

LOS DESAFÍOS DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA A LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

Antonio-Carlos Pereira Menaut*
Universidade de Santiago de Compostela

Abstract

The main point in this article is that the process of constitutionalisation that is taking place in the EU is more menacing for the concept of the State than for the concept of the Constitution. In some way we may already say that there does exist an European unwritten, uncodified Constitution. The possibility that those objections rise out of a particular, old fashioned constitutional tradition —perhaps of not much use for understanding the present EU constitutional predicament— cannot be disregarded.

Keywords: State, Constitution, European Union, Constitutional and Political Traditions

Resumen

El proceso de constitucionalización que ya está teniendo lugar aunque con altibajos en la UE, desafía más al concepto de Estado que al de Constitución europea, aunque parcial, asistemática, no escrita y no codificada. Quizá no se pueda descartar la posibilidad de que las habituales objeciones a la idea de una Constitución europea procedan de una tradición intelectual perteneciente a otra época y de no mucha utilidad para comprender lo que está sucediendo ahora en Europa. No es casualidad que la constitucionalización europea tropiece con más obstáculos conceptuales (no nos referimos ahora a los políticos) en los estados miembros más estatistas, como España.

Palabras clave: Unión Europea, Constitución Europea, Teoría Constitucional.

I. Introducción

Mi principal idea en esta exposición podría resumirse diciendo que a pesar de las apariencias en sentido contrario, el proceso de constitucionalización que está experimentando la Unión Europea no implica ningún desafío

Recibido: 24.11.06. Aceptado: 10.01.07

* Prof. Titular de Dereito Constitucional.
Catedrático *Jean Monnet* de Dereito Constitucional da UE,

insuperable para la Teoría de la Constitución pero sí para la Teoría del Estado.

II. Según algunos autores ya existe una Constitución Europea

Según diversos profesores, expertos y políticos, puede decirse que ya existe una Constitución de la Unión Europea.

¿Es esto correcto? Entendemos que en general, sí. Al menos es indiscutible que existe un proceso de constitucionalización de la Unión Europea por razones como las que siguen.

A) Porque ya existe un texto constitucional formal en proceso de ratificación, aceptado ya por más de la mitad de los veinticinco estados miembros, aunque rechazado por dos muy importantes (Francia y Holanda) y mirado con recelo por otros. (Primera y menos importante de las razones).

B) Porque, ratifíquese o no esta Constitución formal, en su actual forma o en otra, es indiscutible que desde aproximadamente 1960 viene desarrollándose lo que se ha llamado una *creeping constitutionalization* de la UE (entonces no llamada así sino MC, CCEE, CEE o CE).

Pero este proceso de constitucionalización no ha sido siempre subrepticio u oculto como puede sugerir la palabra *creeping*. En parte, lo ha sido (ejemplo: asunción de competencias por vía de simple hecho, como tantas veces ocurrió), pero en gran parte, no. En gran parte, ese proceso de constitucionalización ha sido como un viaje o transformación que ha tenido varios hitos claros, públicos y formalizados: sentencias *Van Gend*, *Costa* y otras; reformas en los Tratados, elecciones directas al Parlamento Europeo y asunción de nuevos poderes por éste, reconocimiento de derechos a las personas individuales, reconocimiento de primacía...

Es cierto que otros factores formales de la constitucionalización, aunque efectivamente hayan sido formales y públicos, se han producido de una manera fragmentaria y asistemática, como por acumulación o incremento orgánico. Es cierto que todo ello se hizo a partir de unos tratados internacionales y de una organización de estados que era de naturaleza internacional y, por tanto, aparentemente no política y no susceptible de constitucionalización, en principio. Pero no es menos cierto que en el curso de ese desplazamiento hace tiempo que la Unión ha cruzado el ecuador que separa

lo internacional y externo de lo político e interno. Por tanto, ya se podría hablar en todo caso de Constitución Europea desde hace decenios, aunque con las reservas propias de ese carácter fragmentario y asistemático.

C) De acuerdo con lo anterior, la vida de la UE hasta ahora es como un desplazamiento o transformación conceptual a lo largo de una línea con forma de flecha que va de lo internacional a lo constitucional:

1	2	3	4	5	6	7
O.I.C.	O.I.I.	CF	FD	FC	EU (A)	EU (C) ¹

La frontera entre lo internacional y lo político (si en este caso puede hablarse de "frontera") estaría en torno a la zona del federalismo, pero en la práctica cualquier confederación que dure (cosa que no siempre ocurre) y cualquier organización internacional de integración que tenga éxito mostrarán pronto algunos rasgos de naturaleza política y, por tanto, interna o constitucional.

D) Lo anterior es un juicio basado en transformaciones conceptuales o ideales, un viaje por el mundo de los conceptos. Pero algo parecido ocurre en el terreno de las instituciones, que es un terreno mucho más visible (por ejemplo, cualquiera puede ver que la ONU no tiene un parlamento elegido por sufragio universal). El proceso de constitucionalización de la UE puede ser explicado también como un viaje desde el mundo de las instituciones internacionales al de las constitucionales. En el primero no hay gobierno, parlamento, tribunales con jurisdicción independiente de la voluntad de los pactantes, derechos de las personas individuales, efecto directo de las acciones de gobierno sobre los territorios y personas de los estados miembros, división de los poderes constitucionales (que no existen), control del poder ejecutivo por el parlamento (que no existe), representación popular, elecciones... En las comunidades *políticas*, regidas por constituciones, existen, por el contrario, todas esas cosas.

La Unión Europea fue asumiendo estos elementos institucionales —todos constitucionales por su naturaleza— en un desordenado proceso que

¹ Clave: organización internacional de cooperación, organización internacional de integración, confederación, federalismo dual, federalismo cooperativo, estado unitario (autonómico o regionalizado), estado unitario simple

tuvo lugar aproximadamente entre 1962 (*Van Gend*) y 1997 (Amsterdam), más o menos como sigue:

A) efecto directo: sentencia *Van Gend*, 1963

B) primacía: 1964, sentencia *Costa*

C) derechos fundamentales (aparte de las libertades económicas): 1970, sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*

D) poderes implícitos: 1971, sentencia *AETR*

E) 1979 en adelante: conversión de la asamblea en Parlamento (lo que implica, como en cadena, representación popular, elecciones directas por sufragio universal, partidos políticos europeos, progresivo aumento de los poderes presupuestarios y legislativos de ese Parlamento, progresivo control del mismo sobre la Comisión...)

F) 1984, 1994, 2004: sucesivos proyectos de Constitución europea (Spinelli, Herman, Giscard)

G) 1986: Acta Única Europea

H) 1992 en adelante: Tratado de Maastricht (con todo lo que implica: ciudadanía, duración ilimitada de la Unión, etc.); moneda única; política exterior y de seguridad común, aumento de la cooperación en justicia e interior; existencia de competencias exclusivas de la Unión, incesante aumento de competencias por autoatribución *de facto*, espacio Schengen, etc.

III. ¿En qué desafía la Unión Europea a la teoría constitucional tradicional?

Antes de seguir adelante tenemos que dejar apuntada, aunque sea sin profundizar, una cuestión que de por sí justificaría muchas conferencias: ¿a qué teoría, cultura, tradición o visión constitucional llamamos “ordinaria”, “usual” o —valga la redundancia— “tradicional”? En España, que —como la mayor parte de los países— carece de verdadera tradición constitucional, al hablar de Teoría constitucional usual, ordinaria, tradicional o generalmente aceptada, lo más probable es que nos estemos refiriendo en realidad a la francesa, si el libro que usamos es anterior a 1978, y a la alemana si es posterior a esa fecha.

Por tanto, cuando aquí se dice que la Unión Europea desafía al constitucionalismo tradicional habría que preguntarse, en primer lugar, cuál de las tradiciones constitucionales es la que se está dando por supuesta. Y —muy importante— en segundo lugar no podemos dejar de cuestionarnos qué nos ha llevado a hablar así, como si no hubiera otra tradición, pues basta abrir los ojos para ver que Alemania no es la única ni la más antigua de las democracias constitucionales del mundo; ni siquiera lo es Francia. En realidad, con una visión crítica podríamos sospechar que una tradición constitucional que considerase como sus máximos exponentes clásicos a Kelsen por un lado y a Schmitt por el otro (lo que no es infrecuente en el caso español), probablemente no será demasiado tradicional y quizá tampoco será demasiado constitucional. Cuando entre nosotros la gente habla de constitucionalismo tradicional tienen normalmente en la mente una constitución codificada y estatista. Si quien habla o escribe se ha formado (o se ha reciclado) en los últimos veinticinco años, coronará probablemente ese edificio con unos ambiciosos derechos sociales, un conjunto de valores positivizados y un tribunal constitucional.

Dicho eso, pasamos a enumerar los principales puntos en los que se dice que hay un choque entre esa teoría constitucional que se supone universal o generalmente aceptada y la constitución de la Unión Europea.

A. Sin pueblo no hay constitución

Ciertos autores, de los que descuellan algunos alemanes, sostienen que sin pueblo no puede haber constitucionalismo (*ohne Volk, keine Verfassung*). Dentro de esta objeción caben diversas variantes de mayor o menor intensidad: ausencia de un pueblo del que pueda emanar la legitimidad, ausencia de un titular de la soberanía, inexistencia de valores comunes, inexistencia de un rebuscado y vago “suelo común existencial” (*existentielle Gesamtheit*, como dijo el Tribunal Constitucional alemán).

B. Sin Estado no hay constitución

He aquí otra objeción muy frecuente entre ciertos profesores tanto españoles como de otros países. Parte de la base nunca demostrada de que

no hay otro escenario o *locus* de lo político que el Estado. Tanto lo inferior como lo superior al Estado quedarían fuera de lo político, bien por debajo —familias, asociaciones, instituciones de la sociedad civil, regiones; según los casos—, bien por arriba —organizaciones internacionales—.

En relación con esta objeción existe otra: que la Unión Europea, al ser una unión de estados, tiene necesariamente que pertenecer al terreno del Derecho internacional, en el cual no se dan constituciones sino tratados internacionales.

C. Sin poder constituyente no hay constitución

Otros alegan que no hay constitución sin poder constituyente formalizado (y, mejor, democrático) que la elabore, como en la Revolución Francesa. Este planteamiento tiene también que ver con la titularidad de la soberanía, la democracia, la elección popular de los constituyentes y otros aspectos frecuentes en las constituciones de nuestros estados democráticos.

D. Sin documento formal no hay constitución

Según este planteamiento, sin un documento formalizado con ese fin y con esa denominación, no puede haber constitución. No es una cuestión nominalista —se nos dice—; el documento podría denominarse carta o ley fundamental, pero tiene que existir algún documento constitucional inequívocamente identificable como constitución del país que se trate. Es claro que esto no se cumple en la Unión Europea por ahora, al menos mientras no se apruebe la Constitución giscardiana u otra. Sin constitución formal —según este planteamiento— la Unión no tendrá otra cosa que un Tratado internacional, y el propio proyecto giscardiano es eso, un Tratado, sometido, como tal, al Derecho de los tratados.

E. Si no es única y suprema, no es constitución

La constitución tiene que ser única y suprema, lo que no sucede en la Unión Europea (suprema, sí es, aunque por sentencia judicial aceptada por la práctica y la legislación ulteriores).

IV. ¿Qué hay de cierto en esas objeciones?

¿Cuánto peso tienen esas objeciones y, en todo caso, pesen poco o mucho, cuán importantes son? Intentaremos dar una respuesta razonable, o sea, conforme con la realidad, el sentido común y la razonabilidad.

A) Acerca de la primera (“sin pueblo no hay constitución”) hay que señalar que el *demos* político es un invento reciente y posterior al nacimiento del constitucionalismo. En España, antes de 1812 ni siquiera se hablaba de “pueblo español” ni de ninguna otra locución equivalente. En Alemania, a partir de 1945, un mismo *demos* quedó repartido en dos estados con sus respectivas constituciones (tres, si contásemos Austria). Al independizarse los antiguos virreinos hispanoamericanos tampoco se mantuvo la supuesta correspondencia un pueblo-una constitución. Y si pasamos ahora a considerar continentes enteros, hemos de admitir que mucho más cerca de tener un pueblo está Iberoamérica que Europa, y sin embargo está mucho más lejos de tener una constitución.

La razón de fondo reside en que la necesidad de tener una constitución se deriva de la necesidad de controlar el poder y no de ser un *demos*. Que una comunidad política esté formada por un *demos* (no un simple conglomerado de personas arrojadas a una isla desierta por casualidad) es una gran ayuda para el funcionamiento de una constitución pero no es una condición necesaria (pues sin pueblo puede haber constitución) ni suficiente (pues no por tener un *Volk* se tiene automáticamente vida constitucional como se vio en el caso alemán). Si no hay pueblo puede haber constitución, si bien hemos de admitir que al ponerla a funcionar podemos encontrarnos con mayores dificultades, por ejemplo en materia de legitimidad —imaginemos un hipotético presidente de toda la Unión Europea elegido por sufragio universal con el único requisito de ser el candidato más votado, como en Estados Unidos, quizá con un participación electoral baja—. Por lo mismo, la inexistencia de un único pueblo también disminuye la posibilidad de considerar toda Europa como un único distrito electoral para efectos de *referendum*, lo que restringe las posibilidades de acudir a ese tipo de consulta. Los lapones podrían no sentirse vinculados por los votos emitidos por los portugueses. Si los portugueses y españoles se autoexaminan podrían quizá descubrir que tienen más en común con los iberoamericanos que con los lituanos.

B) Acerca de la segunda objeción (“sin Estado no hay Constitución”) hay que señalar que está demasiado vinculada a la experiencia de algunos estados unitarios europeos e hispanoamericanos (Francia, Italia, España, Portugal, Chile, Perú). Es de suponer que en un sistema federal como Brasil o Canadá no sería necesario insistir mucho para rebatir ese argumento. Canadá tuvo un documento constitucional ya en 1867, más de cien años antes de ser un estado independiente, y tuvo que coexistir con los documentos constitucionales de sus provincias.

Conceptualmente “estado” y “constitución” son dos nociones opuestas, pues la primera es la máxima concentración de poder en un territorio determinado mientras que la constitución es la máxima dispersión del poder. El estado es la soberanía, los derechos humanos son la negación del carácter absoluto de la soberanía. Como escribió Martin Kriele, entre otros, en un sistema realmente constitucional nadie debería ser soberano.

Alemania dejó de ser un auténtico Estado soberano en 1945, justo cuando comenzó a tener verdadera vida constitucional estable por primera vez en su historia.

Relacionada con la no estatalidad de la Unión está la anterior objeción según la cual la Unión Europea nunca podrá tener una constitución sino un tratado internacional. Aparte de que no será el primer caso de constitución a partir de un tratado internacional (Chipre), esa objeción nos dice mucho sobre el procedimiento de elaboración de un documento pero poco sobre el contenido. Si un tratado internacional que entra en vigor en un grupo cualquiera de países contiene un Código Civil, ¿será acaso, por esa razón, por tener forma de tratado internacional, menos civil? La Constitución alemana no fue formalmente el producto de un tratado, pero es innegable que sus redactores trabajaron bajo el amparo de los acuerdos a que llegaron los tres estados ocupadores (Estados Unidos, Reino Unido y Francia).

Con todo, esa no-estatalidad de la Unión Europea tendrá algunas consecuencias constitucionales que no se pueden ignorar. Para empezar, si la Unión no es ni va a ser un Estado, sus instituciones de gobierno no deberán ser como una fotocopia ampliada de las instituciones estatales. La Unión no debe ser *perfecta* (en el sentido en que un Estado pretende ser una *perfecta societas*); debe ser incompleta: no tiene necesariamente que tener todos los poderes y competencias, ni posibilidad de recurso a la coacción física, ni competencia universal, ni competencia sobre las competencias.

C) El tercer problema —sin poder constituyente no hay Constitución— no soporta la confrontación con la historia constitucional. En sentido material, siempre habrá algún poder constituyente: alguna persona u órgano capaz de producir una constitución, pues todas las constituciones, como todas las leyes, han sido creadas por alguien. Pero existen varias constituciones que no fueron fruto de un poder constituyente formalizado ni democrático como el de Sieyès. Las constituciones de Canadá y otras antiguas colonias británicas fueron dictadas por el poder legislativo británico como leyes ordinarias del mismo. O bien, ¿quién ejerció el poder constituyente en Alemania en 1949? ¿Las tropas aliadas que vencieron a Hitler y la ocuparon durante varios años? ¿En virtud de qué poder constituyente legítimo está en vigor en el territorio de la antigua República Democrática alemana la Ley Fundamental de Bonn (que era sólo occidental y además provisional)?

Con todo, no negaremos que la inexistencia de un poder constituyente claro y democrático puede plantear problemas (pero salvables) relacionados con la democracia, la soberanía (entendida ahora como titularidad originaria) y la legitimidad.

D) En cuanto a la objeción basada en la inexistencia de un documento formal, es poco importante. En el momento actual, personalmente estoy en favor de un documento constitucional formal y solemne (pero no único) para Europa. Pero eso no quiere decir que sea el principal de los problemas constitucionales a los que se enfrenta la Unión en nuestros días. Al final, toda constitución que dura se convierte en un objeto multiforme, relativamente descodificado y enmarañado. Así le ha ocurrido a la española actual, y es un síntoma positivo aunque no lo parezca a primera vista.

E) Por lo que se refiere a la última cuestión (no es única y suprema, no es constitución), se trata de una objeción florecida en el suelo de una cultura estatista y unitaria; basta con trasladarnos a un estado federal como Australia, o Estados Unidos para ver que no merece mucho detenimiento. Ya queda dicho que la Constitución de la Unión disfruta desde hace decenios de supremacía. Baste recordar que la Constitución de España (y las demás de los estados miembros de la Unión) no es única ni suprema en el territorio español desde hace esos mismos decenios, sin que por ello surja ninguna corriente doctrinal en favor de que haya dejado de ser una Constitución.

V. Conclusión

Si las cosas son así, la futura constitución europea no debería ser como las constituciones de los estados tradicionales. Paradójicamente, tendría que ser una constitución por así decirlo premoderna y postmoderna, preestatal y postestatal; una constitución para una comunidad política *sui generis* formada a su vez por comunidades políticas. No debe tener la forma de una pirámide sino más bien la de un límite, un techo que no se puede sobrepasar, un marco que señala límites (la idea de la Constitución como límite, más que como organización o fundamento, es clave para el pensamiento constitucional).

El gran desafío al que se enfrenta ahora el constitucionalismo europeo (y, en menor medida, también en otros casos de integración supraestatal) es el de ser capaces de *acomodar* comunidades políticas o pueblos sin uniformarlos, homogeneizarlos ni destruirlos —crecer en constitucionalismo sin crecer en estatismo—. Obsérvese que eso puede también afirmarse de la creciente supranacionalización de los derechos y valores.

Para ello, es posible que nos sea útil volver al constitucionalismo preestatal; volver a los orígenes del constitucionalismo. No sería volver al pasado —aventura, además, imposible—, sino *back to the future*, por así decirlo. Al fin y al cabo, no se puede descartar la posibilidad de que el Estado, con su pretensión de poder absoluto en un territorio determinado, haya sido un paréntesis en la historia de la humanidad. ¿Corresponderá a esta generación europea la tarea de cerrar ese paréntesis?