

DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMÚN EUROPEO A LA CONSTITUCIÓN EUROPEA. ¿CAMBIO DE PARADIGMA EN LA LEGITIMIDAD DE LA UNIÓN?¹

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

SUMARIO

- I. Poder legítimo, Constitución y Unión Europea.
- II. El derecho constitucional común europeo como instrumento de legitimidad.
- III. El cambio de paradigma: la Constitución europea.

La construcción europea fue durante mucho tiempo la fiesta del Derecho. El espectador no podía dejar de maravillarse ante un proceso de integración que hallaba en la reivindicación y el reconocimiento jurisdiccional de los derechos subjetivos su impulso capital. Sin embargo, la expansión cuantitativa y cualitativa del fenómeno europeo hizo emerger de manera paulatina y difusa la reflexión sobre sus fundamentos político-constitucionales, discusión que al-

1 El presente trabajo se concluyó en el verano de 2004. Entonces pensé que la Constitución europea podía impulsar paralelamente la transformación democrática de la integración europea y la europeización del derecho constitucional estatal. Un año después, el panorama es bien diverso y no me cuesta reconocer que ahora ya sí existe una clara respuesta a la pregunta final de mi trabajo sobre la existencia de un verdadero momento constituyente. Por otro lado, su condición de estudio premiado me obliga a respetar íntegramente el contenido original, sin dar cuenta del Dictamen del Consejo de Estado, la Declaración del TC y las opiniones doctrinales que las han comentado. Pese a estos dos graves inconvenientes, quiero pensar que gran parte del ensayo aún conserva algo de interés, siquiera como mirada alternativa. Es justo finalmente que reconozca la ayuda de la profesora de derecho romano Dalva Tonato, quien con su irónica inteligencia, la recomendación de lecturas y sus resistentes argumentaciones me ayudó a comprender la relevancia del concepto clásico de «derecho común».

canza ahora su cenit con el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

En mi opinión, el deseo de estipular una Constitución implica un cambio radical en los presupuestos de legitimidad que habían alimentado la construcción de Europa. Esta es la tesis principal de mi trabajo. Para desarrollarla, en el apartado I, a modo de introducción, intento encuadrar la conexión del derecho constitucional con el problema de la legitimidad del poder. Trato de recordar en qué medida la integración europea ha quebrado el modelo clásico de justificación del poder y cómo debemos replantear el estudio de este problema. En el apartado II, entro de lleno en el análisis del que, creo, ha sido el paradigma dominante a la hora de legitimar el poder la Unión, el llamado derecho constitucional común europeo. Pruebo a identificar sus presupuestos político-constitucionales, y también muestro sus limitaciones, en especial, su incapacidad para ofrecerse como un cuerpo normativo producto de una voluntad política que pueda competir con los constituyentes estatales. En el apartado III, me detengo ya sobre el nuevo paradigma de legitimidad que incorpora la Constitución europea en su aspiración por superar las insuficiencias del derecho constitucional común europeo. Para ello es condición fundamental que la futura Constitución sea realmente expresión de una «voluntad popular». Consecuentemente, dedico gran parte del apartado final a explorar las posibilidades de que la Constitución europea, dado el estado actual de los ordenamientos europeo y estatal, se apruebe mediante procedimientos capaces de crear un verdadero «momento constituyente».

I. PODER LEGÍTIMO, CONSTITUCIÓN Y UNIÓN EUROPEA

I.1. EL LUGAR DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DEL PODER

Mandar y obedecer pertenecen al núcleo de las experiencias primarias del ser humano. El concepto de poder reúne ambas prácticas en la forma de una relación causal: el poder es la motivación de una voluntad por otra². La pregunta preliminar a la que quiero acercarme en estas páginas versa sobre la relación del derecho constitucional con el poder. A priori, la cuestión no tiene mayor dificultad. El derecho constitucional organiza el poder. Pero, tal afirmación aporta bien poco. Siguiéndola al pie de la letra tendríamos que concluir que allí donde se da el poder, existe el derecho constitucional. Y es verdad que junto al poder siempre encontramos reglas, cuando menos la regla que señala quién ostenta el poder (aquí el término regla indica en sentido estricto una regularidad). Sin embargo, no todas esas reglas pueden ser calificadas como de-

2 Cfr. H. HELLER: *La soberanía*, trad. M. de la Cueva, 2.ª ed., FCE, México, 1995, pág. 111; véase también una versión contemporánea en J. ISENSEE: «Staat und Verfassung», HStR, Vol. I, C.F. Müller, Heidelberg, 1994, pág. 617 y sigs.

recho constitucional. Es precisamente esa frontera la que explica el lugar que ocupa el derecho constitucional en el problema de la legitimidad del poder.

La relación causal propia del poder (una voluntad que ordena y otra que obedece), ha sido siempre problemática, como nos muestra la historia del constitucionalismo. Se hace aún más grave cuando el pensamiento y la praxis política arrebatan la soberanía al monarca para situarla en manos del pueblo. En ese momento, la separación entre gobernantes y gobernados se convierte en un dilema capital, que a la vez muestra la conexión directa del derecho constitucional con el problema de la legitimidad del poder³. Así las cosas, las Constituciones modernas surgen con la intención de organizar el poder de modo que el ciudadano lo conciba como un poder que nace del pueblo⁴. Con el derecho constitucional el fenómeno del poder deja de ser la expresión de una relación causal, para manifestarse en forma de relación jurídica: sólo determinadas voluntades, formadas de una manera predeterminada por reglas jurídicas son manifestación de poder legítimo y, por tanto, potestad pública. No puede extrañar, entonces, que el derecho constitucional, producto de la historia contemporánea, se distinga formal y materialmente del resto de las reglas que tienen relación con el poder. Formalmente, mediante atributos de sobra conocidos; el derecho constitucional está compuesto por normas jurídicas, supremas, rígidas, garantizadas jurisdiccionalmente y, normalmente, escritas. Materialmente, porque el derecho constitucional estipula los principios políticos que unifican una comunidad plural, porque es expresión de la autocomprensión política de un pueblo, en fin, porque recoge una precisa legitimidad política.

Ahora bien, la teoría constitucional, para ser útil y dar plena consistencia a la función del derecho constitucional —organizar y limitar el poder mediante reglas jurídicas— debe resolver de una vez por todas la relación del derecho constitucional con el problema de la legitimidad del poder; ha de neutralizar la politicidad inherente a toda Constitución y presentar su legitimidad como paradigma indiscutido. Sólo así, la teoría constitucional facilita el nacimiento de una disciplina que se ocupa de identificar y enunciar las normas constitucionales a partir de las disposiciones recogidas en el texto constitucional, cuya legitimidad se presupone. Es bien sabido que ese cierre de la politicidad se logra en la teoría clásica con el concepto de poder constituyente⁵. La separación

3 La formulación clásica del dilema se la debemos a SIEYÈS: *¿Qué es el tercer estado?*, trad. F. Ayala, Aguilar, Madrid, 1973, pág. 72. Una vez más, C. SCHMITT logra formularlo con especial claridad, véase su *Teoría de la Constitución*, trad. F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982, págs. 221 y sigs.

4 El expresivo punto de partida son los artículos 1 y 2 del Título III de la Constitución francesa de 1791: (1) «La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna parte del Pueblo, ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio», (2) «La Nación, de la cual únicamente emanan todos los poderes, no puede ejercerlos más que por delegación. La Constitución francesa es representativa: los representantes son el cuerpo legislativo y el Rey».

5 A continuación realizaré una exposición breve y estilizada. Basta con recordar dos trabajos clásicos en referencia al problema del poder constituyente, H. EHMKE: «Grenzen der Verfassungsänderung», en su libro *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, Athenäum Verlag, Königstein, 1981; y, P. DE VEGA: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.

entre gobernantes y gobernados se salva organizando y sometiendo el poder de los gobernantes a reglas dictadas por el pueblo (los gobernados). El poder de los gobernantes cobra así su legitimidad de la voluntad soberana del pueblo y se manifiesta como poder delegado, nunca originario⁶. La acción unitaria del poder constituyente funda la positividad del Derecho⁷; en ese instante, el derecho constitucional cobra autonomía frente al devenir cultural, es ya la expresión solidificada de los valores compartidos. Entonces, la función primaria del derecho constitucional consiste en ser jurídicamente eficaz frente a los embates de la coyuntura. Garantizándose la Constitución, se preserva la soberanía del pueblo. Correlativamente, la teoría constitucional tiene el empeño primordial de elucidar el sentido inmanente del texto constitucional exclusivamente con el auxilio de criterios hermenéuticos predeterminados, sin dar trascendencia a otras valoraciones⁸.

I.2. LA QUIEBRA DEL MODELO CLÁSICO MERCED AL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA

El modelo recién descrito se cuestiona con el proceso de integración europea. La fractura se hace evidente a partir de un simple dato: de la Unión brota un poder singular, distinto a los poderes estatales⁹. Ese poder se ejerce por un complejo orgánico diferente al diseñado por la Constitución y toma la forma de potestad pública¹⁰. Esa potestad, en su triple manifestación funcional, la normativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, suprime, crea y modifica unilateralmente situaciones jurídicas tanto de los Estados como de los particulares, sin la ne-

6 Queda, sin embargo, justificar la unidad de acción del poder constituyente para dotar al concepto de plena operatividad. A este expediente se aplica en tiempos modernos el dogma de la representación. Al negarse desde los inicios del pensamiento democrático la expresión del constituyente por vía de la unanimidad, se hace preciso reconstruir la unidad mediante una ficción. El pueblo sólo se convierte en un ente empíricamente abarcable cuando se hace presente en una o varias personas físicas, sus representantes. G. LEIBHOLZ: *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 2.^a ed. Walter de Gruyter, Berlin, 1960, pág. 25 y sigs. C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, pág. 208.

7 H. HELLER: *La soberanía*, pág. 127 y sigs.

8 De ahí que se conciba al Tribunal Constitucional como mero «comisionado del poder constituyente», cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 1983, pág. 197.

9 No se trata, sin embargo, de un poder extraño a los Estados. Los Estados son un elemento fundacional e imprescindible en la estructura constitucional de la Unión. Así lo prescribe el art. 6 TUE y lo remacha expresivamente el art. I-1 de la Constitución europea: «La presente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados...». En definitiva, la Unión articula una doble integración: de ciudadanos y de Estados, cfr. W. HERTEL: «Die Normativität der Staatsverfassung und einer Europäischen Verfassung», *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Vol. 48, 2000.

10 Nace, pues, de una previsión jurídica —los Tratados— y vincula de manera unilateral. También para el análisis del derecho de la Unión sigue siendo fundamental e imprescindible el concepto de potestad elaborado por S. ROMANO: «Poteri, Potestà», en su recopilación *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983.

cesidad de una actividad estatal de naturaleza habilitadora. Por decirlo de manera concluyente, el derecho de la Unión tiene eficacia directa. Lo corrobora el art. 249 TUE¹¹, al configurar al reglamento como directamente aplicable. Pero también lo confirma implícitamente la propia Constitución española. La atribución de competencias derivadas de la Constitución sólo puede ser la transferencia de potestad pública capaz de crear situaciones jurídicas de modo unilateral; en caso contrario, la transferencia sería condicionada, por tanto, incoherente con el sentido de la propia institución¹².

El estado de crisis se acentúa, hasta hacerse definitivo, en la medida que la manifestación de potestad pública comunitaria conforma un ordenamiento¹³. El derecho de la Unión no es un complejo normativo que gane de forma heterónoma su naturaleza sistemática y su coherencia material. El Tratado manda que el Tribunal de Justicia garantice el Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado (art. 220 TCE). Este mandato es simplemente una reivindicación del carácter sistemático del derecho comunitario¹⁴. El conjunto normativo de la Unión se puede reconducir a una serie de principios formales y materiales que lo estructuran, dándole unidad, coherencia y plenitud.

La naturaleza ordinamental del derecho de la Unión presenta ya sin tapujos la crisis de la Constitución española en la solución del problema de la legitimidad del poder. En el caso de que se tome la versión más dura, que defiende la autonomía originaria del ordenamiento de la Unión, ni siquiera es factible hablar de crisis de la Constitución. La Constitución se concibe como una realidad separada y ajena al ordenamiento comunitario, que se sostiene sobre bases propias de legitimidad¹⁵. En estas circunstancias, lo correcto sería certificar el parcial finiquito de la Constitución. El escenario de crisis se vive sólo cuando se re-

11 En la Constitución europea esta idea se repite en la regulación del nuevo sistema de fuentes —en este caso la ley europea, art. I-33—, pero también encuentra una nueva expresión en la identificación de competencias exclusivas de la Unión, art. I-13.

12 Sobre esta comprensión del art. 93 cfr. A. REMIRO DE BROTONS: «Artículos 93 y 94», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VII, dir. O. Alzaga, Cortes Generales y Edersa, Madrid, 1998, pág. 573 y sigs.; P. PÉREZ TREMPES: *Constitución española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 56 y sigs.; y, A. LÓPEZ CASTILLO: *Constitución e integración*, CEC, Madrid, 1996, pág. 79 y sigs.

13 En mi opinión, la expresión más acertada de la naturaleza ordinamental sigue siendo la decisión del Tribunal de Justicia en el Dictamen 1/91, de 14.12.91 (I-6079, párrafo 21): «... los Tratados Comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico a favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros sino también los ciudadanos».

14 T. TRIDIMAS: *The General Principles of EC Law*. Ed. Oxford University Press, Oxford, 1999, pág. 9 y sigs.

15 Por ejemplo, desde hace ya mucho tiempo, y con diversos argumentos y acentos F. MANCINI: «The making of a Constituion for Europe», CMLR 26: 595-614, 1989; T. OPPERMANN: «Zur eigenart der Europäischen Union», en *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, C.F. Müller, Heidelberg, 1994; J.A. FROWEIN: «Die Verfassung der Europäische Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten», *Europarecht*, núm. 30, 1995; U. EVERLING: «Zur Stellung der Mitgliedstaaten der Europäische Union als «Herren der Verträge»», en *Festschrift für R. Bernhardt*, Springer, Berlin, 1995; y, sobre todo, N. MACCORMICK: «Das Maastricht Urteil: Souveränität heute», *Juristische Zeitung*, 1995, 797.

cuerda que el ordenamiento de la Unión nace formalmente de Tratados ratificados según los procedimientos constitucionales. La Constitución habilita un cuerpo normativo que ordena potestades. Cuerpo normativo que, por un lado, no responde a los paradigmas materiales del constitucionalismo clásico y, por otro, se desenvuelve sin conexión formal con el ordenamiento constitucional estatal más allá de ese primer acto de habilitación. Además, la desconstitucionalización del ordenamiento comunitario aumenta cuando los mecanismos de control jurídico previstos en la Constitución, especialmente el control de constitucionalidad, retroceden a favor de los órganos jurisdiccionales comunitarios. Llegados a este punto, el problema de la legitimidad se deja formular en modo de binomio disfuncional. En primer lugar, el ordenamiento de la Unión defrauda la función del derecho constitucional. Ordena el poder pero no consigue justificarlo, pues carece de la legitimidad de origen de una Constitución y no responde fielmente al contenido de una Constitución. En segundo lugar, la Constitución pierde su plena funcionalidad. Aunque nace del poder constituyente y recoge los contenidos prototípicos del constitucionalismo, no es capaz de alcanzar y ordenar la nueva realidad de poder, el poder comunitario¹⁶.

I.3. CÓMO PENSAR EL PROBLEMA DEL PODER DESDE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL. UNA HIPÓTESIS DE TRABAJO

La Unión, al poner en crisis el modelo explicativo tradicional, aviva la conexión indisoluble del derecho constitucional con el problema de la legitimidad del poder. Pero también nos obliga a replantear algunos postulados básicos. En este caso, para saber cómo se ha de componer el problema de la legitimidad, el primer paso no ha de ser otro que explicitar, siempre a modo de hipótesis, qué nos preguntamos cuando indagamos sobre la justificación del poder. Sólo a partir de aquí será posible reconstruir la relación del derecho constitucional con la legitimidad del poder más allá del modelo clásico y, en especial, para lo que ahora nos interesa, en la especulación relativa a la Unión.

En mi hipótesis de trabajo, obviamente, no pretendo definir sustancialmente qué sea el poder legítimo. Con una ambición muchísimo más limitada, sólo quiero plantear, los modos y los tiempos de la legitimidad del poder. Los modos de la legitimidad indican simplemente los tres interrogantes básicos que se han de responder cuando se organiza una estructura política desde el punto de vista de su legitimidad: ¿Quién decide (y cómo decide)? ¿Cuáles son

¹⁶ Varios son los autores que han destacado esta tensión disfuncional, cfr. K. HESSE: «Die Welt des Verfassungsstaates-Einleitende Bemerkungen», en *Die Welt des Verfassungsstaates (FS Häberle)*, dir. Morlok, Nomos, Baden-Baden, 2000. P. HÄBERLE: «Europa-eine Verfassungsgemeinschaft?», en su libro *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Nomos, Baden-Baden, 1999; I. PERNICE: «Europäisches und nationales Verfassungsrecht» en *VVDStRL* 60, 2001; N. WALKER: «The Idea of Constitutional Pluralism», *MLR*, Vol. 65, 2002; F. BALAGUER CALLEJÓN: «Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos», *Rev. Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, pág. 186 y sigs.

los límites de su decisión? Y, ¿cuáles son los fines que ha de perseguir? La idea de los tiempos de la legitimidad hace hincapié en los momentos que generan tales interrogantes.

La primera pregunta —¿quién decide y cómo decide?— nos explica el título que asiste a las personas habilitadas para dictar órdenes que vinculan de manera unilateral a cualquier miembro de la comunidad. Se trata, en definitiva, del parámetro procedimental de la legitimidad. El segundo interrogante atiende cautelosamente al riesgo de la deriva tiránica. Se sospecha incluso del modo de selección y decisión más pulcro y se establecen controles políticos y, sobre todo, límites jurídicos infranqueables. Nos encontramos así en el modo de la legitimidad sustancial. Por último, la tercera pregunta, referida a la legitimidad funcional o finalista, indica que la acción de poder, si quiere ser precisamente eso —acción— y no mero diletantismo, requiere inexcusablemente de una intención, de un fin que la guíe¹⁷.

Pero los modos del poder tienen también sus tiempos, que modulan la intensidad y la forma de las tres preguntas atinentes a la legitimidad del poder. Esos tiempos no pueden ser otros que el momento del poder constituyente y el momento de los poderes constituidos. En este trabajo nos interesa exclusivamente la cuestión de la legitimidad del poder cuando actúa para estipular una Constitución¹⁸. En principio, esto puede parecer una tarea inútil e incluso espuria. Dada la soberanía del poder constituyente, discurrir sobre la legitimidad procedimental o los límites a ese poder parecería tremendamente heterodoxo. No creo que sea así. Fuera de los supuestos excepcionales en los que el poder constituyente se presenta como un poder fáctico y espontáneo, de naturaleza revolucionaria, la reivindicación por parte de un grupo como titular del poder constituyente tiene que estar justificada, sometida a condiciones. Seguramente esas condiciones no estarán formuladas en términos normativos, pero eso no quiere decir que hayan de quedar al margen de la teoría constitucional. En mi opinión, pertenece al cuerpo principal de la teoría constitucional ocuparse de esas circunstancias que justifican a un poder como constituyente, de esos requisitos que, al cumplirse, dotan a un poder de una especial legitimidad, distinta de la que ostentan los poderes constituidos.

17 Sorprende que a menudo esta pregunta se pase por alto, pese a ser la búsqueda de un fin —la seguridad— la idea que inspiró la formulación teórica de la soberanía y la unificación fáctica del poder. Es más, la segunda mitad del siglo xx escenifica la reconstrucción de la teoría del Estado a partir de la idea de fin. Formalmente, mediante la cautivadora proposición de la función de gobierno, que dota de unidad al Estado. Materialmente, a través de la idea del Estado social y la búsqueda de la igualdad y libertad reales.

18 En el momento constituido, las tres preguntas sobre la legitimidad del poder se desenvuelven ya en los espacios de la Constitución. En esas circunstancias es posible realizar un discurso estrictamente jurídico, en el que no se hablará de poder legítimo o ilegítimo, sino, más precisamente, de potestad válida o inválida. La Constitución ha posibilitado el tránsito de un discurso sobre la legitimidad a un discurso sobre la juridicidad, cfr. en este sentido I. DE OTTO: *Derecho constitucional*, 2.ª ed., Ariel, Madrid, 1988, pág. 19 y sigs. F. BALAGUER CALLEJÓN: «Soberanía popular y democracia», *Rev. Derecho Político*, núm. 27-28, 1988, pág. 101 y sigs.

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMÚN EUROPEO COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMIDAD

II.1. BREVE ACERCAMIENTO A LA CATEGORÍA CLÁSICA DEL DERECHO COMÚN

La Unión, apenas desde su fundación, ha intentado construir un sustrato de legitimidad mediante la invocación de «las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros» y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos. Ese magma constitucional compartido, el derecho constitucional común europeo, sería el pilar que sostiene, en ausencia de una Constitución formal, la legitimidad del poder y la estructura ordinal de la Unión. Necesitamos, por tanto, repasar la elaboración y construcción normativa de esta categoría para elucidar todas sus implicaciones. Pero antes es necesario recuperar brevemente el sentido de la idea general de la que trae causa, el «derecho común». En mi opinión, el reverdecimiento de una acepción tan significativa en la historia del derecho no resulta de una adjetivación inconsciente, sino que encierra hondas implicaciones que nos pondrán sobre la pista certera para comprender el significado constitucional del derecho constitucional común europeo.

Es de sobra conocido que la categoría «derecho común» surge durante el renacimiento jurídico de finales del siglo *xv* y señala la recuperación y el alzamiento del derecho romano frente a la pluralidad de leyes con las que convive. Ya en ese momento histórico se hace explícito el triple significado del derecho común. En una primera apreciación inmediata se destaca la fragmentación jurídica y la consecuente dificultad en la identificación de la regla aplicable¹⁹. El derecho común quiere ser el instrumento que ponga fin, o al menos minimice, los perjuicios de esa fragmentación. Pero esa tarea es en aquel entonces una labor esencialmente intelectual²⁰. La revalorización del derecho común responde al impulso de construir un sistema desde el que sea posible comprender y articular los derechos singulares. El derecho común, por tanto, es un afán dogmático que pretende componer desde los textos clásicos un complejo de principios y categorías con los que explicar, orquestar y completar la derivación de la *ratio* común que suponen los derechos singulares. Esfuerzo dogmático con resultados prácticos que, por último, asume la clara función política de reconstruir el Imperio. La diversidad de fueros refleja una pluralidad de autoridades. El deseo de reestablecer el Imperio impone la indefectible exigencia de

19 Para una perspectiva general del contexto histórico, cfr. H. COING: *Derecho privado europeo*, Vol. I, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, pág. 73 y sigs.

20 Cfr. F. WIEACKER: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.^a ed. Vandenhoeck&Ruprecht, Göttingen, 1967 (reimpresión 1996) pág. 146 y sigs. R. ORESTANO. «Il «Corpus iuris» e gli svolgimenti della scienza giuridica europea», en su recopilación *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987. F. TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de Historia del Derecho Español*, 4.^a Ed., Tecnos, Madrid, 1995, pág. 180.

edificar el Derecho sobre una base común. La existencia de una autoridad suprema requiere la vigencia preferente de un derecho común²¹.

Partiendo de la coyuntura histórica es posible, de la mano de CALASSO, elaborar una concepción intemporal del derecho común²². Sólo así, mediante su representación como categoría o concepto, podremos extraer alguna utilidad para la comprensión del derecho constitucional común europeo. El uso del concepto de derecho común implica la existencia de dos complejos normativos que se contraponen dentro de un mismo sistema. La oposición sólo puede nacer por la referencia de ambos complejos a un idéntico ámbito material, si bien, a partir de criterios divergentes. La pertenencia a un único sistema obliga necesariamente a que esos dos complejos estén en relación lógica. Esa relación lógica, contingente en el tiempo y el espacio, señala a uno de esos complejos como derecho común y, al otro, como derecho singular.

Significativamente, la abstracción del derecho común revela también la triple función que se hacía palmaria en su origen histórico: las funciones aplicativa, dogmática y política. Cuando en un único sistema normativo existen dos complejos normativos contrapuestos y referidos a un mismo ámbito material, late el riesgo de la desarmonía. El complejo normativo que identificamos como derecho común debe inspirar una aplicación que salve las hipotéticas contradicciones. Es precisamente esa raíz sistemática que fluye bajo la función aplicativa del derecho común la que nos desvela su impronta dogmática. El derecho común merced a la aplicación sistemática deja de ser mero texto normativo y gana en la tarea interpretativa una vocación racionalizadora. Más aún. Como indica CALASSO, la presencia de dos complejos normativos, si nacen de autoridades distintas, señala entonces también un problema de «latitud del poder»²³. Así las cosas, el derecho común, que ya no es sólo complejo normativo sino también dogmática, asume en la resolución de conflictos una función de legitimidad, pues concede preferencia a una autoridad sobre otra en la definición de la regla aplicable.

Dadas las tres funciones del derecho común, que se manifiestan tanto en su origen histórico como en su formulación abstracta, estamos en condiciones de acercarnos a las implicaciones que contiene el concepto de derecho constitucional común europeo. Cuando se habla de derecho constitucional común europeo se está haciendo referencia a un conjunto de principios y categorías jurídicas, no necesariamente explicitados en un texto normativo, que legitima la producción jurídica europea y la ordena sistemáticamente, facilitando así su aplicación coherente.

21 F. CALASSO: *Medio evo del diritto*, Giuffrè, Milano, 1954, pág. 373 y sigs.; también R.C. VAN CAENEGEM: *Pasado y futuro del derecho europeo*, trad. L. Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 2003, pág. 89 que realiza un análisis general de las causas del *ius commune*.

22 F. CALASSO: *Medio evo del diritto*, pág. 375 y sigs.

23 F. CALASSO: *Medio evo del diritto*, pág. 378.

II.2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMÚN EUROPEO COMO CONCEPTO NORMATIVO

La idea de un derecho constitucional común europeo irrumpe con fuerza en la doctrina del Tribunal de Justicia casi desde su primera andadura²⁴. Ofrecen sus decisiones variadas referencias a los elementos propios del derecho constitucional común europeo, ya sea el principio democrático, el Estado de derecho, la seguridad jurídica, la irretroactividad, el principio de legalidad, la doctrina de los poderes implícitos, etc²⁵. Sin embargo, como es sabido, la verdadera piedra de toque en el uso del derecho constitucional común europeo como concepto normativo reside en la jurisprudencia relativa a los derechos fundamentales. Las decisiones sobre derechos fundamentales trascienden su dimensión estrictamente jurídica y desvelan ricas implicaciones de naturaleza político-constitucional. A continuación me ocuparé de esa jurisprudencia, pero no para recordar una vez más su formación y detalle, sino para intentar analizar críticamente el sutil significado de los tres pilares que la sostienen: (1) el ordenamiento estatal y el ordenamiento comunitario son ordenamientos distintos; (2) los derechos fundamentales son principios generales del ordenamiento comunitario, (3) su contenido se determina por el recurso al CEDH y las tradiciones constitucionales comunes.

1. El ordenamiento estatal y el ordenamiento comunitario son ordenamientos distintos y separados

Conviene recordar que, en sus inicios, la protección de los derechos fundamentales fue una cuestión de doble perfil. El justiciable solicitaba al Tribunal de Justicia que le amparase en los derechos reconocidos por el ordenamiento constitucional estatal frente a las normas comunitarias, o bien, ese amparo

²⁴ El derecho constitucional común europeo no es un ingenio que haya fructificado sólo en el Tribunal de Justicia. Con cierto retraso respecto al resto de las ramas jurídicas, es sobre todo a partir de los noventa cuando se comienza a trabajar a fondo sobre las implicaciones del concepto más allá del ámbito de los derechos fundamentales. El punto de partida doctrinal podría fijarse en el trabajo de P. HÄBERLE: «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», de 1991, cito por su recopilación en *Europäische Rechtskultur*, Suhrkamp, 1997. No obstante, como se reseña más adelante en el epígrafe III.1, la idea de un derecho constitucional común europeo ha potenciado un esfuerzo metodológico que pretende aunar en un solo cuerpo de estudio el derecho comunitario materialmente constitucional, esto es, el derecho constitucional común europeo según lo formula la jurisprudencia y el derecho constitucional estatal. Es importante también tener en cuenta la asociación entre la idea de un derecho constitucional común europeo y la tradicional reivindicación del derecho constitucional como nuevo derecho común frente al derecho privado, cfr. en este sentido A. LÓPEZ PINA e I. GUTIÉRREZ: *Elementos de Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 38 y sigs, 89 y sigs. Por último, no se debe olvidar que la idea de un derecho constitucional común europeo fue positivizada en el art. 6.2 TUE.

²⁵ Una excelente exposición en A. ARNULL: *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, New York, 1999, pág. 190 y sigs.

frente a derecho comunitario en virtud de derecho estatal se pedía directamente a la jurisdicción estatal ordinaria o constitucional²⁶. Las dos caras del problema ponían al Tribunal de Justicia delante de una grave tesitura. Dar cabida a una u otra posibilidad significaba quebrar la autonomía del ordenamiento comunitario o la primacía de sus normas. Si el Tribunal de Justicia amparaba al particular aplicando derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones estatales, explícitamente disolvía la autonomía del ordenamiento comunitario al utilizar como parámetro de validez del derecho comunitario normas extrañas a él. A su vez, sin solución de continuidad, la quiebra de la autonomía del ordenamiento comunitario supondría necesariamente el fin del monopolio del Tribunal de Justicia en el control de validez del derecho comunitario²⁷. Mas, por otro lado, hacer oídos sordos al problema, hubiera sido un acicate para activar el control de validez del derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales estatales²⁸. Con un control de este tipo, la primacía del derecho comunitario habría sufrido un golpe definitivo a favor de las Constituciones estatales.

Llegados a este punto, es necesario plantear el sentido político constitucional de la autonomía y la primacía: ¿por qué ese celo del Tribunal de Justicia en proteger la autonomía del ordenamiento comunitario y la primacía de sus normas? La respuesta es conocida por todos. Tanto la autonomía como la primacía son elementos estructurales del derecho comunitario pues sin ellos no sería posible alcanzar el fin determinado en los Tratados²⁹. En definitiva, la autonomía del ordenamiento comunitario y la primacía de sus normas resultan de un concreto presupuesto de legitimidad, en este caso, de una perspectiva

26 Basta con revisar dos estudios que han tratado monográficamente la cuestión, A. RODRÍGUEZ: *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 178 y sigs.; y, M. PI LLORENS: *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999.

27 La relación entre autonomía del ordenamiento y monopolio de control del Tribunal de Justicia es una constante en su jurisprudencia, hecha explícita de modo palmario en la doctrina *Foto-Frost*, C-345/85, de 22 de noviembre de 1987. Esta conclusión se estudia con detenimiento en A. RODRÍGUEZ: *Integración europea y derechos fundamentales*, pág. 195; igualmente, A. ARNULL: *The European Union and its Court of Justice*, pág. 95 y sigs.

28 Cómo no, me refiero a la muy conocida lucha entre tribunales. Imprescindible para comprender sus profundas implicaciones estructurales es el trabajo de A. STONE SWEET: «Constitutional Dialogues in the European Community», en *The European Courts and National Courts*, Hart Publishing, Oxford, 1997. La descripción de R. ALONSO GARCÍA sigue siendo de gran utilidad, *Derecho Comunitario*, Ceura, Madrid, 1994, pág. 630 y sigs.

29 Este fue el contundente discurso de la retórica fundacional del Tribunal de Justicia, plasmada en *Costa y Van Gend Loos*. «Considerando que el objetivo del Tratado CEE, que es el de establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables... que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está obligado a generar derechos que se incorpora a su patrimonio jurídico —Van Gend&Loos, C-26/62, de 5 de febrero de 1963—, «que la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado otro, en razón de legislaciones internas posteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado...» *Costa y Enel*, C-6/64, de 15 de julio de 1964.

funcional de la legitimidad³⁰. No son por sí mismos elementos estructurales indisponibles; se toman como imprescindibles simplemente porque están aviados a lograr el fin por el que se han instituido las Comunidades. El Tribunal de Justicia, al defender la autonomía y la primacía, no hacía otra cosa que actualizar la justificación de la Unión sobre elementos funcionales³¹.

Podemos ahora comprender fácilmente que tras el conflicto jurídico en torno a la protección de los derechos fundamentales, en verdad, resonaba con fuerza una discusión sobre la legitimidad de la Comunidad³². Los derechos señalaron las insuficiencias del presupuesto funcional en la construcción plena de un poder comunitario legítimo. El Tribunal de Justicia, reconociendo los derechos fundamentales, añadió una nueva pieza legitimadora. Junto a la justificación funcional de la Comunidad y sus requisitos jurídicos de autonomía y primacía, la garantía los derechos fundamentales agregó límites al ejercicio del poder.

2. Los derechos fundamentales son principios generales del ordenamiento comunitario

Detengámonos ahora en la categoría que se utiliza para habilitar la protección de los derechos fundamentales, ya que nos revelará importantes consecuencias institucionales en el uso del derecho constitucional europeo como instrumento de legitimidad del poder de la Unión. Los principios generales consiguieron articular la protección de los derechos fundamentales salvando a su vez la autonomía y la primacía del ordenamiento comunitario. Con los princi-

30 Recuérdense ahora los tres presupuestos de legitimidad elaborados en el tercer epígrafe del apartado I: «Cómo pensar el problema del poder desde la teoría constitucional. Una hipótesis de trabajo».

31 La legitimación funcional de la Unión se ha destacado desde tres aspectos. Siempre, desde la perspectiva histórica, cfr. D.W. URWIN: *The Community of Europe*, 2.^a ed., Longman, London, 1995, en especial capítulos dos, tres y cuatro. En un análisis estricto de teoría política, F. SCHARPF: *Gobernar en Europa. ¿Eficaz y democráticamente?*, Alianza, Madrid, 1999, destacando el primer capítulo. Pero, además, en el campo jurídico el primer acercamiento al fenómeno de la integración se realizó desde una perspectiva que hacía hincapié en los fines, me refiero, como no podía ser de otro modo, al excepcional trabajo fundacional de H.P. IPSEN: *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1972, pág. 194 y sigs., en el que desarrolla su concepto de «Zweckverbände funktioneller Integration». Perspectiva que aún goza de seguidores, véase por ejemplo R. DEHOUSSE: «European Institutional architecture after Amsterdam: Parliamentary system or Regulatory structure», CMLR 35: 595-627, 1998 donde se habla de la Unión como una «special purpose organization».

32 En mi opinión, el esfuerzo de la doctrina por coadyuvar a la completa protección de los derechos fundamentales como garantías subjetivas en el derecho de la Unión ha hecho que no siempre se destaque la importancia de los derechos en un marco político-constitucional más amplio. La Carta de derechos y su inclusión en la Constitución está propiciando finalmente este análisis, véase F. RUBIO LLORENTE: «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», *Rev. Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002; y, B. OLIVER LEÓN: «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo», *Rev. Estudios Políticos*, núm. 119, 2003.

pios, el control de validez del derecho comunitario permaneció dentro de los parámetros y controles comunitarios. Pero, gracias a la teoría general del derecho, sabemos que los principios reúnen el discurso jurídico y el discurso político. Sintetizan normativamente los presupuestos materiales de legitimidad y sostienen la unidad al ordenamiento³³. El Tribunal de Justicia consiguió mediante los principios generales solventar la protección de los derechos fundamentales y construir sobre éstos, al menos tentativamente, la sistematicidad del derecho comunitario.

Es oportuno recordar que esta potestad del Tribunal de Justicia está habilitada por los Tratados. El art. 220 TCE estipula que, junto al Tribunal de Primera Instancia, «garantizarán, en el marco de sus respectivas competencias, el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado»³⁴. Esa singular referencia a un Derecho (en mayúsculas) distinto de los Tratados se ha de comprender como un llamamiento del propio Tratado a su reconstrucción sistemática, consciente de su carácter fragmentado. Lo significativo, y aquí comienzan las implicaciones institucionales, es que el Tratado atribuya esa tarea a los órganos jurisdiccionales, en especial al Tribunal de Justicia. El Tribunal de Justicia pasa a desempeñar una función bien diferente a la de cualquier órgano jurisdiccional, incluidos los Tribunales Constitucionales. Éstos encuentran su lugar en el sistema constitucional a partir de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. Si tomamos el ejemplo de los derechos fundamentales, su tarea se ilustra fácilmente. Los Tribunales Constitucionales garantizan la división de funciones entre el poder constituyente y el legislador³⁵. Actualizando el contenido esencial de los derechos fundamentales garantizan un ámbito reservado a la Constitución e indisponible al legislador. Pues bien, en la Unión este modelo se transforma. El Tribunal de Justicia dota de unidad al ordenamiento introduciendo principios generales de naturaleza material, en especial los derechos fundamentales. A diferencia de los Tribunales Constitucionales, el Tribunal de Justicia desempeña al mismo tiempo la tarea constituyente y la tarea constituida, es decir, reconoce los derechos y delimita su contenido³⁶. La división entre poder constituyente y poder constituido se consume parcialmente en manos del Tribunal de Justicia. Esta singularidad institucional impac-

33 La unidad de todo ordenamiento remite a unos principios material que sirven como centro de imputación, cfr. C-W. CANARIS: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Ed. Duncker&Humblot, Berlin, 1969, en especial, pág. 40 y sigs.; también K. LARENZ: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.ª ed., Springer, Berlin, 1991, pág. 250 y sigs.

34 Todavía es más llamativa la futura redacción del art. I.29 de la Constitución: El Tribunal de Justicia «garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de la Constitución» (¿Existe Derecho más allá de la Constitución?).

35 Por todos, cfr. P. CRUZ VILLALÓN: «Derechos fundamentales y legislación», en su recopilación *La curiosidad del jurista persa y otros estudios*, CEPC, Madrid, 1999; y, J. JIMÉNEZ CAMPO: «Art. 53», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV dir. O. Alzaga, Cortes Generales y Edersa, Madrid, 1998, pág. 451y sigs.

36 F. BALAGUER CALLEJÓN: «Niveles y técnicas internacionales de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional», *Rev. Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004.

ta inevitablemente sobre la construcción del discurso de legitimidad de la Unión: el Tribunal de Justicia, a través de los principios generales que componen el derecho constitucional común europeo, selecciona y expone los presupuestos de legitimidad de la Unión.

Atribuir la creación del discurso de legitimidad a un órgano jurisdiccional supone una gran novedad en el derecho comparado³⁷. Sin duda, los Tribunales Constitucionales participan en ese discurso de legitimidad cuando garantizan la separación entre el poder constituyente y el poder constituido. Pero su participación nace de la necesidad de actualizar el consenso cristalizado en la Constitución; dan un sentido contemporáneo a las bases constitucionales. Por el contrario, el Tribunal de Justicia no se limita a adaptar esas bases, sino que directamente las crea (o, al menos, la explícita, dándole expresión jurídica). Lo que tradicionalmente se atribuía a una voluntad colectiva que resultaba del pacto entre mayorías y minorías, en la Unión aparece en manos de un órgano jurisdiccional que se expresa en el modo de sentencia.

3. El contenido de los principios generales se determina por referencia a las «tradiciones constitucionales» y el Convenio Europeo de Derechos Humanos

La remisión a las tradiciones constitucionales comunes y al CEDH fue el instrumento que aseguró la primacía de las normas comunitarias. Aunque el Tribunal de Justicia aplique el ordenamiento comunitario al garantizar los derechos fundamentales, se descarta cualquier tipo de conflicto con las disposiciones constitucionales de los Estados Miembros, porque el Tribunal de Justicia se apoya interpretativamente en tradiciones compartidas. Merced a esta homogeneidad queda desactivada la amenaza de un control concurrente por los tribunales estatales. En definitiva, la primacía se impone como dogma indiscutible gracias al derecho constitucional común europeo³⁸.

Esta versión, que podríamos calificar de ortodoxa, ofrece, sin embargo, dos flancos abiertos que arriesgan seriamente su solidez. Primero, es ya un lugar común indicar que el uso de las «tradiciones constitucionales comunes» no resulta en una regla que refleje un «común denominador». La apelación a las «tradiciones constitucionales» permite crear en ausencia de una referencia textual propia una norma de derecho fundamental apropiada para la controversia co-

37 Cfr. A. STONTE SWEET: *Governing with judges*, Oxford University Press, New York, 2000, en especial el capítulo sexto «Constructing a Supranational Constitution».

38 Destacados y brillantes ejemplos de esta tesis se encuentran en nuestra doctrina P. PÉREZ TREMPES: *Constitución española y Comunidad europea*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 158; y G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. VALLE GÁLVEZ: «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Rev. Derecho Comunitario Europeo*, núm. 2, 1997, pág. 375.

munitaria en cuestión³⁹. Quizá, los derechos constitucionales estatales y los principios generales comunitarios coincidan en el punto de partida. No obstante, se enriquecen en su punto de llegada, plural y diverso debido a las múltiples causas que provoca el amparo de los derechos fundamentales. Así las cosas, es necesario aceptar, en una visión realista y rigurosa, que la apelación a las «tradiciones constitucionales» (al derecho constitucional común europeo) nunca logrará una homogeneidad en los parámetros de control. Dadas controversias distintas, las reglas tienen que ser necesariamente distintas, incluso si comparten una matriz común. Ciertamente, el derecho constitucional común europeo conserva su función de legitimidad señalando los límites del poder y, también, su función dogmática, inspirando la sistematicidad del ordenamiento comunitario. Sin embargo, nunca cumplirá una función aplicativa que anule los hipotéticos conflictos entre el parámetro estatal y el parámetro comunitario.

En segundo lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia surge en un contexto bien distinto al que se da en los Tribunales Constitucionales. En estos, sobre todo allí donde hay recurso de amparo, el Tribunal parte del derecho fundamental como derecho subjetivo que ha sufrido una intervención a través de un acto legislativo, administrativo o incluso judicial. La lógica jurisdiccional consiste en comprobar si esas intervenciones invaden ilícitamente las facultades que componen el derecho subjetivo. Cuando el Tribunal de Justicia comenzó a proteger los derechos fundamentales, su estructura de trabajo era similar. Se le pedía que amparase los derechos fundamentales frente al derecho comunitario derivado, para lo que el Tribunal de Justicia constataba si ese derecho derivado intervenía ilícitamente sobre el derecho fundamental. Sin embargo, actualmente, el problema de los derechos fundamentales aparece en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en un modo significativamente distinto. El Tribunal de Justicia, normalmente, tiene que dilucidar si una de las clásicas libertades comunitarias resulta violada por el ejercicio o la regulación de un derecho fundamental estatal⁴⁰. En estas circunstancias, la situación jurídica subjetiva no la compone el derecho fundamental, sino la libertad comunitaria. Correlativamente, la intervención sobre ese derecho subjetivo resulta de la regulación o el ejercicio de un derecho fundamental estatal. Existe una gran diferencia entre

39 «Dies deutet darauf hin, dass der EuGH die nationalen Verfassungen und die Menschenrechtsverträge nicht als Rechtsquellen, sondern als Rechtserkenntnisquellen betrachtet...», R. STREINZ: *Europarecht*, 5.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2001, pág. 134; «Nor is it clear where a constitutional tradition begins and ends», L.F.M. BESSELINK: «The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter», *Maastricht Journal*, vol. 8, 2001, pág. 71; A. RODRÍGUEZ ofrece, plagada de ejemplos, una convincente exposición de esta situación, *Integración europea y derechos fundamentales*, pág. 306 y sigs.

40 Me refiero, obviamente, al problema dogmático de los límites a las libertades comunitarias, en especial al uso de los derechos fundamentales como «exigencias imperativas» que autorizan actos estatales limitadores de esas libertades, cfr. M. POIARES MADURO: «Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights», *European Law Journal*, vol. 3, 1997; H. JARASS: «Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten», *Europarecht*, núm. 3, 1995; R. BEHERENS: «Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht», *Europarecht*, núm. 27, 1992.

este problema y aquel que se quiso resolver originariamente al formular la doctrina de los derechos fundamentales. Entonces, la cuestión consistía en elaborar parámetros comunitarios, los derechos fundamentales como principios generales, que permitiesen controlar la validez del derecho comunitario derivado en forma similar a los Estados miembros. Ahora, las controversias componen otra dificultad. En verdad, el Tribunal de Justicia controla conforme a parámetros comunitarios (las libertades comunitarias) derecho constitucional estatal (los derechos fundamentales). ¿Qué utilidad tiene en este marco apelar a las tradiciones comunes, cuando en verdad se está enjuiciando una norma que forma parte de esas tradiciones?

La fricción entre los derechos constitucionales estatales y el derecho de la Unión replica las dificultades que se dan en los Estados federales entre el derecho constitucional central y los derechos constitucionales periféricos. Sin embargo, en los Estados federales, más allá de ciertas complicaciones técnicas, existe un órgano jurisdiccional llamado a resolver de forma concluyente la disputa. No desaparecen las contradicciones, pero sí se pacifican definitivamente. La fuerza jurídica de las decisiones de ese órgano jurisdiccional deriva directamente del superior rango jurídico de la norma que aplica, el derecho constitucional central. Rango que, a su vez, se explica por la mayor legitimidad política de la norma constitucional que organiza el conjunto del Estado federal. Por tanto, es fácil comprender que las colisiones entre el derecho de la Unión y los derechos constitucionales estatales son algo más que disputas técnicas. Traslucen una falla político-constitucional más honda, que el derecho constitucional común europeo no alcanza a solventar. La disputa sobre la primacía entre el derecho constitucional estatal y el derecho de la Unión es otra forma de plantear la cuestión sobre la legitimidad política de uno y otro derecho. Los derechos constitucionales estatales cobran su legitimidad de un acto de voluntad concreto que expresa la autocompresión política de una comunidad. El derecho de la Unión quiere ganar su legitimidad de una serie de contenidos materiales compuestos en un magma jurídico. Aquí está seguramente la mayor limitación del derecho constitucional común europeo: su incapacidad para manifestarse como un acto de voluntad dotado de una especial legitimidad democrática. En definitiva, el derecho constitucional europeo, en cuanto instrumento de legitimidad, deja sin responder la pregunta sobre la legitimidad de procedimiento, esto es, ¿quién ha decidido el contenido del derecho constitucional de la Unión?

II.3. LAS LIMITACIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMÚN EUROPEO COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMIDAD

Las dificultades del derecho constitucional común europeo para sostener definitivamente la primacía del derecho de la Unión, especialmente cuando entra en colisión con el derecho constitucional estatal, es el primer síntoma de sus limitaciones como instrumento de legitimidad. En mi opinión, este aprieto

aplicativo surge del contraste entre el presupuesto de positividad del derecho constitucional común europeo y los derechos constitucionales estatales. Aunque ambos compartan una matriz material común, el derecho constitucional común europeo es un cuerpo de valores positivamente indeterminado. Detrás del derecho constitucional común europeo no existe una voluntad política identificable capaz de marcar valores compartidos y de expresarlos en términos jurídicos. La naturaleza magmática del derecho constitucional común europeo consigue fijar límites al poder, pero no informa sobre quién estipula esos límites. El derecho constitucional común europeo deja sin resolver la cuestión de la legitimidad procedimental en el momento constituyente. Incierto y evanescente, sufre como instrumento de legitimidad en su comparación con los derechos constitucionales estatales. Éstos disponen de un texto constitucional escrito cuya positividad puede remitirse a un momento y a una voluntad democrática concreta. El derecho constitucional estatal se funda sobre un acto que se reconoce, por su especial legitimidad, como un acto que emana de la voluntad popular. Por el contrario, el derecho constitucional común europeo se apoya en una naturaleza lábil y contingente cuya positivación corresponde a un órgano jurisdiccional⁴¹.

La ausencia de un acto volitivo que soporte el contenido material del derecho constitucional común europeo, desnaturaliza, a su vez, el contenido político del discurso de legitimidad que lleva aparejado. La función de identificar y expresar en términos jurídicos los valores políticos que sostienen el entramado constitucional de la Unión, recae subsidiariamente en el Tribunal de Justicia. Pero los discursos de legitimidad y la narración de los presupuestos político-constitucionales no encuentran en la voz jurisdiccional su mejor género. La sentencia judicial es necesariamente concreta y fragmentaria. El Tribunal de Justicia, que debe resolver la singular controversia que le ha sido elevada, no puede elaborar una enunciación abstracta del derecho fundamental en cuestión, delineando sus términos generales y su conexión con otros derechos, es decir, su pleno sentido político-constitucional. El Tribunal de Justicia simplemente ha de destacar una de las facultades que componen ese derecho, aquella que le es precisa para dar una regla a la disputa coyuntural. La coherencia y la racionalidad del discurso jurisprudencial sólo pueden nacer a partir de una reconstrucción doctrinal que componga las teselas de la jurisprudencia.

El discurso de legitimidad queda políticamente desnaturalizado en su formulación judicial, pero también cierra el espacio a los discursos alternativos. El hecho de que los presupuestos de legitimidad únicamente puedan expresarse en una controversia jurisdiccional, restringe extremadamente el lenguaje y los argumentos. La narrativa jurisdiccional requiere un lenguaje seleccionado y

⁴¹ La única solución consistiría en sostener que el derecho constitucional común europeo, junto a los Tratados, ha sido reconocido por asentimiento popular como la nueva norma suprema del ordenamiento por encima de las Constituciones estatales, cfr. T. SCHILLING: «On the value of a pluralistic concept of legal orders for the understanding of the relation between the legal orders of the European Union and its Members States», *Archiv f. Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 83, 1997; N. MACCORMICK: «Law as institutional normative order», *Rechtstheorie*, núm. 28, 1997.

normalizado, algo que necesariamente ahoga múltiples expresiones de divergencia. Igualmente, los argumentos en causas jurisdiccionales carecen de la amplitud del discurso político-constitucional. Se han de mover en las estrictas reglas del argumento jurisprudencial, partiendo de un referente positivo y desarrollándolo mediante los criterios hermenéuticos generalmente reconocidos. Pero aún hay más en este proceso de cierre. El valor de cosa juzgada de las decisiones jurisprudenciales reduce el tiempo del debate. Una vez resuelta la causa, sólo con determinadas condiciones será posible volver a plantear una controversia jurídica, esto es, dar lugar a una nueva discusión sobre los presupuestos de legitimidad.

En definitiva, la decisión jurisprudencial formula el derecho constitucional común europeo de manera fragmentada, concreta, con un lenguaje y unos argumentos singulares y, además, le otorga unos especiales efectos jurídicos que dificultan nuevas causas que reabran el debate político-constitucional.

III. EL CAMBIO DE PARADIGMA: LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

III.1. DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMÚN EUROPEO A LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Pese a los graves inconvenientes que acabo de exponer, la dogmática, sobre todo a partir de la segunda mitad de los años noventa, explotó la potencialidad del derecho constitucional común europeo. Sin reparos se comenzó a hablar de la existencia de una Constitución europea en sentido material⁴², de un ensamble textual⁴³ o de una Comunidad constitucional⁴⁴. Estos discursos convergían en la intención de señalar la naturaleza constitucional del proceso político-jurídico en el que había desembocado la integración europea. Admitían que los Tratados no respondían al concepto formal de Constitución, sin embargo, se esforzaban en ampliar la mirada y analizar conjuntamente el derecho comunitario y las Constituciones estatales. En esa nueva perspectiva la evolución de la Unión Europea se presentaba como un camino en el que había germinado un entramado normativo de Tratados y Constituciones nacionales que materialmente cumplían la función de una Constitución: ordenaban las competencias de la Unión, disponían los órganos habilitados a ejercerlas, el modo de ejercicio, reconocían situaciones jurídicas subjetivas indisponibles al derecho comunitario derivado y al derecho estatal, y regulaban las relaciones entre las

42 Esta es la idea que subyace en todos los trabajos citados en la nota 14. En todo caso ilustrativa de esta posición es el trabajo de L.M. DÍEZ PICAZO: «Tratados y Constitución», en su recopilación *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, en especial las conclusiones de la pág. 106.

43 Véase el trabajo ya citado de P. HÄBERLE: «Europa-eine Verfassungsgemeinschaft?», pág. 101.

44 I. PERNICE: «Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 48, 2000.

normas comunitarias y las normas estatales. Sobre los hombros del derecho constitucional común europeo, el trabajo de los académicos inició un proceso de recreación que suponía un embate a algunos conceptos clásicos de la teoría constitucional. Las normas constitucionales ya no eran el fruto de un acto constituyente único que organizaba el Estado. Ahora, el derecho constitucional se construía en un proceso diacrónico y fragmentado para ordenar una realidad de poder distinta al Estado⁴⁵.

La Declaración relativa al Futuro de la Unión incluida por el Tratado de Niza respondió en gran medida a esta perspectiva. Sin afectar a las características formales de los Tratados, proponía una reflexión sobre una serie de tópicos, que necesariamente habrían de ahondar en la dimensión constitucional del ensamble entre el derecho originario y las Constituciones nacionales. Sin embargo, en un itinerario político asombroso⁴⁶ «el debate más amplio y profundo sobre le futuro de la Unión Europea» ha dado lugar a un proyecto de Tratado que instituye una Constitución para Europa.

La idea de una Constitución europea reverdece el modelo clásico de legitimación del poder y se diferencia así radicalmente del derecho constitucional común europeo. La alteración es drástica porque el concepto de Constitución reclama la existencia de una voluntad política concreta que postiviza en un texto jurídico los principios que constituyen, organizan y limitan el poder público comunitario. No se trata ya de un derecho que surge en una tradición compartida y toma forma jurídica de manera fragmentada gracias a la intervención de un órgano jurisdiccional. Ahora, una voluntad de especial legitimidad determina en un momento histórico preciso las reglas del poder político y a la sazón funda y dota de unidad al ordenamiento. La relación del derecho constitucional con el problema del poder encuentra necesariamente su punto de referencia en la Constitución. Ésta es el centro de imputación que irriga de idéntica legitimidad al conjunto de los poderes constituidos.

El cambio de paradigma tiene una intención política clara: responder al déficit de legitimidad que tradicionalmente se achaca a la Unión. Como vimos en las páginas anteriores, el modelo del derecho constitucional europeo lograba crear límites al poder manteniendo la legitimidad finalista, pero, sin embargo, no conseguía iluminar la pregunta definitiva sobre la legitimidad procedimental. La cuestión sobre la voluntad política que sostenía el derecho comunitario quedaba en suspenso, algo que se reflejaba en las fricciones entre el derecho de la Unión y las Constituciones nacionales. Sin duda, la intención de crear una Constitución responde a la necesidad de plasmar el momento de la decisión, de

45 Así las cosas, el constitucionalista afrontaba la seductora tarea de componer en un orden constitucional coherente, siempre a la luz del derecho constitucional común europeo, las piezas que ofrecían el derecho comunitario originario y las Constituciones nacionales. En mi opinión, el esfuerzo paradigmático en este sentido sigue siendo el trabajo de I. PERNICE: «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: european constitutionalism-making revisited», CMLR: 36: 703-750, 1999.

46 J. KOKOTT y A. RUTH: «The european convention and its draft treaty establishing a constitution for Europe: appropriate answers to the Laeken questions?», CMLR 40: 1315-1345, 2003.

dotar al derecho de la Unión de una legitimidad especial capaz de competir con las legitimidades de las Constituciones nacionales. Pero, ¿estamos realmente ante un momento de magnitud constitucional?

III.2. INCISO. LA REVISIÓN TEÓRICA DEL CONCEPTO DE PODER CONSTITUYENTE

La categoría de poder constituyente, en su versión clásica, se sostiene sobre dos elementos. En primer lugar, sobre la naturaleza de su titular: «el Pueblo». El poder constituyente está en manos de una unidad política homogénea distinta al conjunto de los individuos que la componen. Preexiste y subsiste a la Constitución. La Constitución es sólo su producto jurídico histórico y coyuntural⁴⁷. En segundo lugar, el poder constituyente se caracteriza por su modo de actuación: es un poder soberano. Este atributo tiende a presentar el poder constituyente al modo de una entidad fáctica y espontánea, de un poder revolucionario capaz de instaurar un nuevo orden⁴⁸. No sorprende, pues, que, tradicionalmente, se sitúe al poder constituyente extramuros del Estado constitucional y que se desechase su entendimiento en la lógica del derecho⁴⁹.

Es evidente que la concepción clásica del poder constituyente impide absolutamente hablar de la Constitución europea como el producto de un poder constituyente. Ni la unidad política actuante representa un pueblo europeo preexistente, ni el proceso de elaboración de la Constitución nos recuerda a un acto fáctico y espontáneo. En estas circunstancias, se hace preciso deconstruir el concepto de poder constituyente y reelaborar sus elementos.

47 En mi opinión, la estilización en la teoría constitucional de este pensamiento político clásico la debemos a C. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, pág. 108 y sigs. No extraña, pues, que hayan sido principalmente teóricos alemanes ligados al pensamiento de este autor los que hayan desarrollado esa idea para impugnar la existencia de un poder constituyente europeo, cfr. por todos P. KIRCHHOF: «Der deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration», en HStR, vol. VII, 2.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1994.

48 Basten dos citas clásicas: «Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet», C. SCHMITT: *Politische Theologie. Vier Capitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker&Humboldt, München und Leipzig, 1934, pág. 11. «Esta fuerza, que resulta de la organización de un grupo social que se diferencia de los otros, en cuanto consiga —triunfando sobre grupos antagónicos portadores de intereses distintos y orientados hacia un modo diferente de entender la unidad política— hacer valer efectivamente la particular forma de orden afirmada por ella, ofrece el contenido de la constitución originaria fundamental», C. MORTATI: *La Constitución en sentido material*, edición y traducción de A. Bergareche Gros, CEPC, Madrid, 2000, pág. 72.

49 M. KRIELE «Im Verfassungsstaat gibt es keinen Souverän», *Einführung in die Staatslehre*, 5.^a ed., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1994, pág. 121; véase también de forma expresiva C.J. FRIEDRICH: *La democracia como forma política y como forma de vida*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1960, pág. 34.

1. La deconstrucción del poder constituyente

La presencia de elementos de identidad colectiva puede facilitar la instauración y estabilidad de una organización política⁵⁰. Sin embargo, situar en esos elementos el epicentro de la política, la Constitución y el Estado es una apuesta de escasos réditos; obliga a que el debate constitucional se desarrolle en los predios de la psicología social. Si queremos participar de una perspectiva metodológica más amplia y fructífera hemos de abandonar cualquier esfuerzo en este sentido y situar en el centro del análisis al propio momento constituyente. Es precisamente ese momento el instante que provoca la unidad política de una comunidad y su actuación como sujeto político unitario. Una sociedad que durante la discusión constituyente aparece dividida en mayorías y minorías, al trazar los elementos comunes que han de regular la acción política ordinaria, consigue cristalizar un momento de unidad. La pluralidad logra un consenso mínimo que nos permite identificar un sujeto político unitario. En definitiva, la unidad política de la que surge una Constitución no resulta de elementos ontológicos preexistentes, sino de un hecho sociológico que se manifiesta en el consenso político que la Constitución suscita entre mayorías y minorías⁵¹.

El segundo pilar de la concepción clásica también conduce a la ineptitud en el análisis de la Constitución europea. Salvo que usemos un concepto bien laxo de lo revolucionario, el proceso de elaboración de la Constitución europea, previsto y ordenado jurídicamente se aleja de esta idea⁵². Sin duda, la identificación del poder constituyente con un poder de corte revolucionario está vinculada al prisma espiritual de la Revolución francesa. Es precisamente en esta época donde se toma conciencia del acto revolucionario como una decisión que pretende rectificar la historia, fundar un orden político y social completamente nuevo en pos del progreso⁵³. Esta función catártica y depura-

50 Cfr. A. VON BOGDANDY: «Europäische Verfassung und Europäische Identität», *Juristische Zeitung*, 2/2004, pág. 53. Un brillante análisis sobre las críticas a la idea de pueblo homogéneo como base de la categoría del poder constituyente se encuentra en C. DE CABO: *La reforma constitucional*, Trotta, Madrid, pág. 36 y sigs.

51 Sobre la reconstrucción del pluralismo en el momento constituyente cfr. por todos K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1995, pág. 5 y sigs.; F. RUBIO LLORENTE: «Minoría y mayorías en el poder constituyente», en su recopilación *La forma del poder*, 2.^a ed., CEC, Madrid, 1997.

52 En consonancia con otras manifestaciones del poder constituyente de la Europa continental contemporánea, que, pese a nacer, sin duda, en escenarios de crisis y no perder su potencia transformadora, han sido procesos ordenados jurídicamente. En este sentido destaca el ejemplo alemán —cfr. R. MUSSGNUNG: «Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland», *HStR*, vol. I, C.F. Müller, Heidelberg, 1995—, o el italiano cfr. L. PALADIN: *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, en especial p. 19. Pero, sin duda, también la Constitución española del 78, véanse las interesantes reflexiones de J.L. REQUEJO PAGÉS: *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, Madrid, 1998, en especial pág. 61 y sigs.

53 Respecto al vínculo entre Constitución y acto revolucionario cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lengua de los derechos*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 23 y sigs.; y, R. BLANCO VALDÉS: *El valor de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1998, pág. 207 y sigs.

dora que asume el poder constituyente en aquellos tiempos refleja un espíritu imbuido en una concreta conciencia histórica y en una particular práctica política. El hombre de la Revolución considera que la razón es el instrumento que le permite romper con el pasado y construir un futuro de esperanza. Ciertamente, en este marco ideológico, es plausible identificar el poder constituyente con un poder revolucionario. Sin embargo, rotos los presupuestos de la Revolución francesa por el curso de la historia, pues la razón no produce necesariamente un destino de autodeterminación, es imprescindible reconstruir el poder constituyente.

2. La necesaria justificación (democrática) del poder constituyente. Del poder constituyente al momento constituyente

En mi opinión, urge distinguir entre la metáfora política nacida en tiempos de la Revolución francesa, que identifica la originalidad con la aparición fáctica y espontánea del poder soberano, y el presupuesto teórico que la originalidad implica, esto es, la naturaleza autónoma del poder soberano. La imagen política oculta el problema de la legitimidad del poder soberano; el poder soberano es legítimo en cuanto que realidad fáctica y espontánea, su propia existencia lo justifica. En cambio, el axioma político (el poder soberano es autónomo, no procede de otro poder anterior), introduce con toda su crudeza la cuestión de la legitimidad. En definitiva, un poder que reivindica para sí los atributos de la soberanía (originalidad, ilimitación y unidad) necesita un título político que lo acredite, es decir, ha de ostentar una especial legitimación que explique su originalidad. Sólo un poder especialmente legítimo puede ser soberano.

Mi intento de reconstruir la categoría del poder constituyente pasa por la premisa de separar la teoría del poder constituyente del problema de su titularidad. Al día de hoy, quedarse simplemente en el enunciado que presenta la Constitución como producto de la voluntad popular explica poco y sumerge la legitimidad del poder en vericuetos de compleja salida. Sin duda, el símbolo conserva todo su vigor: concluido un proceso constituyente, el producto —la Constitución— ha de concebirse por sus destinatarios como autocomprensión política de la comunidad. La cuestión clave, sin embargo, es saber cuándo un proceso político merece los atributos del poder constituyente, es decir, cuándo puede imaginarse como expresión popular⁵⁴. Dada esta premisa, a la hora de trabajar conceptualmente sobre el poder constituyente, creo mucho más fructífero trasladar el peso teórico desde el titular al procedimiento. Frente a la idea de poder constituyente, conviene el uso del término «momento constituyente».

⁵⁴ Para este intento de reconstrucción procedimental del poder constituyente me apoyo esencialmente en B. ACKERMANN: *We the people. Foundations*, Harvard University Press, 1991; en menor medida también, J. HABERMAS: «La soberanía popular como procedimiento», en su recopilación *Facticidad y Validez*, trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.

3. Las condiciones del momento constituyente

Volvamos, entonces, sobre la pregunta esencial, ¿cuándo se puede calificar un proceso político como momento constituyente? En sentido amplio nos hallamos ante un momento constituyente siempre que se abre una discusión sobre el modo de organización y los presupuestos de legitimidad de una entidad política. No obstante, el momento constituyente se realiza plenamente cuando esa discusión resulta en una nueva Constitución. Sin duda, el producto de ese procedimiento, la Constitución, plantea ya una importante cuestión de estudio relativa a la capacidad de ese nuevo orden constitucional para organizar una unidad de poder legítima y eficaz⁵⁵. Pero, ahora, en estas páginas, me quiero ocupar tan sólo de las condiciones que han de regir el procedimiento de discusión y decisión, delineando tentativamente los principios que deben guiar ese procedimiento.

El primer principio sería la apertura en la discusión (o principio de no-exclusión). Los órganos llamados a tomar la decisión constituyente deben de estar abiertos a todas las corrientes políticas con una mínima relevancia social⁵⁶. Obviamente, este principio se alcanza con un procedimiento electoral guiado por los criterios electorales clásicos: un sufragio activo universal, libre, igual, secreto y directo; y un sufragio pasivo sin exclusión por motivos ideológicos.

El segundo principio sería el de la decisión reforzada. La decisión constituyente debe ser el resultado de una especial integración de mayorías y minorías en el producto normativo constitucional. Sobre todo, la decisión constituyente debe ser cualitativamente distinta a los momentos ordinarios de decisión (que se van a instaurar o que ya rigen), de forma que el momento constituyente sea distinto a la decisión de una mayoría contingente⁵⁷. Esto ocurre cuando el

55 Se trata del clásico problema sobre las condiciones que determinan la normatividad de una Constitución, cfr. el planteamiento clásico F. LASSALLE: *¿Qué es una Constitución?*, trad. W. Rocces, 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1976, en especial pág. 62 y sigs.; el fundamental trabajo de K. HESSE: «Die normative Kraft der Verfassung», cito por la recopilación *Verfassung*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1978; sin olvidar finalmente el estudio de A. NIETO: «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», en la recopilación del autor *Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración*, CEPC, Madrid, 2001.

56 La apertura en la discusión es consecuencia inexcusable del pluralismo como presupuesto epistemológico y político. La verdad se concibe como un proyecto eternamente irresoluto; al ser humano no le es disponible la verdad en su totalidad. La inestabilidad de la verdad, transferida a las ambiciones de verdad política, lleva sin solución de continuidad a la libertad política. Todos han de ser libres, bien para elegir su verdad personal entre los modelos existentes, bien para proponer al foro modelos de verdad, cfr. H. HUBA: «Zur Verfassung der Theorie des Pluralismus», *Der Staat*, núm. 33, 1994, pág. 581; y, H.F. ZÄCHER. «Pluralität der Gesellschaft als Rechtspolitische Aufgabe», *Der Staat*, núm. 2, 1970, pág. 161. En definitiva, el pluralismo como teoría política es deudora en gran medida del racionalismo crítico popperiano, sobre esta conexión, P. HÄBERLE: «Verfassung(sinterpretation als öffentlicher Prozess —ein Pluralismuskonzept—», en su libro *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª Ed., Duncker&Humblot, Berlin, 1998, pág. 143.

57 El principio de decisión reforzada resulta en la rigidez normativa, elemento clave para que la Constitución logre crear regularidad, es decir, la capacidad de ser efectiva en el tiempo, cfr. P. DE VEGA: *La reforma constitucional*, pág. 67 y sigs. y 77 y sigs.; C. DE CABO: *La reforma constitucional*, pág. 55 y sigs. V. FERRERES COMELLA: «Una defensa de la rigidez constitucional», *Doxa*, 2000.

mismo órgano decide por una mayoría reforzada, pero también con la elección de un órgano ad hoc, o con la participación de un complejo orgánico distinto al previsto para las decisiones ordinarias.

El tercer principio, que podría subsumirse como elemento estructural de los otros dos, estriba en la participación directa del cuerpo electoral. La actuación ratificadora es seguramente el modelo ideal de participación directa del cuerpo electoral. Sin embargo, no se agota en ese tipo y se manifiesta de otros modos. Por ejemplo, con la elección de los representantes que participarán en la Asamblea constituyente⁵⁸.

Finalmente, conviene realizar una importante advertencia. Es oportuno que retengamos los tres principios sin pensar su realización de un modo demasiado rígido. Y es que, como nos recuerda la historia constitucional europea de la segunda mitad del siglo xx, puede ocurrir que el momento constituyente se produzca dentro de los órganos y formas previstos en el ordenamiento, ajenas, lógicamente, al fin del poder constituyente. Precisamente en esa paradoja radica la esencia del poder constituyente contemporáneo. Sin prescindir de las formas jurídicas establecidas, éstas se utilizan para una finalidad distinta a la prevista y su uso conjunto resulta en una ruptura democrática de todas o alguna de las bases de legitimidad del sistema constitucional.

III.3. ¿ESTAMOS ANTE UN VERDADERO MOMENTO CONSTITUYENTE?⁵⁹

En las siguientes páginas, a modo de conclusión, analizaré las posibles vías de aprobación del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa. Atenderé exclusivamente a los instrumentos que el ordenamiento ofrece en su estado actual de vigencia. El objetivo no será otro que indagar si nos encontramos ante un proceso que da cumplida cuenta de los tres principios brevemente delineados, conformando así un momento constituyente.

1. La ratificación de la Constitución europea según la propia Constitución europea

El art. IV-447 de la Constitución europea prevé su ratificación siguiendo en líneas generales el sistema clásico establecido para la celebración de Tratados: el procedimiento se perfecciona con el depósito del instrumento de ratificación de cada Estado Miembro y la entrada en vigor comienza solamente

⁵⁸ E incluso, en una elección ordinaria, siempre que la manifestación electoral esté directamente conectada con la reflexión constituyente, sin diluirse en la temática electoral general. Esta es la tesis central que sostiene B. ACKERMANN para el caso americano en su libro *We the People*.

⁵⁹ Respecto a las páginas que siguen, ruego al lector que tenga en cuenta la salvedad hecha en la nota 1, en especial el momento en el que se escribió este trabajo.

una vez que se ha producido el depósito de todos los Estados⁶⁰. ¿En qué medida responde este procedimiento a los principios que permiten identificar un momento constituyente?

La manifestación unánime de la voluntad de los Estados Miembros rige la ratificación de la Constitución europea. La diferencia respecto al procedimiento normativo ordinario de la Unión reside, pues, en los actores llamados al procedimiento. Mientras que en el primero la producción normativa corresponde a los órganos de la Unión, en el procedimiento de ratificación la cuestión se dilucida exclusivamente por los Estados Miembros. El carácter reforzado de la decisión de ratificación no nace de mayorías especiales u órganos ad hoc, sino de la separación radical entre los actores del procedimiento normativo ordinario y los actores del procedimiento constituyente.

La Constitución europea, por tanto, no incluye novedades en comparación con el procedimiento tradicional de ratificación de los Tratados constitutivos. Así las cosas, es necesario afirmar que el derecho de la Unión impide el desarrollo de los otros dos principios que caracterizan al momento constituyente: la apertura en la discusión y la participación del cuerpo electoral. La situación no mejora siquiera con la habilitación de una Convención en el curso de los trabajos preparatorios. La Convención amplía en cierta medida la discusión, pero se trata todavía de una apertura incipiente⁶¹. De un lado, sus miembros concurren en la Convención en virtud de su pertenencia a órganos de naturaleza constitucional de la Unión o de los Estados; es imposible, sin embargo, trazar un vínculo electoral directo con el objeto político-constitucional de la reforma. Esto es, aunque la mayoría de esos miembros en algún momento (salvo los designados por los Estados) recibieron apoyo electoral, ese respaldo estuvo absolutamente desligado no ya del problema constitucional, sino, en muchas ocasiones, de la propia temática europea. Por otro lado, conviene recordar que los trabajos de la Convención son puramente preparatorios, tienen una mera función consultiva. Ciertamente, esta objeción posee una importancia menor, pues políticamente, al menos en las dos ocasiones que se ha utilizado, los resultados de la Convención han tenido una relevancia cualitativa.

Este breve análisis del procedimiento de ratificación estipulado en la Constitución europea permite ya alcanzar una primera conclusión: la Constitución europea no logra por sí misma configurar un momento constituyente en el que

60 No se puede olvidar, sin embargo, «La Declaración al Acta final de firma del Tratado por el que se instituye la Constitución», que parece abrir la puerta a una entrada en vigor cuando, pasados dos años, sólo lo hayan ratificado cuatro quintas partes». Algo que tampoco es extraño a la teoría general del derecho internacional, pero sí una novedad en el derecho comunitario.

61 Cfr. E. ROIG MOLES: «Continuidad y refundación: deliberación y decisión: el proceso de la Convención y la reforma de los Tratados», en *El Proyecto de nueva Constitución Europea*, Albertí/Roig, Tirant, Valencia, 2004; S. HÖBE: «Bedingungen, Verfahren und Chancen europäischer Verfassungsgebung: Zur Arbeit des Brüsseler Verfassungskonvents», *Europarecht*, vol. 38, 2003; J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES: «La Convención del Futuro de Europa», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 10 y 11, 2002/3.

de acuerdo con un procedimiento de discusión abierto se decida de manera reforzada y con participación del cuerpo electoral sobre la organización constitucional de la Unión.

2. La ratificación de la Constitución europea según la Constitución española.
Hipótesis de trabajo

2.a) *La inconstitucionalidad del procedimiento previsto en el art. 93 CE*

La adhesión de España a las entonces Comunidades Europeas y las siguientes reformas de los Tratados constitutivos se han ordenado a través del art. 93. Pero, ¿es este procedimiento la vía constitucionalmente adecuada para ratificar el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa? La respuesta ha de ser negativa. Ciertamente, la rubrica del texto constitucional (Tratado por el que se instituye una Constitución) refleja una estudiada ambigüedad⁶². Tomada en su versión de mínimos cabría afirmarse que el proyecto consiste simplemente en una reforma ulterior del derecho originario de la UE, para lo que bastaría la autorización de ratificación conforme al procedimiento del art. 93 CE. El problema reside, no obstante, en el punto de partida de esta premisa: el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa no puede concebirse como un elemento más de derecho originario⁶³. En primer lugar, porque el nuevo Tratado hace desaparecer a los Tratados constitutivos, que a lo largo de la historia habían pervivido como instrumento base sobre el que se operaban las distintas reformas (art. IV-437). El contenido de los Tratados constitutivos permanece invariado en su contenido nuclear, sin embargo, el sutil fenómeno jurídico de sustitución de fuentes que se ha acometido simboliza una grave alteración. Esa transformación cobra entera realidad en el art. I-6, referido a la primacía, disposición clave que materializa el cambio cuantitativo que supone la Constitución europea. El art. I-6 sólo puede entenderse como un esfuerzo textual por superar las dificultades que asomaban a la hora de resolver el conflicto entre el derecho de la Unión y el derecho constitucional de los Estados. Ya no hay lugar a dudas: el derecho de la Unión prima sobre (todo) «el Derecho de los Estados miembros». Ahora bien, esta interpretación del art. I-6 hace añicos la posibilidad de organizar la Unión y fundar su ordenamiento mediante tratados internacionales. A modo de una curiosa transición, la Constitución europea se ratificaría como un Tratado, para operar, sin embargo, desde su propia entra en vigor como una Constitución.

62 Un completo repaso de las posibilidades en uno u otro sentido se encuentra en R. JIMÉNEZ ASENSIO: «El Proyecto de “Constitución Europea” y el sistema de fuentes del derecho», en *El Proyecto de nueva Constitución Europea*, Albertí/Roig, Tirant, Valencia, 2004, pág. 267 y sigs.

63 Cfr. P. PÉREZ TREMPES: «La Constitución española ante la Constitución Europea», en *El Proyecto de nueva Constitución Europea*, Albertí/Roig, Tirant, Valencia, 2004, pág. 488.

En este estado de cosas, el uso del procedimiento previsto en el art. 93 CE sería inconstitucional, pues el objeto de ratificación, una Constitución europea con primacía sobre la propia Constitución española, distaría mucho del objeto propio del art. 93, la transferencia de competencias (potestades) derivadas de la Constitución⁶⁴. Conviene recordar la lapidaria afirmación del TC: «En virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de «competencias derivadas de la Constitución», no disponer de la Constitución misma... ni el poder de revisión es una «competencia» cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el del Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto» (Declaración del TC de 1 de julio de 1992, f.º 4). A nadie se le escapa que ratificar una Constitución europea con primacía sobre la Constitución española supone condicionar la supremacía de esta última, en definitiva, «disponer sobre la Constitución misma», «reformar por otro cauce» la propia Constitución española, algo impropio del art. 93.

La inadecuación formal del procedimiento previsto en el art. 93 para la ratificación de la Constitución europea, trasluce desde un punto de vista material la falta de idoneidad de este procedimiento para crear un momento constituyente. Aunque se trata de un procedimiento que articula la apertura en la discusión a través del Parlamento, sin embargo, no es capaz de introducir una participación directa del cuerpo electoral similar a la que provoca un momento constituyente o incluso una reforma constitucional. En definitiva, objetos diversos —ratificar una Constitución o un Tratado— requieren procedimientos diversos.

2.b) Las posibilidades de un referéndum consultivo

Las fuerzas políticas mayoritarias han sido conscientes de las limitaciones del procedimiento estipulado en el art. 93 CE para afrontar la ratificación de la Constitución europea. Por ello, han propuesto una ingeniosa solución: antes de la autorización la ratificación según el procedimiento del art. 93, la oportunidad política de la Constitución europea se someterá a referéndum consultivo, de acuerdo con el art. 92. La intención de este compuesto procedimental es bien clara. Pretende facilitar la participación ciudadana en una decisión que incide sobre la propia supremacía de la Constitución española, es decir, quiere incorporar al cuerpo electoral en la transformación del orden constitucional.

El compuesto procedimental relatado provoca un curioso fenómeno jurídico que no podemos pasar por alto. Sin forzar formalmente los términos de cada uno de los institutos (el referéndum consultivo y el procedimiento del poder de integración), el resultado final de su uso conjunto (la decisión del cuer-

⁶⁴ Remito a las citas bibliográficas recogidas en la nota 11, sin olvidar en este sentido las apreciaciones similares de PÉREZ TREMPES, en el trabajo citado en la nota anterior, pág. 514.

po electoral sobre la transformación constitucional de la UE y su incidencia sobre la supremacía de la Constitución española), violenta la causa o el fin de cada uno de esos institutos tomados por separado. Sabemos que el fin del referéndum consultivo es inquirir al cuerpo electoral sobre alguna cuestión de especial trascendencia⁶⁵. En este caso el fin del referéndum es distinto. No se utiliza como instrumento consultivo para concretar la dirección política, sino que se aprovechan sus características para habilitar una decisión de la ciudadanía sobre una cuestión de naturaleza constitucional; funcionalmente se asemeja mucho más al referéndum ratificadorio de los artículos 167 y 168, que al referéndum consultivo del art. 92. Pero, además, este uso disfuncional del referéndum consultivo transforma a su vez la causa o el fin del procedimiento previsto en el art. 93. Su causa no sería ya autorizar la ratificación de un Tratado, sino habilitar la formalización jurídica de una decisión política de naturaleza constitucional adoptada previamente mediante referéndum. Algo que a su vez desnaturaliza las fases del procedimiento previsto en el art. 93, que perderían todo su sentido realizada ya plenamente la discusión en el marco más amplio de una cita electoral.

En definitiva, el referéndum consultivo previo más la formalización jurídica de esa decisión a través del art. 93 construirían un mecanismo institucional capaz de crear un momento constituyente⁶⁶. El uso conjunto y sucesivo de los dos procedimientos permitiría articular un proceso regido por los principios de apertura en la discusión, decisión reforzada y participación ciudadana directa. El empleo disfuncional de los institutos constitucionales sería el dato de ruptura⁶⁷ que nos distinguiría la actuación del poder constituyente⁶⁸.

2.c) *La necesaria reforma constitucional*

Las dificultades políticas y jurídicas que implica toda reforma constitucional en el ordenamiento español y el interés por marcar un patrón en el espacio pú-

65 Cfr. L. AGUIAR DE LUQUE: «Referéndum», en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, vol. IV Madrid, 1995. Para el caso de la Constitución europea, P. CRUZ VILLALÓN: «Algunas alternativas ante la ratificación nacional de un “Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”», en *Una Constitución para la ciudadanía de Europa*, Thomson/Aranzadi, Madrid, 2004, pág. 387 y sigs.

66 Cuestión distinta, como señala, CRUZ VILLALÓN es su calidad constitucional, «Algunas alternativas ante la ratificación nacional de un “Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”», pág. 389. En verdad, siempre pesaría sobre este modelo el riesgo de que el Tribunal Constitucional ejerciera su control previa, según el art. 95 CE o incluso represivo, de acuerdo con el art. 27.1.c LOTC.

67 Este era el argumento que se intento elaborar en el epígrafe titulado «Las condiciones del momento constituyente».

68 En palabras de P. CRUZ VILLALÓN: «De este modo, los españoles, como todavía veremos, nos habríamos dado *dos* (la cursiva está en el original), una en 1978 y otra en 2004: Una nosotros solos, otra, junto con nuestros conciudadanos europeos...», «Algunas alternativas ante la ratificación nacional de un “Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”», pág. 385.

blico europeo a través de una veloz ratificación, quizá aconsejen una solución como la estudiada. Sin embargo, la praxis política es consciente de que el binomio procedimental propuesto tiene carácter coyuntural y de que la reforma constitucional es insoslayable⁶⁹. Sólo mediante una reforma se puede formalizar definitivamente el impacto de la Constitución europea (y de todo el proceso de integración europea) en el régimen constitucional español.

Hasta este momento, como es lógico, las distintas fuerzas políticas, y en especial la mayoría de gobierno, no han ido más allá de expresar su deseo de acometer una reforma, sin concretar fórmulas precisas. Tan sólo se ha indicado la voluntad de introducir «una referencia a la Constitución europea en la Constitución española». A partir de este breve guión se pueden imaginar varias posibilidades. Sin duda, el Título preliminar es el lugar sistemáticamente más adecuado para introducir tal referencia⁷⁰. Por ejemplo, el art. 1 podría disponer que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho *en el marco de la Constitución europea*, que propugna como valores superiores...». Una enmienda de este tipo resaltaría la permanencia de la estatalidad dentro del ordenamiento jurídico europeo, pero, a su vez, introducida en el primer artículo de la Constitución, marcaría la importancia fundamental de la integración europea para el conjunto del sistema. Otra posibilidad, dentro del título preliminar, sería acomodar la referencia en un apartado adicional del art. 10, precepto que ha señalado con claridad la apertura del ordenamiento constitucional a fuentes supranacionales. Sin embargo, es cierto que su ubicación en ese lugar estaría demasiado condicionada por su referencia expresa a los derechos fundamentales y a la función meramente interpretativa de las fuentes internacionales. La Constitución europea es mucho más que un reconocimiento de derechos fundamentales y su eficacia jurídica traspasará con creces el auxilio interpretativo. Pero, seguramente, dentro del título preliminar, el artículo más adecuado para incluir la referencia a la Constitución sea el 9.1, que podría disponer, por ejemplo, «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos *a las Constituciones europea y española* y al resto del ordenamiento jurídico». El art. 9.1, en su dicción actual, hace notar la normatividad de la Constitución, su supremacía y su vinculatoriedad general. Incorporando ahí la referencia a la Constitución europea se lograría un doble objetivo. Zanja en el plano nacional el carácter normativo, supremo y vinculante de la Constitución europea. Y hace expresa la modulación de la supremacía de la Constitución española, fenómeno principal del impacto de la Constitución europea sobre el ordenamiento constitucional español.

En mi opinión, la reforma constitucional no puede limitarse, sin embargo, a una mera referencia a la Constitución europea. Es precisa también una reforma del procedimiento establecido en el art. 93. Ya señalé anteriormente que el

69 Si queremos preservar la propia funcionalidad de la Constitución, cfr. P. CRUZ VILLALÓN: «Algunas alternativas ante la ratificación nacional de un “Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”», pág. 385.

70 Cfr. P. CRUZ VILLALÓN: «Algunas alternativas ante la ratificación nacional de un “Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”», pág. 384.

ingenio de unir el referéndum consultivo con la vía del art. 93 surge por la necesidad de superar las limitaciones de este precepto en relación con un texto normativo de vocación constitucional. La reforma, por tanto, habría de configurar también un procedimiento de aprobación⁷¹ de las futuras reformas de la Constitución europea. Procedimiento que habría de habilitar siempre una participación directa del cuerpo electoral mediante referéndum. Al mismo tiempo, la inclusión del referéndum obligaría a redefinir la intervención parlamentaria en el proceso de aprobación. Ningún sentido tendría esta intervención después de la consulta popular y tampoco importaría demasiado una vez que el texto del proyecto ha sido determinado en el nivel comunitario. La intervención parlamentaria ha de ocurrir cuando en el nivel comunitario se trabaja sobre la elaboración del proyecto. En definitiva, procedimientos de control e información han de someter a crítica las diversas posiciones que se delinean en la reforma de la Constitución europea. Sólo situando el control en ese instante se puede insertar la temática constitucional europea en el marco del debate político nacional. Más allá de esa ocasión, el Parlamento será un simple fedatario de hechos consumados.

Conviene terminar con una pequeña advertencia. La reforma del procedimiento previsto en el art. 93 no es incompatible con alguna de las reformas señaladas en el Título Preliminar. En este supuesto, al intervenir sobre el Título Preliminar, siempre nos encontraríamos ante el complejo procedimiento de reforma previsto en el art. 168 CE. Por otro lado, se puede reformar el art. 93 introduciendo un nuevo procedimiento, pero, también, incluyendo en ese precepto la referencia a la Constitución. ¿Se salvaría así el oneroso camino del 168, abriéndose la vía del 167? No lo creo. La referencia a la Constitución europea ha de entenderse siempre como una transformación profunda del ordenamiento constitucional español. Esa transformación, ya lo he señalado, consiste en alterar la supremacía de la Constitución española. Según el art. I-6 de la Constitución europea, el conflicto entre derecho de la Unión y la Constitución española se ha de resolver a favor del primero. Una consecuencia de este tipo es simplemente una «revisión total de la Constitución» (art. 168).

3. Conclusión

La Constitución europea pretende superar las limitaciones del derecho constitucional común europeo como instrumento de legitimidad de la Unión. Frente a un derecho constitucional fragmentado, que gana fuerza jurídica mediante una intervención jurisdiccional, la Constitución europea quiere ser el resultado de una voluntad política concreta que ordena de una sola vez el poder europeo. Condición indispensable de este nuevo paradigma de legitimidad es que la Constitución europea sea realmente el producto de un momento constituyente, es decir, de un procedimiento que habilita una discusión sin exclu-

⁷¹ Que ya no se trataría de la autorización de una ratificación.

siones y una decisión reforzada por la participación del cuerpo electoral. Si la Constitución europea no nace de un procedimiento especialmente legítimo, el derecho de la Unión, una vez más, encontrará dificultades al reivindicar su aplicación preferente frente al derecho constitucional estatal.

La ausencia en la propia Constitución europea de un procedimiento ratificador que cumpla con los requisitos que permitirían identificar a la Constitución como «expresión del pueblo», obliga necesariamente a explorar las posibilidades complementarias de los ordenamientos constitucionales estatales. En el caso español, creo que el binomio procedimental propuesto por la praxis política —art. 92 más art. 93— compone, al menos coyunturalmente, un instrumento de aprobación capaz de configurar un momento constituyente. De ser favorable, el resultado de ese procedimiento tendría que comprenderse como un acto popular que ha decidido transformar las bases constitucionales del Estado. Al forzar los fines del referéndum consultivo y del procedimiento del art. 93, lograría con ese elemento de ruptura crear un procedimiento abierto en la discusión y adecuado para formar una decisión reforzada que nace de la participación del cuerpo electoral. El resultado de esa decisión sería la alteración del estatus jurídico de la Constitución española, cuya supremacía estaría ahora modulada por la primacía de la Constitución europea.

La necesidad de conservar la plena funcionalidad de la Constitución española exige que esa transformación se recoja en el texto constitucional. La vía constitucionalmente adecuada sería el procedimiento de revisión previsto en el art. 168. Conscientes de su complejidad, no debemos, sin embargo, menospreciar su utilidad para este caso concreto. La repetición en el tiempo de un procedimiento dotado de especial legitimidad sería otro modo de articular el carácter reforzado de la decisión.