

EL PROCESO CONSTITUCIONAL EUROPEO: UNA VISIÓN TEÓRICA

Neil MACCORMICK
Edinburgh University (Reino Unido).

Sección I. El proceso Constitucional: la Convención y la CIG (2002-2004)

INTRODUCCIÓN

En 1999, suspendí temporalmente mi trabajo como catedrático de derecho. Poco antes de que esto ocurriera, publicaría un libro llamado *Questioning Sovereignty*¹, en el que intentaba aplicar mi propia versión de la teoría institucional del derecho a algunas cuestiones contemporáneas importantes de la filosofía política y la filosofía del derecho, en torno a las ideas y al papel que han de desempeñar el derecho, el estado y la nación en lo que yo en ese momento denominé “la Commonwealth Europea”. Entonces, y casi por casualidad, fui elegido como uno de los ocho miembros para representar a Escocia en el Parlamento Europeo. Mis planteamientos teóricos adquirieron, por tanto, un carácter eminentemente práctico, que se haría notar aún más a finales de 2001, momento en que tuve la suerte de ser elegido para formar parte de la Convención sobre el Futuro de Europa creada por el Consejo Europeo en Laeken, en diciembre de ese mismo año. Fui elegido como uno de los dos representantes del Grupo de los Verdes y la Alianza Libre Europea² en la delegación del Parlamento Europeo para la Convención. Naturalmente, esta experiencia era para mí algo fascinante y, al mismo tiempo, un gran reto³.

1. Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law State and Nation in the European Commonwealth* (Oxford, 1999, Clarendon Press).

2. Como parlamentario europeo por el Partido Nacionalista Escocés (*Scottish Nationalist Party, SNP*), pasé automáticamente a formar parte de la Alianza Libre Europea (ALE), que es un partido político de nivel europeo que reúne en una misma alianza a los principales partidos nacionalistas o regionalistas de las “naciones sin Estado” y regiones autónomas de Europa, como Andalucía, el País Vasco, Cataluña, Flandes, Galicia, Escocia, Gales, Frisia, Saboya y Bretaña, entre otras. Entre 1999 y 2004, la ALE y los Verdes formaron un único Grupo parlamentario en el Parlamento Europeo, fruto del acuerdo alcanzado en julio de 1999.

3. Lo que a continuación se les presenta es un relato personal y subjetivo como participante de la Convención. Una visión más objetiva se puede encontrar en Peter Norman, *The Accidental Constitution* (Bruselas, Eurocomment, 2003).

1. LA CONVENCION: ¿QUÉ Y QUIÉN?

Tras el Tratado de Niza, que sentaría las bases para la extraordinaria y deseada ampliación de la Unión Europea que tendría lugar el 1 de mayo de 2004 —aunque seguida de algunos plazos necesarios posteriores—, los líderes de la Unión fueron conscientes de la necesidad de realizar una amplia consulta sobre el futuro de la misma. Ello tendría como objetivo reconectar la Unión con unos ciudadanos cada vez más indiferentes. La que vendría a llamarse la “Convención Constitucional” (en sentido estricto, la “Convención sobre el Futuro de Europa”) se estableció en la Declaración de Laeken en diciembre de 2001, tras la reunión de la Cumbre Europea. La Convención se creó con el cometido de liderar un debate público amplio y transparente sobre el futuro constitucional e institucional de la UE. El proceso implicaría por primera vez tanto a parlamentarios, como a gobiernos en lo que se refiere a una revisión a gran escala de los Tratados, previa a la Conferencia Intergubernamental (CIG). Ésta se inspiraría en una Convención altamente fructífera que elaboró la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, aprobada en Niza, aunque sólo como “declaración política”, en diciembre de 2000.

Presidida por el ex presidente francés Valéry Giscard d’Estaing junto a dos vicepresidentes, el ex Primer Ministro belga, Jean Luc Dehaene, y el ex Primer Ministro italiano, Giuliano Amato, la Convención comenzó sus trabajos el 28 de febrero de 2002 y finalizó el 10 de julio de 2003.

La Convención estaba compuesta por:

- Representantes de los gobiernos de todos los Estados miembros y de los países candidatos a la adhesión —veintiocho en total, cada uno de ellos con un suplente.
- Representantes de los parlamentos nacionales de todos los Estados miembros y de los países candidatos a la adhesión —cincuenta y seis en total, cada uno de ellos con un suplente.
- Dieciséis miembros del Parlamento Europeo, cada uno de ellos con un suplente, y dos representantes de la Comisión Europea, Antonio Vitorino y Michel Barnier.
- El Defensor del Pueblo Europeo y representantes del Comité Económico y Social y del Comité de las Regiones, todos ellos en calidad de observadores.
- Un Secretario General, Sir John Kerr, ex jefe del Servicio Diplomático británico, asistido además por una secretaría diligente y laboriosa cuyos miembros procedían de la Secretaría General del Consejo, el Parlamento y la Comisión.

Dado el amplio número de miembros de pleno derecho y miembros suplentes de la Convención, las sesiones podían llegar a reunir en la sala hasta doscientas cinco personas implicadas activamente en el debate, además de trece observadores con derecho a hablar. A éstos tenemos que añadir ayudantes, consejeros de los ministros, diplomáticos, periodistas y el personal de la Convención. Pero lo

más destacable fue el alto grado de compromiso con el que los miembros de la Convención realizaron su labor y participaron en los debates, tanto contribuyendo activamente como escuchando a los demás. Siempre que se reunía la Convención, había un murmullo considerable dentro y fuera de la gran Sala de Comités (PHS 0C50) en el edificio del Parlamento Europeo de Bruselas, así como en los espacios públicos adyacentes y en la cafetería del Hemiciclo. Puede que ésta no fuera la manera más idónea para intentar redactar una constitución, pero es innegable que tuvo el mérito de plantear los argumentos públicamente y someterlos a un genuino debate crítico que llevaría a la modificación de las posiciones de todos o, al menos, de la mayoría de los participantes.

La transparencia en las deliberaciones fue alimentada por la publicación en el sitio web de la Convención de todos los documentos oficiales, las contribuciones de los miembros, las enmiendas propuestas por ellos y la transcripción completa de las actas⁴. Estaba conectado también con el sitio web del Foro, en el cual los ciudadanos y las organizaciones no gubernamentales (ONG) podían manifestar y desarrollar sus opiniones. Fue bastante decepcionante que durante un largo periodo de tiempo, los medios de comunicación escritos y audiovisuales de Europa, y especialmente (como suele venir ocurriendo) los del Reino Unido, apenas hicieran comentarios y publicaran muy pocas noticias sobre lo que estaba ocurriendo. Cuando las deliberaciones de la Convención llegaron a su fin, los periódicos británicos, y los del resto de los países, describieron los resultados de la Convención como una repentina e inesperada bomba que habían estado diseñando en algún cónclave secreto. Nada más lejos de la realidad. Jamás ha existido en la historia de la humanidad un proceso de elaboración de una constitución más abierto y más público.

2. EL TRABAJO DE LA CONVENCIÓN

El trabajo de la Convención se dividió en dos fases. La primera sería la fase de “escucha”, con amplias consultas por toda Europa. Después vendría la fase de “análisis”, con una docena de grupos de trabajo que examinarían temas cruciales, como la subsidiariedad, el lugar que debería ocupar la Carta de Derechos Fundamentales en la Constitución Europea, la personalidad jurídica de la Unión, la simplificación de los Tratados, el papel de los parlamentos nacionales, entre otros. Los informes de los grupos de trabajo serían debatidos en las sesiones plenarias de la Convención durante el otoño de 2002 y hasta comienzos de 2003.

Finalmente, llegaría la “fase de redacción”. Tras el debate inicial y la publicación de un Proyecto Preliminar —una especie de documento marco presentado a la Convención en octubre de 2002—, comenzaría, a principios de 2003, el verdadero trabajo de dar cuerpo al esqueleto de los contenidos constitucionales con

4. Aún disponibles en <http://european-convention.eu.int>.

los proyectos de los artículos. Este trabajo sería supervisado por el Praesidium, que estaba integrado por el Presidente y los dos Vicepresidentes, dos parlamentarios europeos, dos representantes de los parlamentos nacionales, dos representantes de la Comisión, dos representantes de los gobiernos nacionales y el Sr. Peterle, de Eslovenia, con el fin de velar por los intereses y preocupaciones de los países candidatos a la adhesión. Además, a la Convención se le determinó que los artículos debían ser propios de un proyecto de constitución, y no simplemente de la revisión de un tratado.

A medida que se iban entregando *porciones* de los primeros proyectos de artículo, emanaba también un aluvión de enmiendas de las plumas de los miembros de la Convención y de sus suplentes. Durante mayo y junio, el Praesidium de la Convención respondió a las enmiendas y a los debates sobre los artículos con la reescritura continua de los mismos. La finalización de los trabajos en junio y los primeros días de julio de 2003 fue verdaderamente frenética. El texto final fue negociado con el máximo consenso al que se pudo llegar en cada una de las subsecciones de la Convención y de los grupos políticos que la integraban. El Presidente presentó las conclusiones finales de la Convención que comprendían las partes I y II del proyecto del texto constitucional a los gobiernos de los Estados miembros en el Consejo Europeo de Salónica, el 20 de junio de 2003. El 18 de julio, y tras una serie de ajustes finales concluidos el 10 de julio, el texto de las partes III y IV (ésta última apenas sería sometida a debate en el seno de la Convención) se entregó al Primer Ministro Berlusconi en Roma, al comienzo de su periodo como Presidente de turno del Consejo Europeo.

En octubre de 2003, se reunió la Conferencia Intergubernamental para debatir la adopción del proyecto de Constitución como Tratado Constitucional, ya fuera con o sin enmiendas del texto elaborado por la Convención. Los Estados miembros presentaron una serie de puntos sobre los que pedían o exigían una mayor revisión antes de firmar un Tratado que encarnaría la Constitución. Tras una cumbre abortada en Bruselas en diciembre de 2003, la Presidencia irlandesa conseguiría avanzar ya en 2004, y estableció las pautas para la conclusión de un Tratado Constitucional en junio de 2004. Éste se consiguió precisamente en una reunión celebrada en Bruselas los días 17 y 18 de junio de 2004, y el texto final redactado en todas las lenguas⁵ se firmaría en Roma el 29 de octubre de 2004, bajo el título “TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA”.

Una vez señalados los aspectos formales de la existencia, composición y trabajos de la Convención, me corresponde añadir algunas palabras sobre la experiencia de haber participado en la misma. ¿Cómo fue la Convención?

5. Existen veintiuna lenguas oficiales, que cubren los veinticinco Estados: checo, danés, holandés, inglés, estonio, finés, francés, alemán, griego, húngaro, irlandés, italiano, letón, lituano, maltés, polaco, portugués, eslovaco, esloveno, español y sueco.

3. EL CARÁCTER DE LA CONVENCIÓN

Lo más importante que hay que reseñar sobre la Convención es su carácter esencialmente abierto, público y, yo añadiría, “parlamentario”. La mayoría de sus miembros eran representantes de los parlamentos de los Estados miembros o de la Unión, y eran miembros de uno u otro parlamento. Pero no tenían un mandato electoral directo de sus votantes, y el grado con el que las delegaciones parlamentarias reflejaron debidamente toda clase de opiniones en los Estados fue un asunto delicado.

Una cuestión importante fue determinar hasta qué punto el Praesidium debía dirigir la Convención; hasta qué punto la Convención tendría vida propia. ¿Predominarían los demócratas sobre los burócratas? En general, la democracia salió vencedora, aunque no sin que a menudo saltaran chispas desde los escaños. El Presidente pronunció en más de una ocasión aseveraciones atrevidas e, incluso, espinosas sobre su percepción del consenso alcanzado en la Convención, y convocó una serie de reuniones privadas con varios Primeros Ministros y Presidentes, además de comprometerse en todo momento a explicar algunas posiciones controvertidas en público. A fin de cuentas, teníamos que elaborar una Constitución que fuese aceptable para todos los Estados miembros. Debido a la importancia de atraer la atención de los ciudadanos sobre las ideas trascendentales que estaban tomando forma, yo no quedé tan escandalizado por las estrategias utilizadas por Giscard como lo hicieron algunos de mis compañeros. Los miembros de la Convención y los suplentes dependíamos de nuestros representantes en el Praesidium (en el caso del Parlamento Europeo, éstos eran Iñigo Méndez de Vigo y Klaus Hänsch) para que se rectificaran las faltas graves en el establecimiento de lo acordado por parte del Presidente. Así, por ejemplo, se suprimió un instrumento que el Presidente creó a su medida, como fue el “Congreso de Europa”, que reunía anualmente en una sesión conjunta al Parlamento Europeo con representantes de todos los parlamentos nacionales.

La parlamentaria Gisela Stuart fue una de los dos representantes⁶ del Parlamento británico en la Convención. Actuó en el Praesidium como representante de los parlamentarios nacionales. Los miembros británicos de ambos parlamentos y del gobierno mantenían continuas reuniones de 45 minutos con el personal de la Representación Permanente del Reino Unido inmediatamente antes de las Sesiones Plenarias y Gisela amablemente nos informaba de lo que ocurría en el Praesidium. Tanto de ella como de otras fuentes tuvimos algún conocimiento del desarrollo frenético y, a veces, caótico de los trabajos en el Praesidium, con documentos que llegaban a última hora del día. Lo mismo se podría decir del resto de los miembros que no eran del Praesidium, aunque éste era un contexto en el que los documentos se preparaban a gran velocidad para su discusión en muchas lenguas,

6. El otro representante fue David Heathcoat (conservador) y sus suplentes fueron Lord Tomlinson (laborista) y Lord MacLennan of Rogart (liberal demócrata).

generalmente partiendo de una versión original en francés. Fue una sorpresa y, al mismo tiempo, una decepción cuando, en diciembre de 2003, Gisela expresó en un folleto de la Fabian Society una visión bastante negativa de los procedimientos del Praesidium, especialmente durante su funcionamiento en las últimas semanas de la Convención, cuando se estaba perfilando la versión final del texto constitucional⁷. Hay que lamentar que esto no se hubiera manifestado de una manera mucho más abierta en su momento, cuando se podría haber apoyado una petición para proceder de otra forma.

No obstante, los Miembros de la Convención exigimos alguna que otra vez —y les puedo asegurar que así fue— que se realizaran votaciones en temas importantes relacionados con el modo de actuar de la Convención, como, por ejemplo, la petición de creación de un Grupo de trabajo sobre la “Europa Social”. Pero el método del consenso prevaleció sobre el de la votación. Esta decisión fue correcta y, al mismo tiempo, inevitable, puesto que no éramos un parlamento elegido para este cometido, sino lo que yo denominé anteriormente, una asamblea “parlamentaria”. Como ya he mencionado, cuando en los instantes finales llegó la hora de solucionar los puntos de discrepancia, la única salida posible fue la de aprobar posiciones comunes aceptables por todas las fracciones de la Convención, es decir, por las diferentes familias políticas representadas y por las diferentes subsecciones de la Convención: los parlamentos nacionales, el Parlamento Europeo, los gobiernos y la Comisión.

Sobre este punto, sin embargo, el artículo de Gisela Stuart en el folleto de diciembre es bastante crítico. En su opinión, el consenso fue únicamente fruto del acuerdo de un grupo reducido que llevaba la voz cantante. No obstante, me permitiré corregirla en un punto. Gisela advierte correctamente de que el texto de la Constitución cambió en el último momento en un aspecto significativo: “La disposición que establecía de forma expresa que el Presidente de la Comisión no podía ostentar el cargo de Presidente del Consejo fue eliminada en los últimos días. Valéry Giscard d’Estaing explicaba que ésta era una prohibición innecesaria, pues ambos trabajos eran tan exigentes que una sola persona no podría compaginarlos”. Puede que ésa fuera la opinión de Giscard, pero ésa no fue la única razón para el cambio.

En una reunión tardía de la delegación del Parlamento Europeo, que contó con la visita de Jean-Luc Dehaene con el propósito de establecer los puntos de consenso, se expresó la preocupación por las dificultades que podría entrañar una Europa bicéfala con un Presidente de la Comisión y un Presidente del Consejo que caminaran en direcciones opuestas. Yo, personalmente, intervine para subrayar que sólo sería necesario eliminar la entonces existente prohibición que se hacía en el texto de que el Presidente del Consejo tuviese otro cargo dentro de la UE. Si eso se hiciera, el Consejo podría, si así lo estimara oportuno, elegir al Presidente de la Comisión para este puesto. Pero, por supuesto, esto requeriría el acuerdo

7. G. Stuart, *The Making of Europe's Constitution* (London: The Fabian Society, 2003).

del Consejo, que sólo sería posible si se demostrara, o se hiciera efectivo, que la separación de los cargos fuese seriamente problemática. Esta intervención, visiblemente apoyada por la mayoría de los parlamentarios presentes, llevó, o, al menos, contribuyó a la necesaria supresión de tal disposición en el proyecto final y, por consiguiente, en el texto finalmente aprobado. Este punto fue de tal obviedad que pocos pensaron de forma diferente y, en cuanto a lo que yo he podido saber, no se planteó en debates parciales similares durante las etapas concluyentes de la Convención.

Por otra parte, sí que se dio un alto grado de transparencia y de atención hacia cualquiera que deseara dirigirse a nosotros, ya fuesen colectivos o particulares. El vicepresidente Dehaene se encargó de organizar la consulta de la “Sociedad Civil Europea”, gracias a la cual tuvo lugar una formidable doble sesión durante los días 24 y 25 de junio de 2003. Asimismo, organizó la Convención Europea de la Juventud, que se reunió en Bruselas el 10 y el 11 de julio, y llevó los informes de sus trabajos a la Convención el 12 de julio. Determinar hasta qué punto esos encuentros fueron verdaderamente representativos está, por supuesto, abierto a la discusión, y, de hecho, escépticos como el parlamentario danés y miembro de la Convención Jens-Peter Bonde destacaron el carácter sustancialmente eurófilo de la mayoría de las organizaciones que allí participaron. Yo tenía mis propias razones para no sorprenderme por la forma en que el Parlamento de la Juventud había sido constituido, ya que se me impidió ejercer mi derecho a nombrar un representante de la ALE.

Aparte de esa especie de consulta general, yo, al igual que otros miembros de la Convención, emprendí un vigoroso programa de consulta dentro de mi propia circunscripción en Escocia⁸. Como representante de la Alianza Libre Europea, tuve contacto con partidos hermanos de Galicia, Andalucía, País Vasco, Cataluña, Flandes, Polonia, Frisia, Letonia, Saboya, Bretaña y Moravia. En mi país, mantuve reuniones y consultas por todo el territorio y también pasé dos espléndidos días con el Plaid Cymru en Llandudno (Gales) en septiembre de 2002. Para mí fue una gran suerte poder participar en la Convención. Mi puesto como miembro suplente de la delegación del Parlamento Europeo salió de una elección muy ajustada dentro de mi Grupo parlamentario, el de los Verdes y la Alianza Libre Europea. Además, los miembros suplentes pudimos participar ampliamente en las deliberaciones, gracias tanto a la buena coordinación con los miembros de pleno derecho (en mi caso, el parlamentario verde austriaco Johannes Voggenhuber), como a la

8. Gisela Stuart escribe que, en la Convención, “los miembros del Parlamento Europeo hablan en nombre del Parlamento Europeo como institución, y no en nombre de los ciudadanos que los habían elegido” (*op. cit.*, pág. 18). Nada más lejos de la realidad, pues, de hecho, los argumentos que planteamos para defender nuestras circunscripciones alcanzaron tal fuerza que toda la Delegación del Parlamento Europeo se alineó con nosotros. No obstante, todas mis intervenciones en la Convención se basaron en lo que yo consideré una estructura constitucional adecuada para Europa sin perder de vista los intereses legítimos de Escocia (mi circunscripción) y los de otras naciones sin Estado, de cuyos representantes yo era el delegado, como miembro de la ALE en la Convención.

buena voluntad de la Presidencia y de la Secretaría. También ayudaron algunos mecanismos procedimentales; sobre todo, la “tarjeta azul”, que permitía una breve intervención de un minuto en los debates de las sesiones plenarias, permitiendo así respuestas prácticamente instantáneas a los argumentos esgrimidos por otros oradores.

El ejemplo que siempre suelo poner tuvo lugar cuando el presidente d’Estaing introdujo el debate sobre el primer proyecto de los artículos que definían los valores y los objetivos de la Unión. En dicho proyecto había una llamada al reconocimiento de la “diversidad cultural” de Europa. Varios miembros, entre los que yo me incluyo, presentamos enmiendas para que se añadieran las palabras “y lingüística”. Esto era muy importante, puesto que hasta entonces la Comisión se había resistido frente a los intentos del Parlamento de autorizar apoyo económico para las lenguas minoritarias y regionales de la Unión ya que, para la Comisión, tal apoyo carecía de base jurídica en los actuales Tratados. El hecho de añadir “y lingüística” llenaría, por tanto, un vacío legal existente en favor de las lenguas minoritarias regionales y nacionales de la Unión. En sus observaciones iniciales, el Presidente fue bastante despectivo: “Por supuesto que no queremos fomentar cada vez más lenguas en Europa”, dijo. Entonces, alcé mi tarjeta azul, y una vez que se me concedió la palabra, subrayé (y se me aplaudió por ello) que nuestro objetivo no era multiplicar las lenguas, sino obtener un reconocimiento justo de las ya existentes y de la diversidad lingüística de Europa. Creo que ahí ganamos un punto importante.

Los suplentes también pudimos participar plenamente en los Grupos de trabajo, como, de hecho, personalmente hice en el de la Carta de Derechos y en el de la Simplificación de los Instrumentos de la Unión. El papel a desempeñar sería especialmente útil en cuanto a la Carta se refiere. El gobierno del Reino Unido fue muy reticente a avanzar más allá del reconocimiento político de la misma, por lo que se tuvieron que acordar mecanismos para disipar las dudas. En el Grupo de Simplificación, Giuliano Amato tuvo la brillante iniciativa, y el resto nos unimos a su propuesta, de abolir los “Reglamentos” y las “Directivas” e introducir en su lugar la idea de las “leyes europeas” y las “leyes-marco europeas”⁹. De este modo se reserva el uso del concepto “reglamento” para los actos delegados de la Comisión u otros órganos, como el Parlamento y (en su caso) el Consejo, que ostentan el derecho de aprobación previa o retirada posterior de tales actos reguladores¹⁰. Dado el alto grado de ininteligibilidad que los ciudadanos encontraban en los trabajos de la Unión, la simplificación se hacía imprescindible. Aún está por ver si los avances realizados en esta línea han sido suficientes.

9. Véanse los Artículos I-32 y siguientes del Proyecto de Constitución.

10. Véase ahora el Artículo I-36 (2) del Proyecto de Constitución. Los reglamentos pueden estar sujetos a una revocación posterior, o a una aprobación previa por parte del Parlamento y del Consejo.

De todos modos, ya hemos expuesto lo necesario para describir el trabajo y el carácter de la Convención. Ésta fue fructífera a la hora de elaborar un Proyecto de Constitución que, a su vez, y con algunas enmiendas en los puntos más polémicos, constituiría el núcleo esencial de la Constitución adoptada por la CIG para su ratificación por los Estados. Ahora pasaremos a analizar su contenido o, al menos, intentar hacer un esbozo.

4. LA CONSTITUCIÓN PROPUESTA

La Constitución propuesta por la Convención se divide en cuatro partes:

La **Parte I** constituye el corazón de la Constitución, y en sus 60 artículos desarrolla los fundamentos de la Unión Europea como un sistema de gobierno de una naturaleza extraordinaria. Formalmente, crea la UE, “a la que los Estados miembros confieren competencias para alcanzar sus objetivos comunes”. Establece, además, los valores, los objetivos y los principios fundamentales de la Unión. Asimismo, la Constitución declara en esta parte el compromiso de la Unión con los Derechos Fundamentales, la no discriminación, y confirma la ciudadanía común de la Unión, que se añade a la ciudadanía nacional de cada Estado miembro sin sustituirla. Define los principios sobre los que se rige la delimitación de las competencias de la Unión; ese principio delimitador es el de atribución: la Unión actúa dentro de los límites de las competencias atribuidas en la Constitución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad —sólo en lo que requiera la acción de la Unión para garantizar la mayor efectividad, y sin exceder lo necesario para alcanzar los objetivos establecidos¹¹.

A la luz de esto, se hace un listado de las competencias atribuidas a la UE, que pueden ser ámbitos de competencia legislativa exclusiva, de competencia legislativa compartida o de competencia complementaria, sin implicar un poder legislativo ejercido en el nivel general de la Unión. Con estas restricciones se mantiene la primacía del Derecho de la Unión sobre el de los Estados miembros (como ya estaba bien establecido en el *acquis* comunitario). Se establece una disposición para definir y realizar una Política Exterior y de Seguridad Común (que competirá

11. El Artículo I-11 dice:

“3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a la escala de la Unión. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto de dicho principio con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo.

4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Constitución”.

especialmente al Consejo Europeo y a un nuevo Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión, que también será uno de los Vicepresidentes de la Comisión). También se plantea la posibilidad de una “Cooperación Reforzada” con el fin de fortalecer la integración de todas las instituciones y organismos de los Estados miembros.

La Constitución define las instituciones principales de la Unión:

- El Parlamento, que representa directamente a los ciudadanos de Europa en la elaboración de las leyes y en el control del Ejecutivo.
- El Consejo Europeo (compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno), con una nueva disposición en cuanto a la presidencia, que será de dos años y medio, dará a la Unión los impulsos y orientaciones necesarios para realizar sus actividades, pero no tendrá poder legislativo.
- El Consejo de Ministros (uno por Estado miembro), que ejercerá conjuntamente con el Parlamento la función legislativa y también tendrá funciones ejecutivas delegadas.
- La Comisión Europea, que ostenta esencialmente la función ejecutiva en nombre de la UE, supervisa la aplicación de las disposiciones de la Constitución¹² y el Derecho de la Unión, y ejercita el derecho fundamental de iniciativa legislativa bajo la orientación del Consejo Europeo y sujeto a las decisiones legislativas finales del Parlamento y del Consejo.
- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con competencia sobre las cuestiones entre los Estados miembros y las Instituciones, y de las Instituciones entre sí, en relación con la validez de las leyes de la Unión y el cumplimiento de las obligaciones de la Unión; igualmente tiene poder para determinar las cuestiones del Derecho de la Unión referidas a él por los Tribunales de los Estados miembros, pero, por otra parte, con pocas competencias en lo que se refiere a los recursos interpuestos por los ciudadanos.
- El Banco Central Europeo, responsable del euro y del Tribunal de Cuentas, órgano responsable de velar por una buena gestión financiera de la Unión. Además, actúa como órgano consultivo del Comité de las Regiones y del Comité Económico y Social, una situación que no varía mucho con respecto a la que se daba con anterioridad. No obstante, el Comité de las Regiones sí que adquiere nuevos poderes para actuar en nombre de las regiones interponiendo recursos respecto de leyes que considere que violan el principio de subsidiariedad.

El equilibrio entre las instituciones se ajusta de manera que las funciones legislativas y presupuestarias se ejerciten normalmente de forma bicameral entre el Consejo y el Parlamento, y siempre mediante un debate abierto y una votación pública. Esto es lo que define la “vida democrática de la Unión”¹³, junto con la confirmación del cargo de Defensor del Pueblo Europeo y los derechos de protección de datos, igualdad democrática, democracia representativa y, en parte,

12. Anteriormente, “los guardianes de los Tratados”.

13. Véanse los Artículos I-45-52, agrupados todos ellos bajo el título “Vida democrática de la Unión”.

participativa, y garantiza los derechos especiales de las iglesias y demás grupos religiosos, así como de las asociaciones no confesionales en las consultas de los procesos legislativos. La Parte I también establece que la Unión Europea tendrá personalidad jurídica (anteriormente, sólo disfrutaba de esta condición la Comunidad Europea como “pilar” interno de la Unión que se estableció en Maastricht¹⁴ en 1992), lo cual permitirá que, por primera vez, la UE pueda firmar tratados a título propio, incluido el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (de aquí en adelante “Convenio Europeo de los Derechos Humanos”) y ser miembro de organismos internacionales. La Parte I concluye con una “cláusula de retirada” (Artículo I-60), que ofrece a los Estados miembros que decidan dejar de pertenecer a la Unión los instrumentos apropiados para continuar las relaciones tras su salida.

La **Parte II** comprende la Carta de los Derechos Fundamentales, que será vinculante jurídicamente (cuando se adoptó en Niza en el año 2000, sólo tenía el carácter de declaración política). Vincula a todas las instituciones de la Unión Europea, pero sólo vincula a las autoridades de los Estados miembros cuando hayan sido incorporadas al Derecho de la Unión. Por otra parte, esto no afectará a la legislación sobre derechos humanos de los Estados miembros, y el texto de la Carta (que refleja el Convenio Europeo de los Derechos Humanos) está confeccionado para contribuir a evitar conflictos con el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo y su amplia jurisprudencia¹⁵. A partir de ahora, los Estados miembros no podrán transferir tomas de decisiones a la Unión que puedan privar a los ciudadanos de los derechos protegidos constitucionalmente por el derecho de sus respectivos países.

La **Parte III** clarifica con más detalle las políticas y cada uno de los ámbitos de competencia de la Unión. Esta parte se deriva prácticamente en su totalidad de los ya existentes Tratado de la Unión Europea y Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, modificados recientemente por el Tratado de Niza de 2000. De este modo, se adaptan las disposiciones de los Tratados al nuevo marco constitucional, y los plantea en un orden más lógico e inteligible (siguen la misma distribución de los elementos constitucionales centrales de la Parte I). Además, contiene disposiciones importantes en cuanto al modo de actuar de las instituciones como desarrollo de la Parte I.

14. Hasta ahora, bajo los singulares acuerdos de Maastricht de 1992, la Comunidad Europea había tenido personalidad jurídica internacional, pudiendo ser firmante de tratados internacionales, como los Tratados de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que trata asuntos cuyas competencias habían sido transferidas por los Estados miembros a la Comunidad. La Unión, que cuenta con otros dos “pilares” además de éste, el de la Defensa y los Asuntos Exteriores, y el de las Políticas Internas, no gozaba de personalidad jurídica. Ésta era una de las singularidades que la Constitución quiere dejar relegada a los libros de historia.

15. Véase el Artículo II-112 (3): “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”.

La **Parte IV** trata sobre la entrada en vigor de la Constitución y los mecanismos para futuras modificaciones, ya sea mediante la creación de una Convención en el caso de revisiones de gran importancia, o mediante procedimientos más simples que requieran la unanimidad del Consejo y el consentimiento de los parlamentos de los Estados miembros en temas que se consideren de menor importancia.

La Constitución representa, esencialmente, una evolución más que una revolución. Recoge los tratados e instituciones ya existentes y los fusiona en uno sólo, que cuenta con una Parte I fundamentalmente constitucional diferenciada del resto, y una Carta de Derechos, a la que también se le concede un apartado especial como Parte II. Además, simplifica grandemente los instrumentos a través de los cuales la Unión puede actuar¹⁶. Pero, sobre todo, refuerza el carácter democrático de las actividades legislativas de la Unión, al reconocer un “procedimiento legislativo ordinario” que concede papeles correlativos al Parlamento (que representa directamente a los ciudadanos) y al Consejo (que representa a los ciudadanos en cada uno de sus Estados), en respuesta a las propuestas de la Comisión. También provee mayor responsabilidad del ejecutivo a nivel Europeo (la Comisión es responsable ante el Parlamento) y en los Estados (existen más posibilidades de control parlamentario de los ministros en el Consejo). Incorpora una mayor exigencia de transparencia y carácter público de todos los actos legislativos, y de la mayoría de los ejecutivos. Concede un mucho mayor reconocimiento a la diversidad interna de los Estados miembros y a la necesidad de la subsidiariedad con el fin de que se respete la democracia a escala más pequeña de las regiones (algunas de ellas, “naciones sin Estado” perfectamente comparables en tamaño y peso económico a los Estados miembros más pequeños) y las administraciones locales.

La Constitución recoge lo ya existente —que ha funcionado para beneficio común de los europeos durante medio siglo—, y mejora el marco para que funcione aún mejor. Reconoce la continuidad del *acquis communautaire* en el Preámbulo de la Constitución. Sus autores han actuado según el espíritu de lo que F. A. Hayek¹⁷, entre otros, denomina el “racionalismo crítico”; no se han basado en un plan abstracto, sino en la “crítica inmanente” de un régimen relativamente satisfactorio que podría, y de hecho puede, mejorarse adaptando los elementos menos satisfactorios de acuerdo con el principio alentador de incorporar lo más satisfactorio.

16. Son seis los instrumentos: la ley europea (antes, “reglamento”); la ley marco europea (antes, “directiva”); el reglamento europeo, que tiene un ámbito restringido conferido al ejecutivo y está sujeto a retirada; la decisión europea, las recomendaciones y los dictámenes. Véanse los Artículos I-33 - I-39.

17. Véase F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I, *Rules and Order* (London, Routledge and Kegan Paul, 1976) 5-9, 14-17, 29-34.

5. PROCEDIMIENTOS LEGISLATIVOS ABIERTOS Y GOBIERNO LIMITADO

Si la Constitución entra finalmente en vigor, como se prevé, el nuevo proceso de creación de leyes de la Unión hará olvidar las sombras de las negociaciones casi diplomáticas que caracterizaban el COREPER¹⁸ y los grupos de trabajo del Consejo, que determinaban la agenda e, incluso, los resultados del Consejo de Ministros. Ahora por contra, la Unión contará con un poder legislativo genuino para todo el trabajo legislativo ordinario, que consta del Parlamento Europeo directamente elegido por los ciudadanos y el consejo de Ministros, indirectamente elegido. Todas las deliberaciones legislativas y la toma de decisiones tendrán lugar con un carácter totalmente público¹⁹. Las nuevas disposiciones permitirán a los parlamentos de los Estados miembros controlar de una forma democráticamente más efectiva la actividad legislativa de los ministros del Consejo. Habrá, además, una disposición mediante la cual el Parlamento recibirá directamente propuestas legislativas por parte de la Comisión. Con ello, se pretende conferirles un nuevo papel como guardianes del principio de subsidiariedad. No obstante, la Constitución mejorará igualmente su capacidad para garantizar la responsabilidad de los ministros en sus respectivos países cuando vayan o regresen de las reuniones del Consejo, puesto que los ministros ya no deliberarán ni decidirán en privado a la hora de crear leyes.

El derecho de iniciativa legislativa quedará fundamentalmente en manos de la Comisión, que será el principal órgano ejecutivo de la Unión. Ésta presentará propuestas a las instituciones legislativas, que serán las que decidan, aprobando leyes únicamente cuando, tras haber realizado todas las enmiendas que consideren necesarias, las dos cámaras alcancen un acuerdo final, aunque se tenga que recurrir al procedimiento de conciliación. A su vez, se aumentará la legitimidad democrática de la Comisión, puesto que el Presidente será elegido tras las elecciones al Parlamento Europeo que se celebran cada cinco años, y reflejará el peso de la opinión política expresada en las urnas. (El proyecto prevé que el Consejo proponga al Parlamento un candidato, pero, si se diera en éste una clara mayoría sobre la persona que debería ostentar el cargo, el Consejo no podría más que aceptarlo, del mismo modo que el monarca acepta en el Reino Unido el resultado de las elecciones cuando ha de invitar al nuevo Primer Ministro a tomar posesión de su cargo). El Presidente, una vez elegido, tiene la gran responsabilidad de seleccionar los miembros de la Comisión de entre los candidatos propuestos por los Estados. El Presidente también tendrá poder para destituir a los comisarios, de ahí que su legitimidad democrática y su autoridad constitucional sean considerables.

18. El Comité de Representantes Permanentes de los Estados miembros; éste estaba encargado de preparar todo el trabajo de cara a las reuniones del Consejo.

19. Véase el Artículo I-49, sobre la "Transparencia de los trabajos de las instituciones de la Unión".

Pero también habrá una nueva Presidencia a tiempo completo del Consejo Europeo (por una duración de dos años y medio). ¿Eclipsará tal Presidencia el papel del Presidente de la Comisión? ¿Acaso no es esto más que una receta para confundir a los ciudadanos tanto de dentro como de fuera de la UE? ¿Quién habla en nombre de la Unión? He aquí un asunto puntilloso, pero debemos advertir de que el Proyecto de Constitución otorga a la Presidencia del Consejo funciones muy restringidas, muy lejos de la autoridad del Presidente de la Comisión. Presidir el Consejo Europeo es una tarea importante, como puede ser velar por la preparación y la continuidad de sus sucesivas reuniones. En las relaciones exteriores, la figura del Presidente del Consejo es meramente simbólica²⁰. No obstante, se da el caso de que esta figura no podrá ejercer mandato nacional alguno, sino que será elegido por los votos de aquellos que sí lo tienen.

Al presidir un órgano cuyos miembros tienen un cargo continuado como jefes de Gobierno o de Estado, el Presidente del Consejo queda en una posición bastante alejada del *primus inter pares*. De hecho, como ya he señalado en otras ocasiones, la expresión “menos que *par inter primos*” sería aún más apropiada²¹. Aquí se da un verdadero contraste con la considerable autoridad constitucional que se le confiere al Presidente de la Comisión. Se puede dar el caso de que el Consejo invite al Presidente de la Comisión a tomar también posesión de esta presidencia, lo cual podría dar lugar a la convocatoria de una Convención de la Constitución. Ésta sería, en todo caso, una forma de evitar el riesgo de contar con autoridades enfrentadas, o de mostrar un aparente desconcierto ante los ojos de los ciudadanos.

En términos estratégicos, y especialmente en relación con la política de exterior y de seguridad, el Consejo juega un papel fundamental. El nuevo Ministro de Asuntos Exteriores que se propone, que también ostentará el cargo de Vicepresidente de la Comisión, será un elemento crucial a la hora de mantener la coherencia entre el Consejo y la Comisión. A través del Consejo Europeo, y también en relación con el Consejo de Ministros, se mantendrá un equilibrio con los Estados miembros y sus parlamentos, cuya función de control ha sido fortalecida, como ya hemos explicado con anterioridad. La extensión del procedimiento legislativo ordinario (anteriormente “codecisión”) a la gran mayoría de funciones legislativas de la Unión fortalece de igual modo el papel del Parlamento Europeo.

Es importante, sin embargo, subrayar que el gobierno de la Unión es un gobierno limitado. Existen tiras y aflojas entre las instituciones; existen, además, los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad. Y lo más importante

20. Véase el Artículo I-22 (22). “El Presidente del Consejo Europeo asumirá, en su rango y condición, la representación exterior de la Unión” (pero sin perjuicio de las atribuciones del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión). Esta tarea otorga un carácter simbólico al cargo, pero el resto del Artículo subraya simplemente que las funciones del Presidente son de coordinación y de presidencia, no de ejercicio de autoridad ejecutiva. En contraste, se puede ver el Artículo I-27 que trata sobre la Presidencia de la Comisión.

21. Parlamento Europeo, debate sobre la Presidencia griega, 19 de junio de 2003.

de todo, la Parte II de la Constitución comprende la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, tal y como la planteó la Convención en el año 2000, y que fue aprobada como declaración política por el Consejo Europeo en Niza, pero que ahora tiene carácter vinculante. La Carta ha sido adaptada en algunos detalles de menor calado al nuevo contexto para cubrir así ciertas lagunas en cuanto a su ámbito potencial de aplicación²². Vincula únicamente a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión. Ésta se debe interpretar de modo que se garantice la compatibilidad con el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (“CEDH”) y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. El compromiso de que la UE se adherirá al CEDH es un intento de garantizar que no se producirá un dualismo negativo en cuanto a los derechos humanos entre la Unión y el Consejo de Europa. Por supuesto, la Unión, al igual que los Estados miembros, es libre de ofrecer una protección más extensa de los derechos humanos de la que se establece en el CEDH y en el Tribunal de Derechos Humanos.

De cualquier forma, el modo de gobierno planteado en esta Constitución es, sin lugar a dudar, un gobierno limitado. Estas limitaciones, si bien son complicadas, parecen perfectamente inteligibles y bastante viables.

6. ¿UNA DEMOCRACIA A ESCALA CONTINENTAL?

¿Asegurará todo esto una forma de gobierno verdaderamente democrática para la Unión? ¿Funcionará? Seguramente, habrá una gran diferencia cuando la luz del debate abierto brille allá donde antes había una oscuridad propiciada por la preparación burocrático-diplomática de los asuntos del Consejo, seguida de una votación privada de los ministros. Una mayor transparencia en las etapas prelegislativas, así como en los debates, sólo puede reforzar la responsabilidad de los ministros en sus parlamentos nacionales. Pero, ¿aceptarán los parlamentarios con éxito el reto? Y, en su caso, ¿adoptarán una actitud seria ante la legislación europea y nacional dada la gran interacción que ahora se dará entre las dos? Una vez más, ¿qué hay del Parlamento Europeo? ¿Son los votos emitidos para este Parlamento la expresión de una verdadera legitimidad democrática, visto el bajo nivel de participación (45’7 % en 2004) en todas sus elecciones? ¿Ayudará el hecho de que la elección del Presidente de la Comisión sea el resultado inmediato de las elecciones europeas?

22. A causa de la reacción ansiosa del Reino Unido, las disposiciones sobre el “Alcance e interpretación de los derechos y principios” del Artículo II-52 fueron detalladas aún más cuidadosamente. Además, el Preámbulo de la Carta de Derechos autoriza a los tribunales de la Unión a interpretar la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas por el Presidente de la Convención sobre la Carta, y que fueron actualizadas a raíz de los trabajos realizados por la Convención Constitucional.

Todo ello aún está por ver. Las propuestas actuales para un mejor procedimiento legislativo tienen como objetivo, *inter alia*, reducir el intervalo de tiempo que se produce entre la presentación de la propuesta legislativa y su entrada en vigor, siendo entonces trasladada a las leyes de los Estados miembros para que pueda ser totalmente operativa. Pero siempre hay una demora inevitable en todo proceso legislativo que pretenda ser deliberativo, interactivo y reflexivo. En estas circunstancias, es muy difícil que los ciudadanos sepan a quién han de culpar y quiénes son las personas responsables en el caso de que las medidas ocasionen su ira. Según mi experiencia, la mayoría de los parlamentarios intentan concienzudamente representar a sus votantes y hacer efectivas las protestas razonables que puedan surgir en torno a los asuntos legislativos. Pero el súper gigante europeo, este poderoso buque, sólo responde lentamente a los cambios de rumbo determinados por aquellos que están en el puente de mandos. Es difícil de advertirlo, y mucho menos de agradecerlo, pero los parlamentarios europeos hacen sus mayores esfuerzos para ofrecer una representación que dé respuesta a sus electores.

El argumento del intervalo de tiempo podría, sin embargo, tener otra aplicación más alentadora. Incluso aunque una nueva constitución pueda crear los instrumentos adecuados para una mayor responsabilidad democrática de las instituciones de la UE, es muy probable que esto no sea tan obvio para muchos excepto para una minoría de entusiastas del proyecto europeo. Los bajos índices de participación electoral de las últimas décadas no se recuperarán inmediatamente como respuesta a la nueva situación. Pero si el cambio real se produce, ya no será posible ocultarlo a los ciudadanos, ni siquiera para los medios de comunicación menos interesados. Un punto de partida para iniciar este cambio podría y, de hecho, debería ser el proceso de adoptar los cambios. Un proceso de ratificación de la nueva Constitución, sometiéndola al debate y a la aprobación en cada uno de los Estados miembros marcará, si la respuesta es positiva, una nueva determinación por parte de los europeos para hacer suyas las instituciones que se han erigido en su nombre y para continuar con los trabajos, contando ahora con su supuesta voluntad y consentimiento. Si la respuesta es negativa, no sería deseable imponerles la Constitución, a pesar del veredicto.

En el caso de ser negativa, sería difícil vislumbrar qué procesos se podrían diseñar para llegar a un resultado más aceptable. No fue solamente un proceso abierto y público la Convención, sino también la CIG que la precedió. Las negociaciones intergubernamentales sobre la adaptación del proyecto fueron más abiertas y públicas que nunca antes en la historia. En este sentido, se puede decir que la Convención dio lugar a una CIG mejor y más abierta.

Finalmente, la versión definitiva de la Constitución redactada en las 21 lenguas de la Unión se acabó de conformar durante el verano y los comienzos del otoño de 2004. El Tratado Constitucional se firmó en Roma el 29 de octubre en nombre de todos los Estados miembros, con la disposición de que pasaría a entrar en vigor tras su ratificación, en un plazo de dos años, por todos los Estados miembros. Desde esa fecha, el debate ha sido remitido a los Estados miembros y

a la opinión pública europea para que decida sobre su ratificación. ¿Aprobará la Unión Europea esta nueva Constitución? Eso aún está por verse.

Sección II: La Constitución y la Teoría Jurídica

INTRODUCCIÓN

El proceso que produjo el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” resultó fascinante desde el punto de vista tanto de un participante, como desde el de un observador. El proceso completo plantea cuestiones para los teóricos constitucionales y los desafía a involucrarse en el debate haciendo uso de su propia pericia en términos lo suficientemente comprensibles como para contribuir al proceso público de toma de decisiones. Éste, como se recordará, ha vuelto a las manos de los ciudadanos de Europa, al decidir estado por estado, con el requisito de ratificación por parte de cada uno de estos. Algunos tomarán su decisión tras votaciones en sus respectivos parlamentos sin más. Otros optarán por la democracia directa y decidirán según el resultado de un referéndum, y acatarán esa decisión o bien la combinarán con la ratificación legislativa en caso de obtener una respuesta positiva en el referéndum.

Hay cuatro cuestiones que quisiera abordar. La primera es “¿Tratado o Constitución?”; la segunda es sobre la legitimidad del proceso de creación de la Constitución que acabo de describir; la tercera trata el tema de la continuidad y la evolución en la creación de la constitución y la cuarta se refiere a la posibilidad del “patriotismo constitucional” a nivel europeo.

1. ¿TRATADO O CONSTITUCIÓN?

Existía una ambigüedad alrededor de la idea en sí del proceso de la Convención. ¿Acaso estábamos preparando el terreno para un nuevo tratado, o para una nueva constitución? La respuesta es “ambas cosas”, dado que la Unión existente estaba y está constituida por tratados que sólo pueden ser sustituidos por un nuevo tratado. Por otro lado, los tratados existentes se han transformado mediante la acción judicial, a lo largo de los años, en una especie de “constitución funcional”²³ o “carta constitucional”²⁴.

23. Ver N. MacCormick, “On the Very idea of a European Constitution: Jurisprudential Reflections from the European Parliament”, *Juridisk Tidskrift* (2001-02) 529-541. Distingo una “constitución funcional” que se compone de normas de diferente origen que establecen un marco de gobierno y otorgan poderes a órganos de gobierno para algún sistema de gobierno u organización, de una “constitución formal”, que hace lo mismo, pero lo hace explícitamente y es adoptada por un acto deliberado de creación de constitución. Richard Bellamy, en un escrito a la Conferencia CIDEL en Londres, entre el 12-13 de diciembre de 2004, distingue (en efecto) entre una “constitución de

La Convención, considerando su creación como el anteproyecto de la Constitución, tenía el objetivo de mostrar una vía por la cual la Unión pudiera pasar de ser una colectividad de estados fundamentada en el Tratado, a ser una entidad jurídica formalmente constitucionalizada con personalidad propia en el derecho internacional. La acumulación de tratados hasta el de Niza (2000), éste incluido, la desconcertante yuxtaposición de la Unión y la Comunidad, la llamada estructura de “pilar”, la diplomacia haciéndose pasar por legalidad... Todas estas características insatisfactorias estaban listas para ser erradicadas. En lugar de una constitución implícita desordenada o funcional oculta en los tratados y la jurisprudencia correspondiente, la Convención ofreció un texto que la CIG completó y clarificó para llegar a una constitución formal y explícita.

La Unión Europea sigue siendo un sistema de gobierno muy particular, *sui generis*. Está claro que no es un estado en sí misma porque no tiene el monopolio de la fuerza legítima sobre el territorio de la Unión, ni poderes independientes para subir los impuestos. Tampoco puede tener déficit presupuestario (de hecho, su tope de gasto deducible está en el 1,28% del PIB de la Unión, lo cual contrasta con el caso de EE.UU. que gasta aproximadamente un 20% en el nivel Federal). Puede coordinar la defensa de la Unión pero no puede impulsar una fuerza de defensa propia. Algunos aspectos clave de sus disposiciones no se aplican en todos los territorios pertenecientes a la Unión —por ejemplo, la Eurozona no es coextensiva con la UE, a pesar de que el euro es la moneda oficial de la Unión (Artículo I-8)²⁵. En el futuro, además, en áreas que pueden incluir la defensa, los estados podrán colaborar, amparados por la constitución, en proyectos para una cooperación ampliada, procediendo con mayor integración más rápido de lo que se puede por unanimidad. La Unión coexiste con sus Estados miembros en un ambiente de “pluralismo constitucional”²⁶ bajo el cual cada Estado conserva su propia independencia constitucional, incluyendo el derecho de “retirada”. Por otro lado, el carácter constitucional de la Unión ya ha sido desarrollado autónomamente por interpretación judicial de una forma que probablemente no se verá debilitada por los términos del Artículo I-1 y el “principio de atribución”, puesto que es el

régimen” y una “constitución de sistema de gobierno”. Mi constitución funcional es su constitución de régimen.

24. Compárese S. Douglas-Scott, *Constitutional Law of the European Union* (Londres, Longman, 2002), págs. 255-258.

25. LOS SÍMBOLOS DE LA UNIÓN

La bandera de la Unión representa un círculo de doce estrellas doradas sobre fondo azul. El himno de la Unión se toma del “Himno a la Alegría” de la Novena Sinfonía de Ludwig van Beethoven.

La divisa de la Unión será “Unida en la diversidad”.

La moneda de la Unión es el euro.

El día de Europa se celebra el 9 de mayo en toda la Unión.

26. Véase MacCormick, *Questioning Sovereignty*, págs. 117-121; Douglas-Scott, *Constitutional Law of the EU*, págs. 523-530.

hermano gemelo del “principio de primacía del derecho europeo”, que se deriva de las primeras decisiones constitucionalizadoras del Tribunal de Justicia²⁷.

Es razonable llegar a la conclusión de que la Unión es un sistema de gobierno híbrido, que tiene algunos elementos de un sistema federal y otros de una organización internacional de un tipo particularmente privado, que aspira a un autogobierno democrático y efectivo en varios niveles, guiado por el principio de subsidiariedad. El carácter *sui generis* de la Unión debería ser bien apreciado y valorado. Si “confederación” no es un término demasiado deteriorado, quizás es el más apropiado para la unión. Una vez se ratifique el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y esté en vigor (si es que alguna vez llega a estarlo), entonces el texto adoptado se convertirá en “la Constitución” *simpliciter* en términos del funcionamiento de la Unión, y en virtud de la forma en que se refiera a sí misma internamente en el texto. Su enmienda será regulada por ella misma (en la Parte IV), de forma que refleje el carácter confederal y único de la Unión, aun requiriendo un consenso a gran escala, pero dándole especial relevancia a cualquier enmienda adoptada por, al menos, cuatro quintos de los Estados. El carácter de la Constitución debería ser juzgado por su contenido, no por el acto jurídico de creación de un tratado, que lo llevó a ser un proyecto para su ratificación.

2. ¿FUE LEGÍTIMO EL PROCESO?

Mi segunda cuestión, estrechamente ligada a la primera, concierne a la legitimidad del proceso que condujo a determinar el contenido de la Constitución. Como ya se ha apuntado, a pesar de que la CIG hizo ajustes importantes, la Constitución es sustancialmente la que la Convención Europea redactó como proyecto en julio de 2003. Cualquiera puede preguntarse si aquella convención estaba legítimamente compuesta para el propósito de creación de una constitución. Por supuesto, como comenté anteriormente en el apartado I.3, en lo referente al carácter de la Convención, un representante o un “parlamentario” de la asamblea se encargaba de la tarea de la deliberación constitucional. Sin embargo no incluía a individuos elegidos con el propósito de crear una constitución. Todos sus miembros electos habían sido elegidos para que se les asignaran otras tareas, ya fuera en el Parlamento Europeo, o en el parlamento de algún Estado miembro, o en el gobierno de algún Estado miembro, o por elección indirecta como Comisario Europeo, o por nominación del Consejo Europeo en el caso de los señores Giscard D’Estaing, Amato y Dehaene. La institución para la que habían sido elegidos les encomendó posteriormente, mediante un proceso electoral u otro, actuar en la Convención con capacidad representativa. Fuese quien fuese el que se considerase ostentador

27. Véase J. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe* (Cambridge, Cambridge University Press, 1999), págs. 16-39.

legítimo del *pouvoir constituant*, el poder de creación de la Constitución, los miembros de la Convención no podían (y de hecho no lo hicieron) reivindicar ser los que lo tuvieron²⁸.

¿Constituye esto una objeción? No, porque la tarea de la Convención era estudiar el problema del alejamiento de la Unión de sus ciudadanos, analizar, hacer propuestas, y si se llega a un acuerdo, redactar un proyecto. Se demostró que esta redacción era posible y se consiguió gracias al extenso consenso en la Convención. El *pouvoir constituant* permanece en los Estados y, dado que son democracias, permanece con ellos sólo como fideicomisarios respecto de sus ciudadanos. Como ser democráticos es una condición para que los Estados sean Estados miembros de la Unión, deben actuar bien en respuesta a un referéndum, o bien mediante parlamentos representativos como personificación de la voluntad general según su propia tradición y práctica constitucionales.

Incluso como miembros (algunos no estarán de acuerdo en este punto), los Estados no pueden tener un poder constituyente distinto al poder de creación de un tratado bajo el Derecho internacional. Si la Unión Europea se va a convertir en un sistema de gobierno de derecho propio, no simplemente mediante un juego de manos judicial, algunos pensarán que deben ser los ciudadanos los que lo provoquen, actuando colectivamente y por una mayoría adecuada²⁹. Sin embargo decir esto es hacer frente a la conocida paradoja de poder constituido y constituyente. Los ciudadanos no son ciudadanos de este sistema de gobierno hasta que éste tenga una constitución; de modo que ¿cómo pueden ser “nosotros” *ex ante*, con el poder de crear una constitución para “nosotros los ciudadanos”?

En relación a estos puntos conflictivos, el Artículo 1 de la Constitución tiene cierta ambigüedad estudiada:

“I-1 (1.) La siguiente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común, crea la Unión Europea, a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes. La Unión coordinará las políticas por las cuales los Estados miembros pretenden alcanzar estos objetivos y ejercerán en una base comunitaria las competencias que le atribuyan.”

La voluntad reflejada en el acto de establecimiento pretende ser la de los ciudadanos y Estados “de Europa”. Pero entonces el texto estipula que sus poderes derivan del acto de concesión, por parte de los Estados miembros de la Unión,

28. Sobre *pouvoir constituant* y *pouvoir constitué*, comparar con Douglas-Scott, *Constitutional Law of the EU*, págs. 535-6, y también N. Walker, “Late Sovereignty in the European Union”, en Walker (ed.), *Sovereignty in Transition* (Oxford, Hart Publishing, 2003) págs. 3-32 en 1-20, analizando a M. Foucault; también H. Lindahl, “Sovereignty and Representation in the European Union”, Walker, *op. cit.*, págs 87-114 especialmente en 89-90, J. Ziller, “Sovereignty in France”, Walker, *op. cit.* 261-277, en la pág. 270.

29. Compárese con Bert Van Roermund *Sovereignty, Popular and Unpopular*, en Walker, *op. cit.*, págs 33-54.

de competencias en lo que respecta a la consecución de objetivos comunes de los Estados.

En este punto hay que decir dos cosas: Primero, la Constitución reconoce aquí que su ciudadanía ya existe en cierto sentido —la ciudadanía de la Unión Europea fue establecida por el Tratado de Maastricht en 1992³⁰. Pero en segundo lugar, en relación a propósitos constituyentes, los ciudadanos actúan Estado a Estado (lo mismo ocurrió en Estados Unidos para la adopción de la Constitución de 1787 y sigue así, en parte, hasta sus posteriores enmiendas). Se puede decir simplemente que esta dualidad de voluntad del ciudadano y voluntad del Estado refleja o representa la naturaleza confederal y *sui generis* de la Unión de la que ya he hablado.

Podría haber un contra-argumento que defendiera que en las tradiciones constitucionales de todos o algunos de los Estados miembros no cabe una voluntad constituyente como la que supone este híbrido³¹. Pero la respuesta a esto es que los Estados Miembros son, exactamente, Estados, y la Unión no es un Estado. Lo que tiene sentido respecto a constituir un Estado no tendrá sentido automáticamente respecto a constituir algo que no es un Estado, y obviamente diseñado para no ser uno —algún día, podría convertirse en un Estado, sin duda; pero lo emocionante es que no está obligada a ello. Ahora los europeos pueden elegir. Entre ellos se ha desarrollado, en parte intencionadamente y en parte por la operación normal de consecuencias no deliberadas, un sistema de gobierno de nueva índole, no un estado ni un súper estado, pero tampoco una mera organización internacional de índole pura o principalmente intergubernamental. Es una confederación de índole propia, de nueva índole, la primera confederación democrática de estados democráticos soberanos (o quizás, post-soberanos).

3. EL SIGNIFICADO DE LA CONTINUIDAD CONSTITUCIONAL

La tercera cuestión concierne de nuevo al tema de la continuidad y la evolución. El Tratado de la Constitución contiene en su preámbulo palabras que la Convención no incluyó en su Proyecto, lo que representó una seria omisión de ella. Son las siguientes:

DECIDIDOS a continuar la obra realizada en el marco de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y del Tratado de la Unión Europea, garantizando la continuidad del *acquis communautaire*...

30. Para un comentario abrumador sobre la ciudadanía de Maastricht, véase Weiler, *Constitution of Europe*, págs. 324-335.

31. Véase en general Walker, *Sovereignty in Transition*, capítulos 11-18, y en particular Ziller, *cit. sup.* n. 28.

Esto es absolutamente vital. La Constitución no se inventa la Unión de la nada. Reconstituye un asunto ya en marcha, que ya tiene una constitución funcional³². Sin ser modesto, debo decir que cambié una enmienda parcialmente infructuosa de la Convención para llegar a una conclusión similar³³. La paradoja, anteriormente apuntada y siempre presente, de la creación de una constitución es que sólo los que ya están constituidos en algún tipo de sistema de gobierno pueden aprobar una constitución, pero las personas sólo son miembros de un sistema de gobierno cuando una constitución les da ese carácter. Una constitución te hace ciudadano, pero tienes que serlo ya para poder aprobar una constitución. La dialéctica de *pouvoir constituant* y *pouvoir constitué* es desconcertante, hasta que uno reflexiona sobre el elemento siempre presente de costumbre y tradición en los procesos constitucionales de la vida real³⁴.

Si la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, la Comunidad Económica Europea y el EURATOM no hubiesen existido, nada de lo que está ocurriendo ahora hubiera ocurrido de la misma manera. Pero estas organizaciones, con su novedosa estructura institucional, incluido el “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, fueron creadas hace cinco décadas en virtud de los Tratados firmados por los seis fundadores (Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Holanda y Luxemburgo). En su momento, el Tribunal decidió que el Tratado de la Comunidad Europea debía, por necesidad, interpretarse como vinculante y, por tanto, como Derecho directamente aplicable en toda la Comunidad, derogando el Derecho nacional. Lo mismo ocurriría con la legislación creada en ejercicio de las competencias conferidas por el Tratado. De no ser así, declaró el Tribunal, el objetivo de los Estados miembros de establecer un mercado común sin barreras internas sería inalcanzable. Sobre

32. *Constitution of Europe*, de Joseph Weiler, en su totalidad, y con muchos más trabajos suyos, es muy elocuente sobre la evolución constitucional de Europa, y también sobre el genuino tipo de sistema de gobierno que es la Unión Europea.

33. Mi propuesta tenía como objetivo asegurar que los ciudadanos actuaran dentro o a lo largo de los Estados, y reconocer que, como ciudadanos de hecho, los europeos podríamos proceder ahora a mejorar nuestra Constitución y darle una naturaleza completa de constitución para un nuevo tipo de sistema de gobierno. Aquí está el texto de la enmienda y la explicación interpuesta con la Convención. “Convencidos de que, tras más de cincuenta años de esfuerzos de paz y solidaridad mutuas, los Estados y los pueblos de una gran parte del Continente Europeo han instaurado con éxito una Unión de índole única entre ellos, y le han dado una ciudadanía común, los ciudadanos de esta Unión Europea y de nuestros diferentes Estados adoptamos por la presente la siguiente Constitución para regular lo mejor posible nuestros asuntos comunes, para declarar los valores y objetivos de nuestra unión, y para establecer de una forma democrática y efectiva las competencias de las diferentes Instituciones de esta Unión.”

“*Explicación: La Unión ya existe y ha demostrado su durabilidad como sistema de gobierno de índole única. Por lo tanto, lo que se debe hacer ahora es establecer una constitución apropiada para esta Unión, y debería quedar claro que los que la establezcan son aquellos que ya son sus ciudadanos, actuando a través de los Estados miembros cuyos ciudadanos también lo son. Si la Constitución le da a la Unión un carácter federal, y hasta qué punto, es una consecuencia de sus contenidos, no una condición establecida en el Artículo de apertura.*”

34. Este punto se expone en mi obra *Questioning Sovereignty*, en las págs. 91-93.

esta supremacía y efectividad directa del Derecho comunitario, se ha reconocido ampliamente que ha sido el motor, en un sentido jurídico más que político, de la “constitucionalización de los tratados”³⁵.

Durante muchos años, en los que la Unión ha visto la sucesiva adhesión de nuevos países a través de cinco ampliaciones, hasta llegar a un total de diecinueve Estados miembros, cada uno de ellos con su tratado de adhesión, y en los que se han producido importantes revisiones de los tratados (el Acta Única Europea de 1986, el Tratado de Maastricht de 1992, el Tratado de Amsterdam de 1997 y, finalmente, el Tratado de Niza de 2000), estas decisiones judiciales habían permanecido intactas. Lo que podría haber sido inicialmente rechazado, o formalmente revocado, por considerarse una especie de *coup d'état* judicial (*¿o coup de communauté?*) ha pasado sin problemas a formar parte del sistema jurídico de la Comunidad y de la Unión. Cuando se inauguró la Unión Europea en 1992, ésta fue creada cuidadosamente aparte de la Comunidad, que se consideraba como uno de sus “pilares”, junto con otros dos “pilares” estrictamente intergubernamentales, como eran la Política Exterior y de Seguridad, y la de Justicia e Interior. No obstante, al intentar unificar y delimitar la “carta constitucional” judicialmente desarrollada de la Comunidad, el Tratado de la Unión Europea anunciaba el comienzo de la ciudadanía de la Unión³⁶. Ésta la poseían, y así seguirá ocurriendo con la nueva Constitución, los ciudadanos de todos los Estados miembros además de su ciudadanía nacional, sin sustituirla. De este modo, se daba una constitución funcional, si bien no formal, además de una ciudadanía común. La ciudadanía de la Unión era aún algo imprecisa, pero el establecimiento de una forma común en la UE para pasaportes que seguían siendo nacionales ya fue un primer símbolo de cambio y el Tribunal de Justicia comenzó a reflexionar sobre las implicaciones de esta nueva ciudadanía.

La “norma básica” de la Unión Europea, al igual que ocurre en otros sistemas jurídicos, no es una simple hipótesis jurídica³⁷. El conjunto de usos y costumbres que ha rodeado la aceptación de los Tratados de la Comunidad y de la Unión, así como el reconocimiento del carácter funcionalmente constitucional derivado de las decisiones del TSE, lleva a un reconocimiento común del estatus normativo de los Tratados por parte de los Estados miembros y de los ciudadanos. Aquellos que ahora tienen la oportunidad de obtener la ciudadanía mediante un acto de voluntad política al aprobar una nueva Constitución son ya ciudadanos (y lo seguirán siendo aunque rehúsen aprobarla). Lo son en virtud del *acquis communautaire*, cuya continuidad se garantiza expresamente en el Preámbulo de la Constitución.

35. Sobre la “transformación de Europa”, véase Weiler, *Constitution of Europe*, págs. 10-101; compárese con P. Craig y G. De Burca, *EU Law, Text, Cases and Materials* (Oxford, Oxford University Press, 2ª edición, 1998) págs. 255-264, Douglas-Scott, *Constitutional Law of the EU*, págs. 255-281.

36. Compárese Weiler, *Constitution of Europe*, págs. 230-233.

37. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, en págs. 91-93.

4. EL PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Mi última reflexión será breve, aunque es de una gran repercusión, como también lo fue en una conferencia pronunciada por mi querido y respetado colega Jürgen Habermas³⁸. Hay una cuestión que ya viene de lejos sobre si la Unión Europea puede adquirir un verdadero carácter democrático a escala continental, siendo un ente que ya cuenta con veintiuna lenguas oficiales, a las que pronto se les podrían sumar tres más, por no hablar de la multiplicidad de “lenguas regionales y minoritarias” sobre las que la Constitución declara que merecen todo el respeto. En relación con esto, se suele decir que no puede haber democracia —el gobierno del *demos*, el pueblo— si no hay un único *demos* o pueblo³⁹. Otras expresiones giran en torno a la misma idea y hablan de la ausencia de una clase política europea que comparta un mismo discurso político o, al menos, con discursos relacionados⁴⁰. Esta ausencia se refleja, y al mismo tiempo puede ser la causa, de la falta de medios de comunicación europeos y de verdaderos partidos políticos europeos más allá de algunas confederaciones sueltas (unas más difusas que otras) de partidos nacionales o regionales.

Ante esta situación, Jürgen Habermas propone una respuesta enérgica: el “patriotismo constitucional”⁴¹. Los sistemas sociales humanos no tienen por qué fundarse únicamente en los lazos de una afinidad mutua, que surge a raíz de una identidad étnica común real o imaginaria, o por la existencia de una lengua común. Los ciudadanos que comparten una constitución y que están convencidos de participar en la comunidad política que ésta define, pueden unirse precisamente gracias a su lealtad común a la constitución —o, más bien, al sistema jurídico y constitucional que de ella emana.

Esto sería así tanto más cuanto el sistema constitucional en su forma actual, no del todo satisfactoria, sirviera de lanzadera para una nueva constitución más inteligible y democrática, que sería adoptada sólo en el caso de que se dieran los suficientes votos favorables por parte de sus ciudadanos. De este modo, éstos adquirirían una nueva ciudadanía más claramente definida (con una Carta de Derechos, etc.), en virtud de esta nueva constitución que el discurso crítico ha extraído del actual.

Si lo hacen, aprobarán un proceso legislativo que cuenta con la correcta legitimación democrática a través del Parlamento y del Consejo, bajo el control

38. Véase J. Habermas, ‘Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie’ en *Die Postnationale Konstellation, Politische Essays* (Frankfurt, Suhrkamp, 1998) págs. 91-167.

39. Compárese Weiler, *Constitution of Europe*, págs. 336-348.

40. Véase L. Siedentop, *Democracy in Europe* (Harmondsworth, Middlesex, Allen Lane, the Penguin Press: 2000) págs. 122-150; compárese también Philip Allott, *The Health of Nations* (Cambridge, Cambridge University Press, 2002) págs. 182-228 sobre “la crisis del Constitucionalismo Europeo”. Si no existe una sociedad europea, no puede haber una democracia para toda Europa.

41. “Citizenship and National Identity: some Reflections on the Future of Europe”, 12 *Praxis International* (1992) 1.

de los parlamentos nacionales, con una mayor responsabilidad del Ejecutivo que hasta ahora. Dado el sistema de votación por mayoría cualificada utilizado en el Consejo (un mínimo del 55% de los Estados que reúnan como mínimo el 65% de la población de la Unión, pero con posibilidad de una minoría de bloqueo compuesta al menos por cuatro Estados miembros) y la exigencia de una mayoría absoluta de votos en el Parlamento, abundarán los tiras y aflojas entre los dos órganos. Si la subsidiariedad y la proporcionalidad se supervisan adecuadamente de acuerdo con la forma en que están definidas, las pequeñas democracias de los municipios, las ciudades, las regiones y las naciones sin estado podrán hacer las tareas que mejor se pueden realizar con el compromiso y el conocimiento locales. Los Estados miembros, como marco de una identificación democrática sólida, no sufrirán una intromisión excesiva por parte del poder legislativo europeo con leyes innecesarias y no deseadas que se inmiscuyan sin razón alguna en el Derecho nacional.

En estas circunstancias, los europeos que reflexionen sobre la necesidad de una paz común y duradera en un marco de gran prosperidad para el continente, de la consecución de un desarrollo satisfactorio y sostenible tanto en Europa como en el mundo, y de una contribución justa a la prosperidad de los países en desarrollo, puede que no vean la Unión Europea como un súper-Estado amenazador e imponente, “un país llamado Europa”. Si esto es así, la Unión podrá entonces inspirar un patriotismo en torno a una constitución única para una confederación democrática sin precedentes en la historia universal.

