacional, como dejó bien claro nuestro propio Tribunal Constitucional en su declaración previa a la ratificación del Tratado de Maastricht.

Si la Constitución Europea aspira a ser considerada como «norma suprema» en los Estados miembros no puede ser aprobada como un simple tratado internacional. Es cierto que, hasta ahora, la Unión ha conseguido hacer viable el principio de primacía comunitaria mediante un derecho originario aprobado como tratado internacional. Pero la plena «constitucionalización» de Europa exige no sólo la *primacía* del derecho comunitario –es decir, su prevalencia en

cuanto norma reguladora de las competencias que se le han delegado— sino la *supremacía* del derecho de la Unión, es decir, la nulidad de cualquier norma interna, incluso de carácter constitucional, que se le oponga. Y, viceversa, no es posible que una norma que no sea aceptada como norma suprema por todos los Estados miembros pueda desempeñar las funciones propias de una norma constitucional.

Ahora bien, a pesar de su, por ahora, inmerecido nombre, que la Constitución Europea sea tan sólo un Tratado no significa que no pueda llegar a adquirir en su día caracteres constitucionales. Creo que sólo desde un formalismo exagerado puede negarse completamente la posibilidad de que el Proyecto pueda llegar a adquirir en el futuro próximo valor jurídicamente vinculante como norma constitucional. No faltan ejemplos en la historia jurídica contemporánea, como han puesto de relieve estudios hoy ya clásicos, como el de Stein, dentro del propio derecho comunitario, o el de Cortner, sobre la *Bill of Rights* norteamericana, de normas que llegaron a adquirir un valor distinto del que le correspondía por su posición en el sistema formal de fuentes: el valor que les deparó, con el tiempo, el diálogo (permítanme que me remita de nuevo a Peter Häberle) entre sus destinatarios y sus aplicadores.

FINAL

El proceso de constitucionalización de Europa se encuentra pues, abierto. Muy probablemente seremos en el inmediato futuro testigos de su desarrollo.

¿En qué momento del camino nos encontramos ahora? Permítanme que, para finalizar, exprese mis ideas a este respecto con palabras pronunciadas, en un contexto muy diferente, por Winston Churchill. Es sabido que Churchill, en su época de primer ministro británico durante la segunda guerra mundial, pronunciaba frecuentes alocuciones radiofónicas dirigidas a sus conciudadanos. El día después de la victoria aliada sobre las tropas del general Rommel en África, se dirigió a ellos diciendo, más o menos, lo siguiente: «Compatriotas. En el día de ayer, las tropas aliadas lograron infligir un grave daño al enemigo, incidiendo notablemente en el devenir de la guerra». Y añadió: «éste no es el *final* de la guerra; ni siquiera hemos llegado al *principio del final*. Pero supone un avance muy importante en la derrota del fascismo: es el *final del principio*».

A mi juicio, ahí es donde estamos ahora los europeos: en el *final del principio* de la construcción de una Europa constitucionalizada. El resto del camino promete ser tan apasionante como el que hemos andado hasta aquí.

Muchas gracias por su atención.