

## ¿TIENEN ESPAÑA Y EUROPA UNA CONSTITUCIÓN?

PETER HÄBERLE\*

Traducido del alemán por MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

### SUMARIO:

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE: CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN, COMPRENSIONES DE LA CONSTITUCIÓN, CONTENIDOS DE LA CONSTITUCIÓN —EL MARCO TEÓRICO, EL ACERCAMIENTO CIENTÍFICO-CULTURAL—

1. UNA CUESTIÓN PREVIA CIENTÍFICO-CULTURAL
2. CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN —«EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN MIXTO»—
3. LA PLURALIDAD DE CONTENIDOS, TEMAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

SEGUNDA PARTE: 25 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: UNA HISTORIA DE ÉXITO EN EUROPA

1. EL TEXTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL ENTRE LA RECEPCIÓN CREATIVA Y LA INNOVACIÓN CONGENIAL

INCISO: ¿UN ARTÍCULO SOBRE EUROPA PARA LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA?

TERCERA PARTE: ¿TIENE EUROPA UNA CONSTITUCIÓN?

1. LA «VIEJA» COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA Y LA POSTERIOR UNIÓN EUROPEA/COMUNIDAD EUROPEA
2. LA NUEVA UE/CE
3. CONTENIDOS CONSTITUCIONALES EN EL NIVEL DE LA UNIÓN EUROPEA

CUARTA PARTE: UNA RESPUESTA: ESPAÑA Y EUROPA TIENE EN COMÚN UNA CONSTITUCIÓN («LA COMUNIDAD CONSTITUCIONAL» EUROPEA/ESPAÑOLA)

1. LA TESIS FUNDAMENTAL

\* Catedrático emérito de Derecho Público. Universidades de Bayreuth (Alemania) y St.Gallen (Suiza).

Este trabajo fue publicado por la Fundación El Monte en 2004. Agradecemos la autorización de la Fundación para incorporarlo a este número de la Revista en homenaje al profesor Häberle.

2. EUROPA COMO COMUNIDAD JURÍDICA —LA EUROPA DE LOS JURISTAS— LA RESPONSABILIDAD DE LAS COMUNIDADES CIENTÍFICAS NACIONALES Y COMÚN EUROPEAS
3. RESUMEN

## INTRODUCCIÓN

Los 25 años de la Constitución española no son meramente una ocasión festiva para España, también son razón para que el espacio público europeo en conjunto se alegre del «retorno de España» a Europa. Honrar a la «España europea», así como T. Mann, bien temprano, promovió la «Alemania europea», es para un jurista alemán una fortuna especial, siendo además motivo de gran agradecimiento poder hablar sobre el tema propuesto en Granada, esto es, en Andalucía. Dos modelos nos pueden inspirar: por un lado la gran figura de Alexander von Humboldt, a quién alguien calificó como «el secreto ministro de la cultura europea»; por otro lado, la Constitución de Cádiz (1812) que desde hace mucho se ha convertido en un texto clásico de la historia constitucional europea (quizás habría de reforzarse el recuerdo de la Segunda República española y con ella, el recuerdo de M. Azaña).

El hecho de que España sea cada vez más consciente de sus raíces, que surgen de un patrimonio multicultural ibérico, romano, cristiano, judío y árabe/musulmán, le hace disponer de un inmenso marco plural y eficaz para el consenso fundamental y el conflicto, para la pluralidad y la homogeneidad, a saber, su Constitución de 25 años. No sólo han probado su eficacia la democracia pluralista, los derechos fundamentales, la monarquía constitucional, el Tribunal Constitucional en Madrid (sobre todo el recurso de amparo) y las Comunidades Autónomas con su pluralidad regional, al margen de las heridas abiertas del País Vasco, sino que también la función de puente hacia Latinoamérica (donde muchos encontraron asilo durante el tiempo de Franco) es una valiosa «dote» para Europa, que la ha de aprovechar en su difícil y paulatino proceso de constitucionalización. Así como el Premio Cervantes es un pilar del puente lingüístico y cultural hacia toda Latinoamérica, del mismo modo el premio Príncipe de Asturias es una especie «de premio europeo»; es parte del espacio público europeo del arte y la ciencia, del derecho constitucional nacional y europeo.

Alemania, desde el punto de vista artístico y científico, mira a España con agrado y agradecimiento, e indaga sobre su «identidad nacional», no sólo en virtud de su «siglo de oro», sino también merced a Lorca, Picasso, Miro y Dalí, Falla y Buñuel, y también gracias a la comunidad científica española que se ocupa del Estado constitucional, y del derecho constitucional europeo. La nueva y fructífera escuela jurídica de Granada nos remonta al desiderátum de una «nueva escuela de Salamanca», que hoy sería indispensable para el desarrollo del derecho internacional. El «mundo del Estado constitucional» se debe en parte a las Naciones Unidas y su defensa de los derechos humanos y los derechos de las minorías, en parte a los nuevos fundamentos del mandato en favor de la paz, así como al Tribunal Penal Internacional, que ha reforzado el derecho internacional como derecho de la humanidad: lo «interior» y lo «exterior» crecen juntos, la soberanía es relativa. La guerra de Irak, especialmente criticada en España en relación con la posición del Gobierno de Aznar, aparentemente contraria a la opinión de su pueblo, ha puesto todas estas preguntas en la palestra. Durante 25 años el marco constitucional ha excluido estos conflictos, e incluso una revisión, que ahora comienza, del tiempo de Franco. Ahora bien, ¿cómo están conectadas la vigente Constitución española y la «naciente Constitución» europea?

## **PRIMERA PARTE: CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN, COMPRENSIONES DE LA CONSTITUCIÓN, CONTENIDOS DE LA CONSTITUCIÓN —EL MARCO TEÓRICO, EL ACERCAMIENTO CIENTÍFICO-CULTURAL—**

### **1. UNA CUESTIÓN PREVIA CIENTÍFICO-CULTURAL**

El tema exige reflexiones sobre qué es una Constitución (nacional, europea), qué función realiza, cómo se debe «comprender». Pero, antes, se presenta una pregunta previa: ¿por qué tiene hoy la idea de «Constitución» una legitimidad tan alta en casi todo el mundo y en todos los procesos de recepción y producción?, ¿por qué provoca en casi todas las personas tanta confianza (¿ilimitada?)?, ¿qué hay detrás de este «optimismo constitucional», ¿no luchan casi todos los Estados por una Constitución escrita,

sean Estados grandes o pequeños, del este o del oeste, del norte o del sur? Incluso los Estados islámicos «de derecho divino» se dan una Constitución (desde hace poco existe un proyecto en Somalia); incluso en el derecho internacional se habla parcial o totalmente de «Constituciones» (también en el derecho europeo gracias al TEDH), y ya con Verdross (1926), la «constitucionalización» se había convertido en una palabra clave.

Probablemente reside en la perspectiva científico-cultural la razón para reputar, e incluso popularizar, la Constitución en su analogía con la naturaleza escrita de las tres religiones monoteístas del libro. A ello se une la contribución histórico-espiritual de la hermenéutica, el alto valor de la «interpretación» como elemento y fermento protestante. Los ciudadanos, los grupos y la comunidad en conjunto se pueden reencontrar en la Constitución y en sus valores orientadores; la Constitución combina el recuerdo del patrimonio cultural y su profunda fuerza identificadora con la esperanza en el futuro y un quantum irrenunciable de utopía propio al Estado constitucional, como ocurrió con la reunificación alemana y ocurre hoy con Europa. De ahí la fuerza expresiva del clásico texto de Goethe/Heller: la Constitución es «una forma acuñada, que se desarrolla vitalmente». Las Constituciones han organizado instrumentos y procedimientos específicos para capturar el «tiempo»: sus «procesos de crecimiento» se ejecutan ya sea en la reforma total, en la parcial, en las enmiendas o en la prospectiva del voto particular emitido por el juez constitucional. Pero también hay formas sutiles para los efectos del tiempo: pensemos en el llamado «cambio constitucional» y en el *obiter dictum*.

Sobre todo, la referencia científico-cultural de la Constitución es la clave de su «exitosa historia» regional y universal: la dimensión cultural de la Constitución se manifiesta de la mano del preámbulo, de las libertades culturales, de los bienes jurídicos culturales, de la garantía del día de descanso, del régimen constitucional de la religión, de la protección de las minorías culturales y de las otras formas de manifestación del derecho constitucional de la cultura y, cómo no, también a la luz de los objetivos de la educación escolar: por ejemplo, la democracia, el respeto a la dignidad humana y la tolerancia. Ejemplos al respecto encontramos desde Bayer a México, de Guatemala a Perú (¡los derechos fundamentales como objetivo educativo!), o en los nuevos «Bundesländern» (también la cuestión del

medio ambiente). Últimamente, el nuevo proyecto constitucional del Perú de 2002 nos ofrece variados textos y contextos culturales (por ejemplo, el preámbulo, el catálogo de principios o los artículos 7, 8, 9, 20). La reputación y la capacidad de transformación de una Constitución se muestran igualmente en otras Constituciones como la polaca, la sudafricana o las suizas (la federal y la cantonal). En definitiva, todos estos países cobran la identidad cultural esencialmente de sus Constituciones. Sin excepción, en todos estos nuevos textos se impone la «primacía de la Constitución».

En esta perspectiva, las Constituciones no son sólo textos «positivos», jurídicos, textos constitucionales en sentido estricto. Los textos constitucionales están además «contextualizados» en la extensión y en la profundidad del tiempo y el espacio, de ahí que los llamados «textos clásicos» sean textos constitucionales en sentido amplio; me refiero a pensadores como Aristoteles, Montesquieu, y I. Kant, actualmente J. Rawls y H. Jonas. Podemos leer muchas Constituciones «con los ojos» de estos viejos y nuevos clásicos. Y esto vale también para lo dispuesto en el art. 16 de la Declaración francesa de 1789: una sociedad que no garantiza ni los derechos ni la división de poderes no tiene Constitución. Y respecto al texto de 1792: una Constitución que no es aceptada por el Pueblo no es una Constitución. ¿Qué significa esto para la «Constitución europea»? Y: ¿quién «da» una Constitución: el ciudadano, el Pueblo? ¿O un ente trascendente? («*invocatio dei*» como en Sudáfrica o en Suiza).

Si este primer acercamiento cultural a la comprensión de la Constitución sólo puede ser abstracto y en trazos gruesos, la imagen se concreta y gana colorido tan pronto como se observan, sobre todo en Alemania, las controversias sobre los distintos conceptos constitucionales. Cómo, por quién y de que modo una Constitución se realiza en la vida cotidiana, no es sólo una cuestión festiva.

## 2. CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN —«EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN MIXTO»—

La cuestión sobre si Europa y España tienen una Constitución depende de las concepciones constitucionales que se apliquen como criterios

orientadores. Es un mérito de la teoría del Estado alemana que, desde el punto de vista de la comparación europea, bien pronto y con gran riqueza haya desarrollado teorías relevantes. Ejemplos especialmente significativos son las expresiones que hablan de la Constitución como «impulso y límite» (R. Smend), como «norma y función» (U. Scheuner) y como «orden jurídico fundamental del Estado» (según el suizo W. Kägi) y como «límite del poder y garantía de un proceso vital libre y abierto» (H. Ehmke). Sin embargo, una desventaja común a estas y otras teorías constitucionales es que han dado naturaleza absoluta a lo que son meramente aspectos parciales de la Constitución. En realidad, la Constitución es un «ensamble mixto» de muchas concepciones: sea por su pluralidad de ámbitos y grupos de artículos, sea por las diversas posiciones que ha ocupado en el curso de la historia de una concreta comunidad política. No se puede afirmar «de una vez y para siempre» qué es una Constitución; aquello que puede y debe realizar una Constitución depende de la historia de desarrollo del tipo Estado constitucional y del país concreto. Algo que, por otro lado, rige tanto en el nivel nacional como en el europeo.

De acuerdo con lo dicho se pueden distinguir diversas «funciones»: la Constitución autoriza el poder y al mismo tiempo lo limita. La «creación de órganos constitucionales» como los Parlamentos, los Gobiernos y los Tribunales Constitucionales y la atribución a estos mismos de determinadas funciones, es una tarea de la Constitución (función de organización). Hay tanto Estado como la Constitución constituye, no hay (ni en Europa ni en España) un poder estatal preconstitucional, como le gustaba reivindicar al (último) absolutismo. La «división del poder» horizontal y vertical es una tarea central en la Constitución del pluralismo. Mientras la división horizontal del poder es desde Montesquieu casi universal, la división vertical del poder la encontramos en diversas formas: sea en el clásico federalismo (desde los «Federalist Papers» de los Estados Unidos), sea en el reciente crecimiento del regionalismo a partir de Estados centrales (Gran Bretaña y su «devolution», Francia), en el que España es un ejemplo clásico. La «autorización del poder y su limitación» ocupa un lugar primordial en la parte orgánico-institucional de una Constitución, pero también conforma muchos artículos referidos a los derechos fundamentales. En el clásico «status negativus» se trata de la limitación del poder estatal, sin em-

bargo, en los nuevos textos de derechos fundamentales se encuentran a menudo otras figuras y funciones: la objetiva y prestante, y la dimensión social de los derechos fundamentales que atribuye al Estado constitucional determinados instrumentos para la configuración activa de los derechos fundamentales. Cláusulas de «realización» de los derechos fundamentales como en el art. 9.2 de la Constitución española, o cláusulas de «desarrollo» de los derechos fundamentales como en el párrafo 10 de la Constitución de Estonia (1992) o en el proyecto constitucional del Perú (art. 53 de 2002) exigen la acción del Estado constitucional, autorizan el ejercicio del poder al mismo tiempo que lo legitiman, algo que en general resulta de la organización de la democracia. Con ello se sitúan en el horizonte la función de «organización (y de «estabilización), las funciones de «legitimación», «limitación» y «protección», siendo esta última especialmente visible en la figura de «los deberes de protección» creada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, así como en la conformación de la protección de la minoría o del medio ambiente. Una palabra sobre la función de orientación de las Constituciones: sus valores fundamentales se hallan en los artículos culturales, especialmente en el preámbulo, en los principios, en las cláusulas referidas al patrimonio cultural, así como en los objetivos educativos. La «función de espacio público», equilibrada a través de la protección de la privacidad mediante los derechos fundamentales, aparece en muchos artículos referidos a la publicidad (desde la naturaleza pública de los partidos hasta a la publicidad del Parlamento o de la ley). De ahí que recientemente la transparencia se haya convertido en un concepto clave. Cierro así provisionalmente el canon —abierto— de las concretas funciones constitucionales, a partir de las cuales se pueden ordenar los distintos grupos de artículos. La «pluralidad de funciones» de las Constituciones debería estar abierta en el tiempo a los nuevos desarrollos, de modo que recogiera toda la lista de temas constitucionales materiales. Y ha de ser así tanto para las Constituciones nacionales, como la española, como igualmente en la perspectiva europea. Las funciones y los correspondientes temas de una Constitución se muestran tanto a nivel nacional como a nivel europeo.

### 3. LA PLURALIDAD DE CONTENIDOS, TEMAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

#### 3.1. Inventario

Los conceptos constitucionales mencionados se deben probar mediante ejemplos prácticos, y al revés, el material constitucional que comparamos en el tiempo y en el espacio sólo se puede comprender a la luz de ciertas teorías. Esta mirada que camina hacia adelante y hacia atrás aquí sólo la podré realizar en medida moderada. Deben bastar algunas palabras claves para desvelar en los textos constitucionales (así como en las normas no escritas y en la jurisprudencia) el Estado constitucional «típico» del actual estadio de desarrollo. Para ello debemos partir de la forma, la configuración y el contenido que una Constitución da a una nación. En un paso posterior podemos preguntarnos en qué medida, la paleta de temas del Estado constitucional nacional encuentra una correspondencia total o parcial en el nivel europeo.

De antemano, podemos encontrar, sobre todo en los preámbulos, una referencia a Dios, aunque no es necesaria que sea «textualizada». En una comparación de rango mundial hallamos en parte la clásica «*invocatio dei*», y en parte otras formulas, por ejemplo la cláusula de responsabilidad ante Dios. A menudo los artículos sobre la dignidad humana abren las nuevas Constituciones. La tarea de protección de la dignidad humana y de los derechos humanos se convierte en la «base general» de los catálogos detallados de derechos fundamentales que le siguen. Los preámbulos, en su condición de introducciones solemnes y cercanas a los ciudadanos, como texto anticipado y concentrado de la Constitución, en términos culturales comparables a la «ambientación» de una obertura o un prólogo, son un medio estilístico a menudo practicado, pero no de presencia obligatoria en la Constitución del Estado constitucional. Sin embargo, su típico tratamiento del pasado, su bosquejo de las esperanzas de futuro, a las cuales también pertenecen las utopías, son un standard normal del poder constituyente contemporáneo. A menudo, sus secciones nos conducen a principios, como los valores fundamentales de libertad y democracia, pero también a objetivos estatales como los diseñados por la unidad europea o latinoamericana.

Los derechos fundamentales (y a veces los deberes fundamentales) son, en toda la variedad de sus temas y dimensiones un parte ulterior e irrenunciable de las Constituciones (a veces ligadas a la nacionalidad). En parte se formulan como derechos subjetivos, en parte como principios (la familia, la propiedad), ora como derechos de prestación (el derecho a un mínimo económico existencial), ora como mandato de protección o «deber de protección» (como ha afirmado el Tribunal Constitucional alemán desde la decisión E 39, 1 (42 y sigs.)). Abarcan siempre nuevos ámbitos, por ejemplo el derecho a la identidad cultural, la protección de las minorías, de la tercera edad, de los discapacitados o de la infancia, y ofrecen un amplio material ilustrativo sobre la tesis del «desarrollo abierto de los derechos fundamentales» en el Estado constitucional, y no sólo allí donde el constituyente ha mencionado expresamente cláusulas de desarrollo de los derechos fundamentales. Los artículos que recogen valores fundamentales y principios fundamentales son otra parte, ni mucho menos extraña, de la Constitución, a menudo vinculados a los preámbulos. Baste mencionar la justicia social, el mandato de «solidaridad», el pluralismo político, la sociedad abierta, la paz, la primacía de la Constitución o la democracia pluralista. La rica variedad de artículos sobre la democracia (a menudo emparejado al artículo sobre los partidos) constituyen un elemento irrenunciable del Estado constitucional, algo que también vale para la división vertical y horizontal del poder unida a su realización a través de los órganos estatales o el estado de necesidad. Los objetivos constitucionales y estatales enriquecen los nuevos textos con especial fuerza. En este sentido se han de mencionar los campos de la economía y de lo social («economía social de mercado»), la cultura y el medio ambiente. Otra categoría constitucional común, la constituyen los objetivos constitucionales explícitos (con palabras claves: derechos humanos como objetivo educativo, tolerancia o protección del medio ambiente). Finalmente, como temas preferentes de las Constituciones se han de mencionar la judicatura, particularmente la jurisdicción constitucional, el procedimiento de revisión constitucional, incluso el poder constituyente (por ejemplo en Suiza) y los artículos sobre Europa. Como categoría propia encontramos a menudo las disposiciones transitorias y finales, que no se han de minusvalorar. Otros puntos a tener en cuenta son el federalismo, el regionalismo u otras formas más débiles

de descentralización, cláusulas sobre el territorio del Estado, catálogos de tareas estatales, así como los artículos sobre las relaciones internacionales (mandato de paz, cláusula de homogeneidad y solidaridad, delitos bélicos). Considero que este inventario es sumario pero suficientemente expresivo. Por un lado encontramos temas clásicos del derecho constitucional, y por otro se abre la paleta de temas en el tiempo, como por ejemplo con los nuevos instrumentos para la protección de las generaciones venideras.

### 3.2. Resultado provisional

Esta somera ojeada sobre los textos constitucionales permite reconocer un rico ensamble que no se puede reducir a una sola estructura y que contiene muchos standard comunes. Junto a la pluralidad de variantes nacionales se encuentra la pluralidad de temas constitucionales «clásicos», «neoclásicos» o completamente novedosos. Su verdadero significado se abre a menudo sólo a partir de su contexto cultural que funciona como trasfondo. Y es posible reconocer los muchos efectos del paradigma textual en el tiempo y en el espacio nacional, regional (europeo y latinoamericano) y universal. Algunos de los ejemplos de los textos han sido ya mencionados en las secciones sobre los distintos conceptos constitucionales. Por lo demás, se ha desglosado estructuralmente tanto material teórico, que ahora vemos más cerca la claridad de la pregunta: ¿tienen España y Europa una Constitución? Ya reconocemos entre ambos «círculos constitucionales» —el nacional y el europeo— paralelismos, analogías, intersecciones, concurrencias y osmosis. Si invocamos por un lado los textos de la Unión y de la Comunidad Europea junto a la Carta de los derechos fundamentales (2000) y el proyecto de Tesalónica (2003) y, por otro lado, la Constitución española de veinticinco años, se impone ya la imagen de la «simbiosis constitucional». Más tarde trataré esta «partición de las Constituciones» y sus consecuencias, esto es, sobre la recepción de teorías constitucionales en el nivel europeo.

## **SEGUNDA PARTE: 25 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: UNA HISTORIA DE ÉXITO EN EUROPA**

### **1. EL TEXTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL ENTRE LA RECEPCIÓN CREATIVA Y LA INNOVACIÓN CONGENIAL**

#### **1.1. El texto de los derechos fundamentales, en especial las cláusulas relativas a la realización efectiva de los derechos fundamentales, el contenido esencial, conformidad con los derechos humanos, apertura internacional, derechos fundamentales culturales y sociales, el régimen constitucional de la pluralidad en los medios**

En toda Europa, actualmente en todo el mundo, se hallan procesos intensivos y extensivos de desarrollo de los catálogos de derechos fundamentales. Las nuevas Constituciones actualizan los derechos fundamentales clásicos, conectan los derechos de defensa con las estructuras de prestación incluyendo el «status activus processualis», y al mismo tiempo reciben los sólidos estándar europeos relativos a los derechos, como ocurre, por ejemplo, con la cláusula del Habeas corpus. Los textos, las teorías y la jurisprudencia forman una espesa ligazón que fomenta la vigencia de los derechos fundamentales. En el fondo, se puede observar una especie de «tarea común para optimizar la defensa de los derechos fundamentales», sobre todo en Europa, que cuenta con dos tribunales constitucionales europeos, el Tribunal de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos. Todo esto prueba el paradigma textual: aquello avanzado en el contexto de una ciencia y práctica constitucional más antigua, se decanta en las nuevas Constituciones como un texto constitucional concluyente. La propia España ha trasladado creativamente principios, textos y conceptos, que habían sido desarrollados en Estados constitucionales más antiguos como Italia y Alemania. La innovación y la recepción mantienen el equilibrio, algo especialmente válido para los derechos fundamentales.

A continuación sólo es posible realizar una selección. Se considerarán algunos conceptos claves de la «teoría general de los derechos fundamentales», y unas pocas de las garantías especiales, como por ejemplo la estructura plural de los medios de comunicación.

La cláusula de realización efectiva de los derechos fundamentales prevista en el art. 9.2, tiene su modelo en el art. 3.2 de la Constitución italiana (1947), que también trata de la libertad real y de la tendencia en favor de estructuras de prestación. España ha logrado una mejora, no solamente en el texto, sino también en el contenido. Lo mismo ocurre en el caso del mandato de conformidad previsto en el art. 10.2, en el que se documenta la apertura del Estado constitucional español a la universalidad de los derechos humanos y se conceptúa una pieza del «Estado constitucional cooperativo». La misma tendencia marca la generosidad con el disfrute por parte de los extranjeros de los derechos fundamentales (art. 13.1). Cuando el art. 11.3 construye especiales puentes con los países de Iberoamérica por la vía de la doble nacionalidad, nos encontramos con un logro pionero y una afortunada relativización de la tradicional exclusividad de la nacionalidad —el concepto de «nacionalidad» en el marco de una teoría constitucional comparatista debe ser eliminado urgentemente, pues el ciudadano no pertenece a la nación; en Europa especialmente, la Unión Europea extiende la ciudadanía de la Unión en un sentido similar. La cláusula del contenido esencial del art. 53.1, por un lado recepciona la garantía clásica del art. 19.2 de la Ley Fundamental, y de otro lado abre el camino a la regulación (conformación) legislativa de los derechos fundamentales. Desde 1978, sin duda, la protección del contenido esencial se ha refinado, sobre todo en Suiza: con la mención de ejemplos y la inclusión del principio de proporcionalidad (art. 28 Constitución de Berna, de 1993). En el Este de Europa existe una pluralidad de «imágenes gemelas» del art. 19.2 de la Ley Fundamental y del art. 53.1 de la Constitución española, de ahí que se le pudiera aconsejar a la praxis española que se dedicara, en el campo de la comparación jurídica, a aquellos lugares donde se hallan muestras más refinadas. En general, hay un tesoro del derecho común europeo en los elementos del contenido esencial de los derechos fundamentales.

En el ámbito de la protección formal de los derechos fundamentales encontramos junto al recurso de amparo (art. 53.2, art. 161.1) un ejemplo de protección en sentido amplio, el Defensor del Pueblo, art. 54. Aquí también la Constitución española se ha colado en el «taller» europeo de los derechos fundamentales. El Ombudsmann primero en Escandinavia y tras la caída del muro en el Este de Europa, se ha convertido en un instrumento muy apreciado.

Una mención especial merece la estructura pluralista de la regulación constitucional de los medios en el art. 20.3, que ha sido redactado bajo el espíritu de la relevante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán —que cuenta hasta ahora con nueve decisiones al respecto—. El constituyente español ha trasladado a la claridad del texto lo que en Alemania se había elaborado anteriormente con una jurisprudencia pretoriana, y que más tarde también sería «copiado» en Alemania (por ejemplo, en el art. 111 a, tras la reforma de la Constitución de Bayern en 1984). La necesidad de un espacio público plural de dimensión europea cobra gran actualidad, como nos muestra el irritante caso Berlusconi.

Mención especial merecen también los derechos fundamentales culturales y sociales. Aquí es digno de mención cómo el derecho a la personalidad ha asegurado un objetivo educacional a través del «soft law» (en el contexto del derecho a la educación: art. 27.2). Los «derechos fundamentales como objetivos educativos» es un concepto clave en el Estado constitucional democrático. El art. 22.3 de la Constitución del Perú (1979) y el art. 72 de la Constitución de Guatemala (1985) hace ya tiempo que nos ofrecen un ejemplo en este sentido. Entre los derechos sociales llaman la atención el derecho a la salud (art. 43) y también el derecho al medio ambiente (art. 45.1). Estos temas están especialmente desarrollados en las Constituciones del Este de Europa, por ejemplo en Polonia. Y lo mismo se puede decir del derecho al disfrute de una vivienda adecuada (art. 47). Lo que en muchas ocasiones aparece solamente como un fin estatal, en España ha encontrado una formulación de derechos fundamentales, algo que puede convertirla en un elemento de apoyo hacia el Este de Europa. La cláusula referida al patrimonio en el art. 46 es modélica y debería ser igualmente un «bien de exportación» en dirección a los países en desarrollo y a las nuevas Constituciones.

Cuando el art. 38 reconoce «la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado», la Constitución española ha superado incluso a la Ley fundamental. Ésta, ni ha reconocido expresamente la libertad de empresa, ni ha garantizado la exitosa «economía (social) de mercado». España ha trasladado a un expresivo texto, lo que en Alemania había crecido en la realidad constitucional desde la Ley Fundamental —otra prueba del paradigma textual—.

## 1.2. Las Comunidades Autónomas («Regionalismo», «Federalismo»), el modelo español

España, con su vivo sistema autonómico ha elaborado un modelo que ilumina a muchos otros países e incluso debería ser «copiado» más a menudo. Ciertamente, tampoco España comenzó de la «nada». Al margen de su historia, los padres de la Constitución pudieron partir del modelo italiano de 1947. También, algunos elementos federales recibieron la influencia del texto y la práctica de la Ley Fundamental de 1949, como, por ejemplo, el reparto competencial. Mas, pese a esa recepción, la Constitución española de 1978, precisamente aquí, en el regionalismo, ha logrado algo nuevo, propio. Tras 1978, el desarrollo constitucional ha reforzado esta singularidad del regionalismo español, incluso cuando el Tribunal Constitucional ha realizado cuidadosamente la adaptación de soluciones «extranjeras»: por ejemplo, con la construcción del principio de la «confianza federal», conocida invención de R. Smend ya en el año 1916 y que más tarde desarrollaría el Tribunal Constitucional alemán (E 6, 309 (362 y sigs.) y últimamente E 101, 158 (221 y sigs.) «comunidad solidaria). España dio una ejecución tan fuerte a su regionalismo, que ya en el año 1983 se podía plantear si no se trataba de un bosquejo de federalismo. Hoy se puede hablar del regionalismo como «incipiente principio estructural» de Europa, así como a nivel nacional, por ejemplo en Gran Bretaña (Gales, Escocia e Irlanda del Norte), y puede valer como «hermano pequeño» del federalismo, incluso en el plano de la Unión Europea (siendo la palabra clave el Comité de las Regiones), lo que muestra, una vez más, la vitalidad del modelo español. La «vieja» Italia invoca en este tiempo un «nuovo regionalismo», esto es, busca su camino hacia un embrión federal. Se podría inspirar por un lado en España y, por otro, en Estados federales como Alemania y Suiza. España ha creado con su sistema autonómico un modelo de éxito que, aparte de la irresoluta cuestión vasca, es un ejemplo en el contexto común europeo. En la medida en que el Regionalismo y el Federalismo destacan por ser una división vertical del poder, se conecta con el pensamiento clásico de la división de poderes de un Montesquieu. El modelo regionalista tiene futuro por delante, sobre todo en Europa del Este, que todavía está fuertemente orientada al centralismo y donde los textos, la teoría y la práctica española podrían ser orientadores.

En concreto, se pueden destacar como ejemplares los siguientes grupos de artículos: el reconocimiento de la pluralidad lingüística en el art. 3, que incluso se señala como bien cultural —la comunión con Suiza es clara—, el equilibrio entre autonomía y solidaridad en el art. 2, la fórmula de la igualdad del art. 138.3 que señala al mismo tiempo la «solidaridad» y, finalmente, la creación de un «proceso autonómico» a partir de criterios como «características históricas, culturales y económicas comunes». Para terminar, los elementos mínimos de los Estatutos de Autonomía son, en una perspectiva comparada, una gran realización gracias a la conexión con la «identidad histórica». En el fondo, los Estatutos se asemejan a una «pequeña Constitución» o prototipos de Constitución. La teoría comparada del regionalismo en Europa recibe en estos tiempos su mejor impulso de España, pese a que todavía no existan uno «Regionalist Papers» que puedan yuxtaponerse a los «Federalist Papers» de los Estados Unidos. Además, en una comprensión material, la distribución competencial podría entenderse, tomada más allá de un entendimiento formal, en el sentido de una teoría moderna de los fines estatales (por ejemplo, el fomento de la cultura, art. 148.1.17).

### 1.3. Jurisdicción constitucional

La jurisdicción constitucional experimenta hoy un triunfo mundial. Más allá del caso pionero de Austria (1920) surge en muchos Estados constitucionales, por ejemplo Italia, tras 1945, algo que no es casual. Tras el derumbe del socialismo totalitario (1989), la jurisdicción constitucional ha sido incluida en todos los Estados del Este de Europa, y también hay «Tribunales Constitucionales» a nivel europeo, el Tribunal de Justicia y el TEDH, en la medida que sus textos de referencia son «Constituciones parciales» —principalmente los Tratados de Amsterdam y Maastricht y el Convenio Europeo de Derechos Humanos—. La protección de los derechos fundamentales a través de la jurisdicción constitucional es hoy un elemento estructural común a toda Europa, sin duda con muchas variantes (Suiza, por ejemplo, no tiene una jurisdicción constitucional autónoma, sino una sala de derecho público en el marco del Tribunal federal de Lausana). Italia destacó con su Corte en Roma en 1947, Portugal (1976) y España (1978) le

siguieron. Mientras tanto, y aun teniendo competencias bien distintas, la jurisdicción constitucional de estos dos países se ha curtido en el día a día. Sobre todo, los países que han introducido el recurso de amparo (España y Portugal, más tarde, tras el cambio de 1989, muchos países de Europa del Este) tienen la oportunidad de convertir su jurisdicción constitucional en un «tribunal ciudadano» por excelencia. El encuentro periódico de los Tribunales Constitucionales europeos, con ponentes como K. Hesse (1978), en el que se ha incluido hace poco Polonia, componen un foro muy singular, que practica informalmente la comparación jurídica.

El Tribunal Constitucional en Madrid, desde sus inicios y a través de una jurisprudencia inteligente, se ha ganado un alto respeto en el círculo de los restantes Tribunales Constitucionales. Fue dotado con suficientes competencias por el constituyente (¡no es casual que hasta ahora sólo haya habido una reforma constitucional de tipo formal!), mientras que el Consejo Constitucional ha tenido que ir extendiendo, una y otra vez, sus competencias. En la práctica, sobre todo en Alemania, cuyo modelo han seguido algunos países del Este de Europa, se muestra especialmente problemática la selección de los jueces, dominada por los partidos —en Italia, por fortuna, el Jefe del Estado tiene la posibilidad de elegir a un tercio de los candidatos (por ejemplo, A. Baldassare y G. Zagrebelsky). En un punto, España ha escrito historia constitucional: en la institucionalización a nivel constitucional del voto particular. En Alemania, la posibilidad del voto particular, que se la debemos a los Estados Unidos, fue introducida por la legislación ordinaria. Sin duda, entretanto, se ha desarrollado una gran tradición del voto particular como «jurisprudencia alternativa» y algunos de ellos se han transformado más tarde en mayoría dentro del Tribunal Constitucional, lo que confirma la tesis de la «Constitución como proceso abierto» y muestra la ausencia de una referencia al voto particular a nivel constitucional. En esto, la Constitución española ha realizado un trabajo pionero en su art. 164.1, pues la posibilidad del voto particular es un tema del propio texto constitucional. El voto particular muestra la apertura de la Constitución en el eje temporal y enriquece tanto la jurisprudencia como la doctrina. Provoca un momento de integración, ya que «realza» a la parte perdedora y crea paz jurídica. Sirve al desarrollo constitucional, siempre que el magistrado disidente sea creativo.

Hasta ahora, aparentemente, la Constitución española no ha encontrado muchos seguidores entre las nuevas Constitución surgidas tras 1989 en la regulación del voto particular prevista en el art. 164.1. La mayoría adopta el voto particular a través del legislador o de la praxis: en Italia se discute sobre su inclusión desde hace mucho tiempo.

El art. 161.1.c posibilita el conflicto entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o entre éstas. Tal garantía del regionalismo (en camino hacia el federalismo) no puede dejar de ser valorada suficientemente. Tiene el mismo fin que el conflicto Bund/Ländern de la Ley Fundamental: el aseguramiento de la división vertical del poder. La cualidad de ente constitucional de las Comunidades Autónomas es un modelo que deberían tomar todas aquellas naciones que quieran reforzar efectivamente el regionalismo. En cuanto que España vive de su regionalismo cultural —en paralelo al federalismo cultural alemán— necesita de una garantía jurídica de este tipo. Sin duda, la siempre precaria cuestión del régimen financiero (cfr. art. 157 y 158) no se puede subestimar. En Italia, el régimen financiero es el eterno punto hiriente en la lucha entre las regiones y el tradicional centralismo de Roma.

#### 1.4. Otros conjuntos normativos de naturaleza ejemplar

Desde la perspectiva común europea serían destacables, en términos de comparación, una pluralidad de temas constitucionales, como, por ejemplo, el mandato de motivación de las sentencias (art. 120.3), la consideración de las consecuencias del «error judicial» (art. 121), el feliz uso del concepto «libertades públicas» como rúbrica del Título I, Capítulo segundo, Sección primera —que se conecta con la plenitud significativa de «Res publica»—, sin olvidar la temprana y ejemplar protección de los discapacitados, en el art. 49, que años después sería adoptada por la Ley fundamental (en 1994, art. 3.2). A continuación sólo valoraremos el preámbulo de la Constitución española, su magistral contenido.

Los «preámbulos» se asemejan desde el punto de vista cultural a los prólogos, oberturas y preludios. Se puede hablar específicamente del «arte prologador» de algunos constituyentes. Con un lenguaje cercano al ciuda-

dano, a menudo solemne, quieren «ganar» al ciudadano en favor de la Constitución. Son fundamento y fe, reelaboran el tiempo, hacia atrás y hacia adelante, y bosquejan una «Constitución en la Constitución», son un concentrado general de la obra constitucional, a menudo con claras y reconocibles esperanzas de futuro (por ejemplo, hasta 1990 la Ley Fundamental alemana en la cuestión de la reunificación). Al tratar en la parte final de estas páginas el gran preámbulo de la Constitución española, quiero destacar un punto. La lógica sitúa acertadamente el preámbulo al comienzo, como «razón» de la Constitución. Pero es atractivo valorar el preámbulo al final, pues nos hará comprender, si se trata de una mera promesa platónica o se cumple verdaderamente en los siguientes artículos de la Constitución.

Si se compara el preámbulo de la Constitución española introspectivamente consigo misma, y «hacia fuera» con otros ejemplos europeos, por ejemplo con la nueva Constitución suiza (2000), La Ley Fundamental alemana (1949) o con el más tardío pero significativo preámbulo de la Constitución de Polonia (1997), e incluso si se mira hacia atrás a la Constitución francesa (1958) o incluso a la irlandesa (1937), se puede decir que España ha creado uno de los mejores preámbulos: en el sentido lingüístico-formal, es así porque se ha escrito con palabras concisas, expresivas, comprensibles, literarias que «van al corazón», que suenan solemnes pero al mismo tiempo ordenan el día a día; en cuanto al contenido, porque esboza sucintamente los principios fundamentales de la Constitución que le sigue. Y debemos incluir algunas de las expresiones del llamado «Título preliminar». Contiene formal y sustantivamente principios constitucionales que suenan como los de un preámbulo (del art. 1: «libertad, justicia, igualdad», «pluralismo político», «indisoluble unidad de la nación española», «las banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas», etc.). En concreto: en el preámbulo se toma a la «Nación española» como punto fundamental de referencia, incluso se le «atribuye un alma» («animada por el deseo»); le sigue la triada de valores fundamentales «justicia, libertad y seguridad», así como una cláusula de interés general vinculada a todos los ciudadanos; luego se establece el principio democrático y con alta poesía se postula la estatalidad constitucional, un orden económico y social justo, el imperio de la ley o, lo que es igual, el Estado de Derecho;

incluso se expresa la profunda dimensión cultural de una comunidad constitucional («proteger sus culturas y sus tradiciones, lenguas e instituciones»). No sólo se generaliza la protección de los derechos humanos, sino que incluso se señala como objetivo estatal «asegurar a todos una digna calidad de vida». Finalmente, ya en el preámbulo, la Nación española se abre de modo pacífico a «todos los pueblos de la Tierra».

Si pensamos estos grandes principios a la luz de las disposiciones concretas en los artículos de la Constitución, se muestra la efectividad de este preámbulo. Es una «cláusula espiritual» en el sentido verdadero de la palabra, pues anuncia los fundamentos de la obra constitucional que le sigue y es tan rico en su contenido que puede cobrar eficacia normativa en posteriores disputas jurídicas. Los derechos fundamentales y los fines estatales, la cláusula de interés general y los principios estructurales como el Estado de derecho, cultura, pluralidad lingüística, han sido reunidos de tal manera, que este preámbulo valdría como modelo del preámbulo prototípico de un Estado constitucional. Sólo la Constitución de Polonia (1997) y la nueva Constitución Suiza (2000) pueden hacerle competencia. Con algunos símbolos, como la protección del medio ambiente o la protección de las generaciones venideras, estas dos nuevas Constituciones tematizan en el preámbulo nuevos avances textuales. Si se toma el rico Título Preliminar como «con-texto» del preámbulo, brota entonces toda una «Constitución dentro de la Constitución». Esta obra de concentración de los padres de la Constitución de 1978 no se puede minusvalorar. Cuando el art. 1 califica al pluralismo político, entre otros, como «valor supremo del ordenamiento» aparece un concepto clave que inicialmente animó vivamente el debate de los derechos fundamentales en Alemania. Después de 1978 no se puede ya dudar sobre la dimensión valorativa de los principios fundamentales de la Constitución de un Estado constitucional. Los principios constitucionales son para el ciudadano adulto «valores que orientan» y para la juventud escolar ¡«objetivos educativos»! Sin olvidar que la solidaridad, que aparece a menudo en el texto (ejm. art. 2), también debería aplicarse en la dimensión educativa de la Constitución.

El acercamiento jurídico-comparado y científico-cultural elegido en estas páginas se puede apreciar en el texto de derecho comunitario constitucional que habla de la protección de la «identidad nacional» (art. 6.3 TUE,

art. 5.3 Const. Eur de 2003) y, sin duda, también en el ejemplo español. Antes de nada, se de ha decir que la «identidad nacional» ha de entenderse en primer lugar a partir de la autocomprensión de los concretos Estados Miembros. Sin duda, también se deben tener en cuenta las «visiones externas» de otras comunidades científicas nacionales, que en Europa forman 25 «visiones “internas”». Desde el punto de vista alemán la Constitución de 1978 pertenece a la «identidad nacional» de España, en especial su estructura autonómica, que remite a la identidad cultural de las regiones. De lo profundo de su historia cultural se ha de añadir: el «siglo de oro» en el ámbito de la pintura y de la literatura (¡Calderón!), de una actualidad clásica sin duda Picasso, Miro, Dali, Falla o Lorca. De la historia política se han de citar las herencias yuxtapuestas judeo-cristiana y musulmana, sin olvidar los costos de la inquisición, las ganancias y pérdidas del nuevo mundo junto al actual, vivísimo y fructífero ligamen con Latinoamérica, la época de Franco, la Segunda República como el tiempo en el que fue engendrándose esta dictadura (palabra clave: los papeles de Salamanca). Seguramente, la república española de intelectuales podría citar espontáneamente otros elementos. En este sentido, anima ver la reciente protesta de los artistas frente a F. Castro.

Si emprendemos un paralelismo experimental con Austria, nos encontramos con la siguiente imagen. A la «identidad nacional» de este país pertenecen ciertamente el modelo de la tolerancia de la diversidad nacional de los Hamburgo, las dos «escuelas de Viena», desde Haydin a Alban Berg, la Constitución de 1920 con el pionero Tribunal Constitucional de Kelsen, trabajos artísticos y científicos como los de E. Schiele, T. Bernhard y el doctor Freud y su escuela. «Viena» es una magnitud histórico-cultural por excelencia con reflejos en todo el mundo, basta con pensar en el «Burgtheater».

En definitiva, ese todo complejo al que nos referimos con la «identidad nacional» de los Estados Miembros sólo se puede comprender precisamente a partir de la propia autocomprensión «plus» la «comprensión extranjera» de las comunidades científicas y culturales de las restantes 24 naciones. Las «tradiciones constitucionales comunes» (art. 7.3, art. II 52.4) son una parte de la «identidad europea».

### 1.5. Resumen

España tiene una Constitución, incluso una especialmente buena; es una buena Constitución, y es así también si uno se pasea por el contexto europeo. España comparte con la UE muchos derechos fundamentales y funciones estatales. Pensemos en el derecho constitucional económico, social, medioambiental y cultural. El principio de las «competencias atribuidas» no cambia nada.

Las pequeñas Constituciones de Andalucía, Cataluña (que tiene una nueva ley sobre la protección de animales) y el País Vasco deben empujar otros procesos de crecimiento: continúa siendo un desiderátum una teoría constitucional del regionalismo europeo (desde Sicilia a Galicia). Un «Estado Vasco libre», meramente asociado con España, no es deseable desde el punto de vista de la política constitucional europea (sin duda, sí se puede discutir sobre un mayor grado de autonomía). En todo caso, se tendría que desarrollar una teoría constitucional para los Estados multiétnicos y multiculturales, en cierto modo un limitado derecho fundamental a la desigualdad.

### **INCISO: ¿UN ARTÍCULO SOBRE EUROPA PARA LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA?**

En una comparación de derecho común europeo, llama la atención que España todavía no haya incluido en su Constitución un expresivo artículo sobre Europa. Esto sorprende, entre otras razones, porque la realidad constitucional española se ha transformado en una realidad constitucional «europea». Al mismo tiempo habría muchos modelos para un artículo sobre Europa. El vecino Portugal, por ejemplo, en el art. 7.5 ha «resuelto» de forma modélica la cuestión europea; e incluso encontramos un artículo sobre Europa en un Cantón suizo, en clara oposición a la nueva Constitución federal (2000), pues el art. 54.1 de la Constitución de Berna dispone: «El cantón contribuye al trabajo en común de las distintas regiones de Europa». Este reconocimiento de Europa es todavía más sorprendente, en cuanto que Suiza no forma parte de Europa en el sentido estricto de la UE, si bien

es miembro del Consejo de Europa y del CEDH, por lo tanto, es parte de Europa en sentido amplio.

La categoría «derecho constitucional nacional sobre Europa» propuesto por este autor ya en 1985, busca crear un concepto plástico a partir de la pluralidad de las cláusulas sobre Europa y, sin duda, con el trasfondo de sistematizar la policroma pluralidad de referentes europeos presentes en las Constituciones nacionales. Basta con mencionar a continuación algunos ejemplos para estimular, con los limitados medios de la ciencia comparatística, al poder de reforma para que en un día no muy lejano, se incluya un artículo sobre Europa.

Se ha de recordar la ubicuidad sistemática del preámbulo como lugar oportuno para el reconocimiento de Europa. De esto ya fue consciente la Ley Fundamental de 1949 al incluir las palabras: «servir a la paz del mundo como un miembro igual en una Europa unida». Mucho más tarde se incorporaría en la parte orgánica el art. 23 como cláusula sobre Europa: en el que se fija a Europa como «objetivo estatal», con disposiciones concretas en la cuestión de la UE, que se presenta basada en el «principio democrático, Estado de Derecho, Estado social y federativo»; e incluso se incluyó el principio de la subsidiariedad. Muchas otras Constituciones del este y del oeste han incluido antes o en paralelo al caso alemán, conexiones europeas en su texto. Pionera fue el Sarre, que lo incluyó en el año 1992, en su artículo 60.2. Merece la pena citarlo pues España, como sistema autonómico, puede recibir algunos de sus elementos: «Sarre promueve la unión de Europa y apoya la participación de regiones autónomas en la formación de la voluntad de las Comunidad europeas y la Europa unida. Trabaja con otras regiones europeas y promueve relaciones transfronterizas entre las instituciones y corporaciones vecinas».

Ciertamente, un profesor alemán no puede permitirse proponer a España un artículo sobre Europa, pero sí puede, quizás, destacar algunos elementos textuales manteniendo una visión general. España tiene todos los motivos para incluir la relación con Europa en el preámbulo, y como mucho, relegarla al «Título preliminar». Además, las Comunidades Autónomas deberían constituirse como «regiones europeas»; también se habría de mencionar el aspecto de la «superación de fronteras». Junto a la UE, también se debería mencionar la Europa en «sentido amplio», con el Con-

sejo de Europa y la OSCE, de las que, en todo caso, España también forma parte.

### **TERCERA PARTE: ¿TIENE EUROPA UNA CONSTITUCIÓN?**

#### **1. LA «VIEJA» COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA Y LA POSTERIOR UNIÓN EUROPEA/COMUNIDAD EUROPEA**

La «vieja» Comunidad Europea —esto es, el Tratado de Roma (1957), pasando por Maastricht/Amsterdam (1992/1997) hasta Niza (2000/2001)—, pieza a pieza, en un desarrollo textual escalonado, ha ejecutado una «constitucionalización» que no ha podido ser conceptualizada formalmente ni por la comunidad científica nacional ni por la supranacional. No acaba de producirse un consenso sobre lo que haya de ser esta «Constitución incompleta» desde el punto de vista jurídico, aunque el TJ, ya bien pronto, haya hablado continuamente de «Constitución» («Gent und Loos», 1963; «Costa Enel», 1964). Visto formalmente no se ha producido ninguna acción del «poder constituyente» en el sentido clásico-nacional. Se trata siempre de nuevas reformas de los Tratados en base a consensos intergubernamentales previos, incluso cuando el derecho europeo ya existía como ordenamiento autónomo. Entre tanto, ciertos escalones de ese desarrollo han sido aprobados por el pueblo en algunos Estados Miembros —el Tratado de Maastricht en Francia y Dinamarca, «Niza» por Irlanda, o el ingreso de Polonia y Eslovaquia—. Sin duda, se han de añadir también grandes decisiones de concretos Tribunales Constitucionales, incluso la discutida sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional alemán (E 89, 155) o las relevantes decisiones de los Tribunales en Madrid o París. Observado desde el punto de vista material se produce así un pedazo puntual de Constitución que se corresponde con la interpretación de los Estados Miembros. Pero en conjunto, el pueblo como comunidad ciudadana permanece «excluido», incluso cuando los temas materiales cada vez maduran más hacia temas constitucionales típicos: del viejo derecho constitucional económico de la clásica Comunidad Económica Europea (Roma 1957) hasta el derecho constitucional social y cultural de la Unión Europea/Comunidad Eu-

ropea de Maastricht/Amsterdam: se han de recordar las cinco libertades económicas, pero también mucho del pretoriano derecho sobre derechos fundamentales de Luxemburgo: de la igualdad a la libertad religiosa, de la garantía de la propiedad hacia la efectiva garantía judicial y la responsabilidad del Estado. El desarrollo del «derecho constitucional común europeo», un concepto de los años 1983/1991, demuestra cada vez más, según mi opinión, que se trata de una «Constitución parcial», de una «Comunidad constitucional». Con todo, se trata de propuestas teóricas que no gozan de la aprobación de la llamada «opinión dominante», si es que hay una opinión que merezca este calificativo. Esta opinión se fragmenta en muchos intentos conceptuales —más allá del concepto técnico de «asociación supranacional de fines», que teorizara el gran comunitarista H.P. Ipsen—: entre otros, «unión de Estados» (BverfG), «orden fundamental europeo de la Unión» (D. Tsatsos), un «sistema de niveles variados», «división de la soberanía», y más aún, la UE/CE como «comunidad jurídica», «comunidad de derechos fundamentales». Aunque, de acuerdo con en el proceso de reforma de los Tratados, el pueblo no tiene que actuar a nivel europeo, el creciente carácter constitucional de su contenido material invita a ello. El muchas veces citado déficit constitucional no puede compensarse con las elecciones europeas directas (1979), ni con la paulatina ampliación de las competencias del Parlamento. Sigue siendo grande, y parece que todavía crecerá más, el contraste entre la ausencia de un poder constituyente formal, y la intensificación y expansión de la Constitución en sentido material, pues aún continúan creciendo los elementos y las dimensiones de la Constitución material en el plano UE/CE. Hemos de pensar en los «principios jurídicos comunes», en las distintas formas del «derecho común europeo», sobre todo en el «Estado de Derecho». Con ello, las naciones ligadas al nivel comunitario ganan temas que habían perdido en el nivel nacional: si sus propias Constituciones «menguan», sin duda, crece la Constitución común. Para acentuar la cuestión, ¿pueden los ciudadanos, en esta Europa de los gobiernos, tribunales, «burocracia de Bruselas», permanecer como meros «titulares de derechos fundamentales», sin mucho que decir? ¿En qué forma, mediante qué procedimientos se ha de desarrollar la Constitución a nivel europeo, más aún en vistas a la gran ampliación con 10 nuevos candidatos?

## 2. LA NUEVA UE/CE

Se debe hablar de una nueva EU/CE porque el «modelo de la Convención» ha supuesto, en mi opinión, un salto cualitativo en el proceso de desarrollo del derecho comunitario. Decidido en la Declaración de Laeken (2001) y concebido según la imagen del nacimiento de los Estados Unidos (la Convención de Filadelfia, 1787), una vez que realizó su ensayo general en el proceso de elaboración de la Carta de los derechos fundamentales de Nizza (1999/2000), se ha convertido en el nuevo camino constituyente en Europa, alcanzando su punto culmen en la Convención constitucional bajo la presidencia de Giscard y el texto de Tesalónica (junio 2003). El proceso de evolución en la cuestión de la Constitución europea ha logrado, gracias a estas dos Convenciones, un estadio nuevo y transparente. Si la Convención de la Carta de derechos fundamentales tuvo 62 miembros (15 representantes de los gobiernos, 16 miembros del Parlamento europeo, 30 miembros de los Parlamentos nacionales y un miembro de la Comisión), la nueva Convención cuenta con 105 miembros (todavía no suficientemente plurales pese a que el círculo de participantes se ha ampliado). Esta «Convención europea» abarca junto al Presidente y sus dos Vicepresidentes, 15 representantes de los Estados miembros, 30 de los Parlamentos nacionales, 16 del Parlamento europeo y 2 representantes de la Comisión. A estos hemos de añadir los observadores de los Estados candidatos, 3 representantes del Consejo Económico y Social, 3 de y 6 del Consejo de las Regiones. Sin embargo, se puede objetar que esta Convención no es «representativa», pues, como antes, los Estados nacionales, esto es, los Gobiernos continúan siendo los «Señores de los Tratados» de acuerdo con el art. 48 TUE, algo que no deja de ser una ideología (terminología) discutible pues en la democracia no hay «Señores» y en una Comunidad ciudadana y de derechos fundamentales como la UE, con Tribunales Constitucionales independientes, no se puede trabajar con esas metáforas propias del tardío absolutismo: en todo caso, el «modelo de la Convención» transforma positivamente el poder constituyente de la UE. Ciertamente existe déficit. Llama la atención que en el proceso de la Convención no hayan participado como tales científicos nacionales y europeos, ni siquiera como «expertos». Asimismo se ha de hacer notar que han surgido diversos proyectos de Cons-

titución de la Unión Europea, y no únicamente de las exclusivas manos de los partidos políticos o de concretos diputados o personalidades (ya en 1984 hubo un proyecto de Constitución elaborado por el Parlamento, más tarde un segundo en 1994), sino también de algunos teóricos del Estado (por ejemplo el proyecto de Dashwood, R. Scholz o Schwarze/Flauss). En la sociedad abierta de los constituyentes la ciencia debe ser tan sólo una voz, mejor que una consejera, ya que la independencia intelectual está siempre puesta en peligro si va a la zaga de los partidos.

Con todo, la gran crítica, en mi opinión, sigue siendo la necesaria participación del Pueblo. Un referéndum de dimensión europea es irrenunciable. El modelo convencional utilizado, que no estaba previsto en los textos constitucionales (¡!) se ha de elogiar como paso adelante, pero, entre tanto, sólo consiste en un paso previo del «poder constituyente» de la UE y debería como tal inserirse en el derecho vigente (Austria ahora también ha establecido una «Convención»). La cultura constitucional común europea exige la palabra y el acto de sus ciudadanos, de su Pueblo.

### **3. CONTENIDOS CONSTITUCIONALES EN EL NIVEL DE LA UNIÓN EUROPEA**

#### **3.1. La Carta de derechos fundamentales de la UE (2000) como meritoria Constitución parcial, su trascendencia y reflejo político-constitucional**

Sin duda, la Carta de los derechos fundamentales de Niza posee formalmente, hasta ahora, sólo la cualidad del «soft law», si bien ya desarrolla fuerza normativa, por ejemplo en una decisión del Tribunal de Primera Instancia, sin olvidar su creciente reflejo, día a día, sobre la judicatura, el constituyente nacional, el legislador y los ejecutivos. Pero la literatura especializada le reconoce ya «pre-efectos», como «una obra de codificación vigente». Por ello no es casualidad que los posteriores proyectos de Constitución oficiales o privados se remitan a ella, mayormente en la forma de una remisión en bloque. Si su historia inicial ha sido un éxito, su historia posterior será también merecidamente todo un suceso. Se trata de un com-

pleto «borrador sobre los derechos fundamentales», ya que todos los temas de derechos fundamentales importantes para Europa han alcanzado el nivel de su tiempo, esto es, se trata de acuerdo con el actual estadio de desarrollo del Estado constitucional: se encuentran tanto los más importantes derechos fundamentales clásicos como ámbitos temáticos nuevos, también se hallan todas las dimensiones (funciones) importantes de los derechos fundamentales: de la defensiva a la objetiva, pasando por la prestacional y protectivas, así como la procesual. Ciertamente, domina el espíritu de la recepción productiva: muchas fuentes son asimiladas: la CEDH, los viejos textos de la UE/CE, catálogos nacionales de derechos fundamentales, decisiones de los Tribunales Constitucionales nacionales, así como de los dos Tribunales Constitucionales europeos, junto a las distintas voces de la academia. Esa pluralidad en la recepción y en la referencia a fuentes evita que la Carta de derechos fundamentales de la UE se convierta en un trabajo «epilodal». Es innovadora en la fusión de distintos niveles de textos, provenientes de muchas naciones y codificaciones. Pero es también innovadora en la sistematización del casi inabarcable material nacional y europeo referido a los derechos fundamentales, o en algunos temas como el Título IV «Solidaridad» o el art. 41 («derecho a la buena administración»). Se trata de un buen compromiso constitucional en un ámbito del derecho constitucional clásico, que ahora se ha «europeizado» y ha reunido a muchas comunidades de derechos fundamentales, de manera que nadie ve usurpada la identidad de su cultura jurídica y a la vez todos se reconocen en ella, pero al mismo tiempo a través de los derechos fundamentales se crea un elemento vital del derecho constitucional europeo, consolidándolo y desarrollándolo. Los catálogos de derechos fundamentales pueden integrar a los ciudadanos gracias a un lenguaje que es cautivador y cercano a los ciudadanos, pero también preciso y general; son «derecho constitucional de la integración» por excelencia. Por todo ello, es presumible que en el futuro la Carta de los derechos fundamentales sea altamente valorada en atención a sus logros pioneros. Tampoco debería tenerse por casual que la tarea de una Convención para los derechos fundamentales compuesta por 62 miembros fuera confiada a un teórico del Estado alemán —R. Herzog, que además había sido Presidente de la República—, pues Alemania goza de un gran prestigio en los derechos funda-

mentales merced a la jurisprudencia del Tribunal Constitución y a grandes trabajos académicos, sobre todo de la época de Weimar y de los primeros años cincuenta.

A continuación sólo unas palabras claves: en primer lugar el rico y bien tejido preámbulo nos permite comprender que no se trata solamente de una Carta de los derechos fundamentales sino también de una Carta de los «valores» fundamentales («valores universales», «valores comunes bajo el respeto a la pluralidad de las culturas»). Se expresa el carácter principal de muchos temas constitucionales («los principios de democracia y Estado de Derecho»). También el medio ambiente es un tema del preámbulo («un desarrollo equilibrado y sostenible»), las «tradiciones constitucionales comunes» son citadas una vez más y sin timidez, y con esa remisión se entabla relación con el TEDH y el TJ. En definitiva, la Carta adelanta mucho de lo que podría y debería regularse en una Constitución europea. Esto se muestra en el último párrafo del preámbulo, sin duda en el pasaje en el que se recuerda la «responsabilidad y deberes frente a los otros seres humanos, comunidades y generaciones futuras». Sin olvidar que en otras Constituciones actuales, el elemento del medio ambiente está integrado desde hace tiempo (últimamente en Suiza).

En algunos apartados concretos se encuentran novedades puntuales junto a algunas «evoluciones»: sin duda, la clara prohibición de la clonación reproductiva del hombre (art. 3.d), así como el mandato (dirigido sobre todo a Italia) (art. 12.2): «la libertad y pluralidad de los medios debe ser respetada». El régimen constitucional del pluralismo en los medios elaborado por el Tribunal Constitucional alemán se ha insertado una vez más en un texto. También suena muy «alemana» la norma del art. 13: «El arte y la investigación científica son libres. Se respeta libertad de cátedra». En el Título III («igualdad») hay un cierto desorden: junto a una extensiva prohibición de discriminación (art. 21) se hallan de manera muy concisa cláusulas que previamente eran derechos: «La Unión respeta la pluralidad de las culturales, religiones y lenguas». Entre los derechos sociales se incluye la protección de los niños, la tercera edad y los discapacitados (artículos del 24 al 26). En ellos se expresan mandatos de protección o derechos de prestación tal y como ha desarrollado en la literatura y en la jurisprudencia: una prueba más de lo procesos textuales evolutivos.

La «solidaridad» impregna el Título IV, algo que quizás sea dudoso para un pensamiento liberal obsesionado con el *status negativus*, y que, sin embargo, es plenamente consecuente en el actual estadio de desarrollo. Los temas abarcan desde la protección del trabajador hasta la protección de la salud, el medio ambiente o los consumidores, pasando por la protección de la familia y de los hijos (artículos del 27 al 38). Las tareas contemporáneas del Estado constitucional respecto a los derechos fundamentales, sus deberes de protección fundamentales, han sido aquí codificadas de manera ejemplar.

La Carta alcanza «tierra ignota» en el contexto de los «derechos del ciudadano» (Título V) con el art. 41 y el «derecho a la buena administración». Aquí se detalla la actuación administrativa, descrita hasta llegar a mencionar la necesidad de motivación y la responsabilidad del Estado según «los principios jurídicos generales, comunes a los ordenamientos de los Estados Miembros». Sin duda se ha renovado el derecho común constitucional, pero también el derecho administrativo común.

En el Título VI («derechos jurisdiccionales») encontramos el *standard* de la cultura jurídica del «*aquis communautaire*» propia de este ámbito, si bien se proyecta textualmente innovadora en el art. 49.3: «la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción».

Bajo las «disposiciones generales» del Título VII merece la atención la expresa cláusula del contenido esencial (art. 52). Con ella, por otro lado, este principio, a partir del compendio de la teoría general de los derechos fundamentales, se convierte cada vez más en un principio constitucional común europeo. Pues no sólo los Tribunales Constitucionales alemán o austriaco, no sólo el TEDH o el TJ, trabajan con la cláusula, escrita o no, del contenido esencial, ya que también se invoca en Suiza. Tras recientes decisiones del Tribunal federal de Lausana, casi todos las nuevas Constituciones cantonales han desarrollado una garantía expresa del contenido (núcleo) esencial de los derechos fundamentales. También en la Europa en sentido amplio, sobre todo en los Estados reformados del Este, se encuentran textos relevantes (por ejemplo el art. 31.3 de la Const. polaca de 1997). Significativamente, a la protección del contenido «absoluto» contenida en el art. 52.1 se le une la protección relativa del importante principio de proporcionalidad en el apartado 2. De este modo se aplaca la vieja disputa

(alemana). Además, se ha de hacer notar la aparición del concepto «interés general europeo» («Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades»).

Un buen mandato de concordancia se encuentra en el art. 52.4: «Aquellos derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros que se reconozcan en la presente Carta se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones». Con este mandato, de modo mediato se quiere decir que muchos derechos fundamentales surgen de la «producción constitucional común» y al mismo tiempo se exige una conexión interpretativa permanente con esa «producción». Sin embargo, el concepto de «producción» no debería utilizarse como la ocasión para proclamar una nueva teoría constitucional petrificada. Se trata de una conformidad común europea de los derechos fundamentales.

En conclusión: una Carta ciudadana afortunada, madura, un documento lingüísticamente cómodo, una obra de «evolución» que recoge lo anterior y en ocasiones innova. El reflejo de la Carta debería ser continuo en el tiempo y en el espacio. En un único documento es Carta de los derechos y de los valores fundamentales y establece un proceso de desarrollo textual al más alto nivel. Es algo más que una etapa en la «constitucionalización» de la UE.

### **3.2. El proyecto «final» de Constitución europea (2003) como provisional y último escalón textual**

El proyecto constitucional presentado por la Convención en junio/julio de 2003 supone provisionalmente el último «escalón textual». De modo reconocible se alimenta de textos anteriores provenientes de miembros de la Convención, partidos, políticos y círculos de otro tipo, como el círculo (privado) de los científicos; en definitiva, vive de muchas recepciones (creativas), evoluciones —por usar la fiable terminología suiza— y algunas innovaciones. El proyecto de la Convención, al contrario que otros textos anteriores, obtuvo bien pronto un cierto grado de conocimiento; por ello, sólo comentaremos sus conceptos claves. Principalmente: se trata de

un texto inspirador, un documento solemne en el espíritu del compromiso y que es un buen ejemplo para todo constituyente, incluso cuando el ciudadano, el Pueblo, hasta ahora no ha participado. La fórmula «We the people» o «Nosotros, los ciudadanos de la UE», sin una posterior intervención del referéndum sería simplemente una mentira por escrito; de ahí que afortunadamente en el preámbulo sólo se diga: «en nombre de los ciudadanos y ciudadanas». Gracias a la relativa pluralidad de la composición del Convenio, es posible reconocer contribuciones de diversas culturas jurídicas nacionales, no sólo la alemana, sino que también se percibe la «mano» anglosajona o francesa. Se trata, tanto formal como materialmente, de una «Constitución plena» de tipo federal, no en vano el concepto «Constitución» se usa en muchas ocasiones (confrontar art. 1.1, art. 5.2, art. 8.2, art. 9.2, art. 17.1, art. 20.4, art. 25.2, art. 37.1), aunque en principio se habla del «proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa».

En concreto: el preámbulo es una obra magistral dentro de este género literario, tanto en la forma (solemne) como en el contenido lingüístico. Por un lado, se retrata la historia del continente europeo a grandes trazos o con grandes palabras («los valores que sustentan el humanismo: la igualdad de las personas, la libertad y el respeto de la razón»); también se reclama la vitalidad de la «herencia», y por otro lado se tiene en cuenta el futuro («la prosperidad», «abierto a la cultura, el saber y el progreso social»). El preámbulo, que incluso utiliza un lema clásico de Tucídides sobre la democracia (sobre la mayoría, faltando la novedosa protección de la minoría), expone con principios y valores fundamentales el contenido de los artículos que le siguen (una Constitución dentro de la Constitución): «el lugar primordial de la persona», «el carácter democrático y transparente», «paz, justicia y solidaridad en el mundo», «identidad nacional» de los pueblos de Europa, «garantía de los derechos individuales», «responsabilidad para con las generaciones futuras y la Tierra». En emoción e idealismo este preámbulo no puede ser mejor. Y no es desmentido ni en lo concreto ni en lo general por el texto constitucional que se le anuda. Los elementos del ser humano europeo son inconfundibles.

Se ha de mencionar especialmente la densidad del art. 2 sobre los valores, que se remite casi de manera invocadora a valores como «la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto

a los derechos humanos» y, más allá, caracteriza a todos los Estados por el «pluralismo, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la no discriminación» —desgraciadamente falta la cultura—. El art. 3 formula objetivos constitucionales como la paz y el bienestar de los pueblos de la Unión, el medio ambiente, la justicia social y la solidaridad entre las generaciones y el «desarrollo del derecho internacional», garantiza el respeto de la «riqueza de su diversidad cultural y lingüística» y la preocupación por la «preservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo». Ya en el art. 3 se diseña el marco (más tarde desarrollado en los ámbitos políticos) del régimen constitucional de la cultura, la economía, el medio ambiente y el orden social, lectura a la que habría de añadirse la garantía del status de la Iglesia y de las asociaciones religiosas (art. 51). Después del preámbulo y de las cláusulas de los valores fundamentales y objetivos constitucionales, sistemáticamente, aparecen los derechos fundamentales como siguiente gran tema. No sólo se encuentran en la recepción en bloque de la Carta de los derechos fundamentales (art. 7.1), sino también en otros lugares: art. 7.2 remite al objetivo de ingreso en la CEDH y se sirve de la conocida técnica de relación con las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros» o los «principios generales de la Unión». Más allá de esto se garantizan las cinco libertades fundamentales de la Unión y la no discriminación (art. 4), también el derecho de petición (art. 8), así como la protección de datos personales (art. 50), y la realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 41) —aquí domina la recepción—.

La democracia, otro tema constitucional típico, está regulada en el Título IV. De antiguos proyectos se ha tomado la expresión «vida democrática de la Unión»(art. 45.3). Parece que se le da preferencia al «principio de la democracia representativa» (art. 44), frente a la llamada «democracia participativa» (art. 46). Se habla de un «diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil (art. 46.2), y el art. 46.4 autoriza —de manera innovadora— la iniciativa popular; el art. 45.3 reclama «decisiones cercanas al ciudadano». En la cuestión de la democracia viva, el texto se queda por detrás de los postulados de antiguos proyectos: los elementos de la democracia directa están infradesarrollados, si bien llama la atención el acento puesto en la transparencia y la publicidad (art. 49) o el «diálogo» (art. 47, 51.3), como intentos de debilitar el

«déficit democrático». Basta con recordar el refuerzo competencial del Parlamento (art. 19). La ya clásica cláusula de solidaridad del art. 42 («el espíritu de solidaridad») o la «cooperación leal» (art. 5.2) nos remiten a una idea prefederal, así como el desarrollo de la «causa austriaca» en el art. 58 (audiencia «previa» frente a la imputación de violación grave). No demasiado típico del Estado federal es la posibilidad de una retirada voluntaria (art. 59). El TJ continúa siendo, por su rango y su competencias, un «Tribunal constitucional europeo». Del resto de órganos constitucionales y en virtud de la cláusula del interés general, sólo mencionaremos la Comisión (art. 25.1 «interés general europeo»), el Comité de las Regiones y el Consejo Económico y Social (art. 31.4 «interés general de la Unión»). Si añadimos a la pormenorizada —y parcialmente nueva— distribución competencial las directrices de la subsidiaridad y proporcionalidad (art. 9, 11 y 17) y además las conectamos con las detalladas políticas de la Unión (Parte III), se confirma la tesis inicial sobre la «Constitución completa». Igualmente se comprueban en grupos de artículos los conceptos de Constitución expuestos anteriormente, desde la función de protección o garantía hasta la función de orientación e impulso ligada a valores, desde la tarea de limitación hasta el carácter normativo, sin olvidar su cualidad de proceso abierto. La versión «definitiva» de la Convención, al igual que las Constituciones nacionales, sugiere partir de un concepto «mixto» de Constitución. La protección de la «identidad nacional» refuerza el derecho constitucional nacional (art. 5.1, el preámbulo), pero a ella se añade el derecho constitucional de la Unión como «otra» Constitución parcial, con su propia identidad. La «cultura constitucional» se hace tangible tanto en el preámbulo como en el art. 1.3. Espíritu, cláusulas relativas al patrimonio cultural y artículos sobre valores hablan una lengua elocuente. Se ha concebido y conformado una «Constitución europea del pluralismo»: congenial con la imagen europea del ser humano. En definitiva, el proyecto es al mismo tiempo una Carta de valores fundamentales.

### 3.3. Un balance sobre el proyecto de la Convención

En general puede realizarse un balance positivo. Sin duda, «la mayor transparencia y cercanía al ciudadano» es algo difícil de alcanzar en un

inabarcable trabajo normativo de «nueve circunloquios» —quizás sólo la concisa Carta de los derechos fundamentales satisface este reto con sus 54 artículos—, no obstante, el derecho constitucional de la Unión ha sido desarrollado en muchos detalles. Se trata de una «evolución» en el sentido suizo, esto es, una mejora lingüística y sistemática, una reelaboración de la realidad constitucional europea que nace y crece de la praxis de los tribunales y de la ciencia, amén de algunas innovaciones. A lo positivo, en mi opinión pertenece principalmente la renuncia a la idea de «un núcleo de Europa en vanguardia», en referencia a la iniciativa europea de J. Habermas y J. Derrida (2003). Una Europa de dos o más velocidades o un eje europeo traería dificultades a los países pequeños, que no deberían verse afectados de ninguna manera en una Europa formada en el pluralismo y la identidad, en un óptimo de diferencia y un mínimo de homogeneidad. Por ello, durante un tiempo habría de mantenerse el principio «de un país un comisario» así como las rotaciones de las presidencias. En definitiva, se trata de encontrar un equilibrio en la relación entre el «método comunitario» («los integracionistas») y la acción intergubernamental. Por otro lado, conviene preguntarse si en el futuro las Conferencias Intergubernamentales han de conservar la primera y la última palabra en la cuestión de la reforma del derecho constitucional de la Unión Europea (cfr. Art. IV.6). Otros puntos críticos son: el déficit de elementos de democracia directa, por ejemplo respecto a la legitimación europea de este nuevo paso en la integración, u otros referenda referidos a temas de gran importancia simbólica que requerirían más democracia (por ejemplo, la elección directa del presidente de la Comisión). Es llamativo que los diez Estados candidatos hayan realizado referenda, mientras que en algunos antiguos países de la UE como, por ejemplo Alemania, el pueblo ha sido excluido (no así en Francia, Dinamarca, Irlanda y Noruega). Incluso la Ley Fundamental de 1949 no ha sido formalmente autorizada por el pueblo, si bien ha sido aceptada y vivida de manera permanente. Por otro lado, hemos de preguntarnos si se insertará una referencia a Dios (en el preámbulo) o al patrimonio religioso, que puede distinguirse como «cristiano» y «judío». Es un logro la existencia de símbolos europeos, sea la bandera de estrellas y el himno de Beethoven, así como la elección del 9 de mayo como día de Europa, circunstancias que la Convención ha comprendido como factores ideales de

integración. Difícilmente volveremos a encontrar tantos logros del constitucionalismo trasladados de modo autónomo al nivel de la Unión Europea: lo que permite renunciar a la vinculación de la idea de Constitución con el Estado. Sin embargo, en mi opinión, no se debería hablar de un «constitucionalismo de varias capas», pues amenaza con una imagen confundida por la jerarquía. Sin duda se ha de lamentar que en el proyecto de Tesalónica no reaparezca la vieja expresión «modo federal» (aparecía en el antiguo texto-Giscard de 2002). La imagen de la UE, tan difícil de calificar, tiene un carácter casi federal. Se trata de una creciente preforma del Estado federal, que sólo, por mor de la animosidad de algunos Estados miembros, no puede llamarse por su nombre. Dicho de otro modo: Europa ya «posee» una Constitución, pero como ahora ha ocurrido necesita una «evolucionada», una «nueva» y mejorada Constitución.

Otro punto débil es la escasa acentuación de la autonomía local (cfr. por ejemplo art. 5.1), que tradicionalmente ha sido una de las formas constitucionales de Europa (recordemos las Repúblicas italianas o los Estados Hanseáticos). También se hubiera requerido con más claridad una política de minorías más efectiva y sensible (el art. 21.1 de la Carta de derechos fundamentales no basta) —bajo prueba está Letonia, futuro Estado miembro que no da un tratamiento justo a su gran mayoría rusa—. Aunque sé que contradigo muchas opiniones, pienso que hemos de saludar favorablemente que la política exterior y de seguridad no se haya sometido al principio de la mayoría: no sólo la guerra de Irak ha mostrado cuánto de grande es el disenso entre las naciones europeas. También correctamente, Alemania ha conseguido que la política de inmigración no sea comunitarizada, esto es, que no se someta al principio de la mayoría. Con acierto se ha desarrollado el principio de «competencias atribuidas».

A Alemania se le presenta especialmente una pregunta delicada: ¿necesita la aceptación de la Constitución la mayoría de dos tercios del art. 23.1.3 o basta la mayoría simple del art. 59.2 de la Ley Fundamental? En mi opinión se trata de un «cambio», de una «compleción». En la medida que de acuerdo con la vigente Ley Fundamental no existe la posibilidad de un referéndum, se debería luchar por un referéndum europeo (un referéndum consultivo sería un error). Además se ha de recordar que el texto se establece en nombre y al servicio de la voluntad de los ciudadanos y de

los Estados Miembros (art. 1.1). Finalmente, no se deben olvidar algunos puntos como el reforzamiento del Parlamento Europeo mediante su participación en la elección de la Comisión o mediante el procedimiento legislativo o presupuestario (a costa del Consejo). El derecho de retirada en favor de los Estados miembros es problemático, pues puede ser instrumentalizado en la política interior. Correcto parece continuar exigiendo la ratificación en las reformas de la Constitución. Otros aspectos son: la reducción y reorganización de las fuentes del derecho, la tríada competencial entre exclusivas, compartidas y complementarias (aún si existe el riesgo de una extensión competencial en favor de la UE y una cierta falta de transparencia), es positiva la inclusión de los Parlamentos nacionales en el control de la subsidiariedad, lo que además supone introducir a los Parlamentos nacionales en al «arquitectura europea».

En conclusión: no se trata de una «nueva fundación constitucional» de Europa, en el sentido de J. Fischer, sino un desarrollo constitucional, una reforma pragmática. La «finalidad» de Europa permanece abierta. Hallarla es cosa de todos los ciudadanos de Europa, de largos y futuros procesos de desarrollo, en los cuales los Gobiernos no puede ser los «señores», sino los servidores de la ¡res publica Europea! («la Europa desde abajo»).

### 3.4. **¿Dios en Constitución —europea—? La dimensión teológica del poder constituyente**

¿Cómo hemos de comprender el lugar de Dios en la Constitución —europea—, lo que responde a un cambio trascendental en el ámbito de los Estados constitucionales nacionales desde 1989? La controversia sobre la relación con Dios es viva en muchos países. La nueva Constitución federal suiza del 2000 se atrevió, muchos críticos dirán que casi de modo «ingenuo» a una «invocatio dei», mientras que la mayoría de las cinco nuevas Constituciones alemanas renunciaron a la referencia a Dios. El preámbulo de la Constitución polaca de 1997 ha encontrado un compromiso ejemplar, refiriéndose a valores universales como alternativa a Dios u otras instancias. La Constitución de Sudáfrica (1997) repite la referencia exclusiva a Dios al igual que otras Constituciones (Ruanda 2003). En mi opinión una

cláusula de referencia a Dios ligada a las tres religiones mundiales monoteístas se adecuaría perfectamente con la «Constitución del pluralismo» y con el correspondiente mandato de tolerancia del Estado constitucional tipo. Pero, porque Europa alimenta su identidad en la pluralidad cultural de sus países, quizás fuese mejor favorecer la «solución» polaca atendiendo así al modelo francés de separación laicista. Sin olvidar que el poder constituyente remite a una dimensión teológica. (Palabra clave respecto a la referencia divina: en la antigüedad el «omne jus a Jove», hoy: «la responsabilidad ante Dios y los hombres, u otras instituciones universales»). Aquí tendríamos que incluir el discurso de Habermas al recibir el premio de la feria del libro en Frankfurt. Pero porque no existe un «Lykurgos» europeo y porque nosotros no queremos arrojarnos al Etna con «Empedokles», debemos esforzarnos en realizar esfuerzos humanos.

#### **CUARTA PARTE: UNA RESPUESTA: ESPAÑA Y EUROPA TIENE EN COMÚN UNA CONSTITUCIÓN («LA COMUNIDAD CONSTITUCIONAL» EUROPEA/ESPAÑOLA)**

##### **1. LA TESIS FUNDAMENTAL**

España y Alemania viven en una «comunidad constitucional» (así como los otros 14 Estados miembros, pronto 24), tienen con Europa una Constitución común, que se ha desarrollado poco a poco y que aún lo hará más estrechamente en el futuro —Europa significa aquí Europa en el sentido estricto de la UE, y aunque la Europa en sentido amplio de la OSCE todavía no ofrece un tejido tan espeso, muestra igualmente gracias al TEDH estructuras parcialmente constitucionales, como por ejemplo al realizar las funciones de organización, protección, límite del poder u orientación—. El derecho de la Unión Europea penetra en el ordenamiento jurídico nacional, algo de lo que no me atrevo a hablar mucho en atención a las «Fuentes del Derecho» —ya un clásico— de mi amigo F. Balaguer. Para la viva comunidad constitucional de Europa se puede elegir la metáfora de una «un edificio con muchas casas», ¡una de las cuales pertenece a España, pero también a Europa! Al «derecho constitucional común europeo» per-

tenecen los principios generales del derecho, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, «el Estado de derecho europeo», o conceptos teóricos como «representación» y «espacio público» o prácticos como «el interés general comunitario». Gracias al Acuerdo de Schengen (1990) se ha de revisar, de relativizar, sino de eliminar totalmente la clásica teoría de los elementos del Estado de G. Jellinek. El pueblo del Estado, el territorio del Estado y el poder público estatal ya no se dejan definir en primer lugar nacionalmente, sino que se han de pensar europeamente. Todo el poder estatal, también el español, se ha «europeizado». La «identidad nacional» de España permanece, pero la «identidad europea» crece a partir de la española. La identidad europea vive de la pluralidad cultural —así como la Constitución española es una «Constitución del pluralismo»—. En cambio, se puede aventurar hablar de la «hispanización de Europa», donde se hacen también relevantes los puentes hacia Latinoamérica. No se puede imaginar, especialmente, «la imagen del ser humano europeo» sin los clásicos de la cultura española (por ejemplo, Velázquez, Goya, o Don Quijote). Uno tiene la curiosidad de pensar los próximos 25 años de España en Europa. Aunque la finalidad de Europa permanece abierta.

## **2. EUROPA COMO COMUNIDAD JURÍDICA —LA EUROPA DE LOS JURISTAS— LA RESPONSABILIDAD DE LAS COMUNIDADES CIENTÍFICAS NACIONALES Y COMÚN EUROPEAS**

Acertadamente se califica a Europa como comunidad económica y como comunidad cultural. No obstante, desde hace mucho se resalta su dimensión de «comunidad jurídica» (W. Hallstein). A continuación fundaré esto con más fuerza y profundidad. Debemos pensar que existen sobre todo juristas que día a día le dan vida y ponen en marcha la Europa en sentido estricto y la Europa en sentido amplio. Ciertamente, grandes políticos como K. Adenauer y A. de Gasperi, más tarde Mitterand, F. González y H. Kohl han ejecutado y desarrollado los Tratados. Pero los textos que hoy devienen en constitucionales estuvieron una vez simplemente ahí, en el mundo, y sobre ellos trabajaron pioneramente los juristas. Basta con pensar en el TJ como motor de la «Europa des jueges» y en otros Tribunales Constitucio-

nales europeos como el TEDH de Estrasburgo. Sin duda, con la mirada puesta en Europa, se puede hablar de una «sociedad abierta de los intérpretes constitucionales», aunque la posición primaria de los juristas no se reconoce y todavía se ha de explicar (no sólo allí, donde se desarrollan los «principios generales», sino también, por ejemplo, en el art. 7.3 de proyecto de la Convención de 2003).

¿De dónde viene? ¿Cómo se ha de aclarar y legitimar la «especial autoridad del derecho» como tal en el proceso de constitucionalización de Europa? Los elementos de creación judicial y de los juristas en general son especialmente fuertes en el derecho europeo, y en consecuencia en el derecho constitucional y administrativo europeo. Antes de que intelectuales como J. Habermas y Derrida descubrieran a Europa en el discurso (un «núcleo europeo» en contraposición a los Estados Unidos), grandes y pequeños juristas la habían desarrollado en el día a día. ¿Es esto una compensación frente al muy citado «déficit democrático»? ¿es una consecuencia del paulatino desarrollo del espacio público europeo desde la política? Dicho de modo positivo, ¿es expresión de una «cultura jurídica europea» de la que somos nuevamente conscientes? En mi opinión: ¡si! Con ella crece además la responsabilidad de todas las comunidades científicas nacionales por el derecho constitucional europeo. Comunidades que sólo pueden liberar métodos de trabajo científico-culturales/jurídico-comparados. Sin embargo, debería animarnos ver cuánto de grande es hoy la autoridad y dignidad del derecho en el nivel europeo. Sus postulados de justicia y sus contenidos de interés general tienen una gran aceptación, gozan de un gran consenso. Los ciudadanos confían en nosotros. Ellos deben forjar la legitimación diaria.

### 3. RESUMEN

El optimismo científico y el irrenunciable quantum de utopía que ha caracterizado al Estado constitucional desde J. Locke y I. Kant, no puede soslayar ciertos déficit. En la Constitución española permanece la necesidad de un artículo sobre Europa; en muchos países, incluso en Suiza, existen buenos ejemplos sobre «el derecho constitucional nacional sobre Eu-

ropa», referidos a la cuestión de los derechos fundamentales, de las regiones europeas, integración europea o la colaboración fronteriza. Así, el Tribunal Constitucional de Madrid ha de ser en parte alentado, pero también en parte criticado debido a una última tendencia orientada a recortar las autonomías. Igualmente queda saber si España no es una «democracia beligerante», pues siempre hay un límite a la tolerancia de toda sociedad abierta. ¿Pueden los partidos vascos ser «ilegalizados» sin más por el legislador o a través de una interpretación del Tribunal Supremo? Y para mencionar una agenda actual: ¿cómo se ha de ver la relación entre el Estado y la Iglesia en el marco de un derecho constitucional español y europeo de la religión? (Las demandas de profesores frente a despidos motivados por sus relaciones de pareja, la enseñanza obligatoria de la religión, ¿carácter supraconstitucional del Concordato entre España y el Vaticano?) Y finalmente: ¿cómo se ha de valorar el recurso del Gobierno vasco ante el TEDH?

En la medida que desde «Schengen» España ya no es para mí el «extranjero», se me admitirá preguntar si no puede ser que cierta política de Madrid resulta ideológicamente unitaria. Aplausos, sin embargo, debe recibir la política constitucional en la cuestión del «proceso de Barcelona» (al que se han integrado Malta y Chipre). ¿Debo aquí, sin embargo, preguntar si España pertenece a la «vieja» o la «nueva» Europa?

Desde el punto de vista jurídico esto es algo más que una pregunta «platónica» y que ya ha sido respondida en este encuentro: la Constitución española es «nueva» y «vieja», algo que también vale para la Constitución europea, la que existe y la que está naciendo.

Muchas gracias.

**Resumen:**

*El presente trabajo plantea un problema relativo a la situación constitucional del Estado español y de la Unión europea, elaborando una suerte de análisis comparativo. Para realizar este estudio, el autor parte de una serie transversal de conceptos de Constitución que proyecta sobre los distintos elementos del Estado español y de la Unión europea. La conclusión del trabajo presenta los distintos perfiles constitucionales de cada una de las comunidades políticas, pero, sobre todo, señala como ambas comparten el mismo derecho constitucional.*

**Palabras Clave:** Constitución, derecho constitucional, comparación jurídica, España, Unión europea.

**Abstract:**

*This paper delivers a problem in relation to the constitutional status of Spain and the European Union, for which it builds a comparative analysis. To reach this point, the author choose to use several concepts of the Constitution, that then are proyected on the several elements of the Spanish State and the European Union. Finally, the paper presents the different constitutional characteristics of each political comunity and concludes that both political communities share the same constitutional law.*

**Keywords:** *Constitution, constitutional law, comparative analysis, Spain, European Union.*