

EL PROYECTO DE TRATADO QUE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL*

VLAD CONSTANTINESCO

*Catedrático de Derecho Público y de Ciencia Política
Universidad Robert-Schuman, Estrasburgo*

SUMARIO

- I. Elementos para el análisis material del proyecto que establece la Constitución europea
- II. Elementos para el análisis formal del proyecto de tratado que establece la Constitución europea

1. El *proyecto de Tratado por el que se establece la Constitución para Europa* ha sido firmado en Roma, en Octubre de 2004, por los jefes de Estado y de gobierno de los veinticinco países miembros de la Unión Europea. Ahora queda sometido, en cada uno de los Estados miembros, a los procedimientos nacionales por los que se autoriza la ratificación. Sólo si el texto es aceptado por los veinticinco Estados podrá entrar en vigor, en una fecha que estaría situada entre los años 2007 y 2009. Hasta ese momento, Estados e instituciones deberán aplicar los Tratados constitutivos en los términos fijados por la última revisión de Niza (diciembre del año 2000).

2. Este proyecto representa la intención de establecer una constitución de la Unión Europea bajo la forma de un tratado internacional. Se trataría pues, formalmente, de un *tratado internacional*, que al mismo tiempo sería, desde el punto de vista material, una *constitución*. Esta doble naturaleza del texto sometido a los veinticinco procedimientos nacionales de ratificación es frecuentemente percibida como una ambigüedad; pero, sobre todo, como inexacta y peligrosa.

* Versión actualizada y ampliada del texto publicado en C. Closa Montero y N. Fernández Sola (Words.), *La Constitución de la Unión Europea*, Madrid 2005, págs. 137 ss. (Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez).

5. ¿Cabe decir ya inicialmente que nos encontramos, con este texto, en presencia de una verdadera y auténtica «constitución europea», a punto de someterse a la aprobación de un «poder constituyente europeo»? Esta primera cuestión invita a reflexionar sobre la pertinencia de la noción de constitución para aplicarla al texto salido de los trabajos de la Convención y de las Conferencias Intergubernamentales. Sabemos que se trata de una cuestión que continúa dividiendo a la opinión pública; al menos a los políticos, pero también a juristas y politólogos.

A. TESIS EN PRESENCIA.

6. Para la gran mayoría de los especialistas en Derecho constitucional interno, o de los Estados, utilizar el término «constitución» y aplicarlo sea a los actuales tratados constitutivos de la Unión y de la Comunidad Europea, sea a la revisión de los mismos (a cuyas formalidades se acomodará ineludiblemente la nueva «constitución» de la Unión), supondría un verdadero abuso del lenguaje³: sólo el Estado, en cuanto unidad política, puede dotarse de una constitución; una constitución, en el pleno e íntegro sentido jurídico del término, no puede existir sino para una organización política que responda a los criterios y elementos constitutivos del Estado, que la doctrina convergente de los Estados miembros ha decantado desde hace tiempo, y que no cabe encontrar en la Unión Europea. Por tanto, se forzaría de modo abusivo el sentido de la noción de «constitución», o al menos se le atribuiría una extensión indebida y excesiva, al admitirla hoy en un contexto que no puede ser el suyo, y para el cual no resulta pertinente, sino justamente un abuso del lenguaje.

Sería un error pensar que una querella «nominalista» como ésta es vana o carece de importancia: si las palabras son el fundamento de la ciudad, es fundamental acordar con precisión su sentido y su uso.

7. En realidad, esta disputa semántica y política no es nueva, ni ha comenzado con los debates en el seno de la Convención. La aparición de la noción de «constitución europea» se debe primeramente, como es sabido, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pero también, y ello resulta menos conocido, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴. Este reconocimiento jurisprudencial, que igualmente ha permitido a los jueces europeos afirmarse como «jueces constitucionales», ciertamente no es un simple *lapsus calami*. A partir de él surge la discusión doctrinal sobre la pertinencia de la expresión «constitución europea», incluso antes de que los discursos de los políticos se la apropien y la propaguen.

B. RETICENCIAS RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

1 Napoleón decía que una constitución debía ser breve y oscura: aquí tenemos una constitución muy extensa ... que seguirá siendo oscura para muchos de los que intenten leerla.

2 Como testimonia el art. 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano (1789): *Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes determinada carece de constitución*. Se debe observar que, conforme a este artículo, la noción de constitución no está obligatoriamente vinculada al Estado.

Inexacta porque sólo el Estado sería apto para estar dotado de una constitución, que sólo podría ser legitimada democráticamente mediante el ejercicio de un poder constituyente originario nacional. Peligrosa porque supondría un abuso del lenguaje calificar de constitución un simple tratado internacional, compuesto además por 448 artículos, 36 protocolos, 2 anexos y 48 declaraciones; esto es, por una masa impresionante de textos¹, de los cuales sólo una pequeña parte (las Partes I y II, consagradas respectivamente a los objetivos y principios generales y a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea) puede pretender ser considerada como una constitución, atendiendo a la naturaleza y el objeto de las reglas que establece.

3. Los manuales de Derecho constitucional definen generalmente la constitución desde dos puntos de vista complementarios. Distinguen al efecto la constitución en *sentido material* y la constitución en el *sentido formal* del término.

En sentido *material*, atañe a la constitución cualquier regla, sea cual sea su denominación formal, cuyo objeto sea la atribución y organización del poder político en el Estado, pero también —la finalidad está ligada a la noción misma de constitución— cualquier regla destinada a garantizar los derechos del ciudadano en el Estado². Hace tiempo que los tratados constitutivos han sido calificados por el Tribunal de Justicia, y también por la doctrina, como *constitución material* de la Comunidad Europea.

En el sentido *formal* del término, se dice que son reglas constitucionales las que figuran en un texto específico, denominado constitución, adoptado y revisable mediante procedimientos particulares (procedimientos constituyentes), y que goza del rango supremo entre todas las normas de Derecho interno. Es la actuación del poder constituyente quien confiere a la constitución su estatuto como *norma normarum*, norma de las normas en el seno del Estado.

4. Analizar el *proyecto de Tratado por el que se establece la Constitución de la Unión Europea* desde el punto de vista del Derecho constitucional obliga, pues, a medirlo sucesivamente con los raseros del criterio material y del criterio formal de Constitución, acto jurídico supremo del Derecho interno. Paralelamente, sin embargo, ¿no sería preciso también hacer un esfuerzo por superar ese cuadro de análisis, a fin de tomar en consideración las particularidades del proyecto que se nos presenta y del momento en que esto ocurre? En su defecto, se corre el riesgo de valorar el momento presente con categorías que no resultan, pese a su tradición histórica, sino categorías relativas y contingentes, no absolutas y definitivas.

I. ELEMENTOS PARA EL ANÁLISIS MATERIAL DEL PROYECTO QUE ESTABLECE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA.

3 En el sentido *normativo* del término, porque el sentido *descriptivo* o incluso el simplemente *jurídico* resultan anodinos y no plantean problema alguno: cualquier persona jurídica (asociación, sociedad, organización internacional ...) posee un estatuto que puede ser calificado, en un sentido muy general y genérico, como constitución. Véase más abajo, nº 8.

4 Se trata de la decisión tomada en el caso *Loizidou*, del 23 de marzo de 1995, Serie A, volumen 310, § 75, que, hablando del CEDH, indica que se trata del «instrumento constitucional del orden público europeo».

una verdadera *red constitucional europea compuesta de diversos niveles normativos* (a *multilevel constitution*, una *constitución compuesta* en palabras del profesor I. Pernice) abiertos a las interpretaciones de una pluralidad de jueces nacionales y europeos.

En el sentido *material* del término, existe así una constitución europea, que se presenta en forma ciertamente compleja, fragmentaria, poco legible, apenas ordenada, pero que funciona como una constitución en la medida en que las reglas europeas, reglas del orden compuesto (o conjunto), tienen la pretensión de prevalecer sobre las reglas contrarias nacionales (reglas de los órdenes componentes), por más que no exista un verdadero mecanismo común de regulación de los conflictos, y cada jurisdicción suprema en cada orden tenga competencia para decidir sobre los conflictos normativos.

11. Al pensar en tal constitución europea no cabe limitarse a la Unión Europea, sino que debe tenerse igualmente en cuenta el Convenio Europeo de Derechos Humanos. ¿No cabe así hablar de una *constitución pan-europea*? Cada uno de los textos mencionados se beneficia de un monopolio de interpretación confiado a una jurisdicción que resuelve en última instancia, sin que, en el momento en que cada uno de estos órdenes jurídicos se constituían, fueran anticipados mecanismos de prevención o de regulación de eventuales conflictos sobre la solución dada a un problema.

12. La principal dificultad que plantea la existencia de esta *red constitucional pan-europea* es, por tanto, su carácter abierto y no jerarquizado, así como la ausencia de una solución que no sea la coordinación voluntaria para resolver las inevitables situaciones de conflicto y de regulación de los problemas planteados por la coexistencia de soluciones que pueden resultar contradictorias en una confrontación entre diversos niveles, aún siendo coherentes en el interior de cada nivel.

13. El *proyecto de tratado por el que se establece una constitución para Europa* debe ser comprendido, por lo tanto, en este contexto más amplio: una disposición como en art. I-9.2: «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución», en cuanto establece un afortunado vínculo entre la Unión y el CEDH⁷, abre una vía de comunicación entre los dos órdenes europeos y contribuirá a reducir las hipótesis de contradicción entre las dos jurisprudencias supremas.

14. El *proyecto de tratado que instituye una constitución para la Unión Europea* no es, en definitiva, sino el reflejo del objeto —él mismo bien complejo— al que tal constitución se aplica. Ha sido suficientemente repetido: ni la Unión ni la Comunidad pueden ser consideradas como Estados, y parece igualmente excluido que su desarrollo se encarne más adelante en una forma estatal, en un «super-Estado» o en un «Estado federal» (que no es lo mismo, pese a quienes erróneamente pretenden lo contrario)⁸. El paradigma del *Estado nacional soberano*⁹, en efecto, no resulta pertinente para caracterizar la forma actual y futura de la Unión: eso es lo que explica que, pese a ciertas analogías apasionadas¹⁰, la prosecución

5 La doctrina del derecho internacional considera desde hace mucho tiempo que los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales son su constitución tanto en el sentido material del término como en el formal. ¿No habla acaso explícitamente el tratado constitutivo de la OIT de la «constitución» de la OIT?

6 Bebida que presenta el gusto y el aspecto del alcohol, pero que no lo contiene.

8. Cabe partir de las tres proposiciones siguientes:

- todo ser, natural o artificial, necesariamente dispone de una constitución: en este sentido muy general, el término significa simplemente que todo ser está constituido por elementos que lo forman, le dotan de su identidad, lo configuran y, en sentido propio, lo «constituyen», y cuya estructura le hace, según sea el caso, robusto o endeble, sólido o débil. Es la constitución en su sentido *descriptivo*.
- en un sentido *jurídico*, próximo al sentido descriptivo, puede asimilarse la constitución al estatuto fundamental de toda persona jurídica o, más exactamente, a la norma (o regla) que le confiere su estatuto. Una sociedad mercantil, una asociación o una organización internacional⁵ disponen por tanto de una constitución en el sentido jurídico —aún muy general— del término.
- en un sentido *normativo* del término, la constitución será la norma de carácter obligatorio que funda y organiza una sociedad política mediante el ejercicio del poder constituyente originario, precisando la estructura de los poderes públicos y las relaciones entre ellos, así como garantizando los derechos de los ciudadanos.

9. En los dos primeros casos, la extensión significante del término «constitución» no permite conferirle especificidad alguna ni particular pertinencia política: la palabra suena a hueco, parece vacía, y algunos incluso han podido burlarse, desde tal punto de vista, de la pseudo— «constitución europea», refiriéndose a una «constitución *Canada Dry*⁶». También se denuncia el juego de prestidigitación política que supondría el término «constitución europea»: su empleo haría creer que, por medio de una simple proclamación jurisprudencial o mediante la conclusión de un tratado internacional, sería posible terminar dotando a la Unión Europea de un fundamento jurídico-político análogo al que sirve de base a los Estados soberanos, realizando así una asimilación forzada y arriesgada (basándose en el concurso de las voluntades de los pueblos de los Estados miembros y no en la expresión constituyente de un pueblo europeo hoy inexistente en cuanto tal) de la Unión Europea a una suerte de «super-Estado».

Tales advertencias están ciertamente justificadas. Su mérito consiste en insistir en que los procesos fundadores de un orden político europeo se deben verificar con claridad y a la luz del día — aunque también puedan servir a otros designios, menos inspirados, como el de paralizar el actual proceso de refundación del orden europeo bajo el pretexto de denunciar una impostura constitucional.

C. HACIA UNA APROXIMACIÓN AMPLIADA A LA NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN EUROPEA.

10. En el actual estadio cabe estimar, sin forzar la realidad, que los tratados que instituyen la Unión y la Comunidad, junto con los actos sucesivos que revisan tales tratados, las constituciones nacionales (a las que sería preciso añadir los estatutos constitucionales de las colectividades infraestatales, al menos en los casos en que éstas disponen de competencia legislativa) y las interacciones de éstas con los tratados comunitarios, sin olvidar las obligaciones derivadas de la Convención Europea de Derechos Humanos, forman a escala europea

necesario, pero dirigiéndola hacia el exterior en los eventuales enfrentamientos con otras *politias*. Ese doble movimiento de pacificación interna y de proyección de la fuerza hacia el exterior, frente a otras *politias*, se observa tanto en la formación del Estado como en la integración europea y en otras zonas de integración. La *politia* constituye así la matriz política que permite comprender que el Estado no es un fenómeno aislado, sino un caso particular, una encarnación específica de una tendencia natural observable en el estudio histórico de las sociedades humanas. En efecto, el proceso de construcción de la *politia* europea, comprometido desde hace más de medio siglo, puede comprenderse gracias a las dos dimensiones de la *politia*: sustitución, mediante relaciones pacíficas reguladas procedimentalmente, de los procesos que dieron pie a las nefastas confrontaciones del pasado, y derivación hacia el exterior de las relaciones de fuerza: la *politia* es un espacio tendencialmente pacificado, la guerra ha sido desplazada más allá de sus fronteras.

16. La noción de constitución europea, tal y como emerge a fines de los años 80 del siglo XX, señala precisamente un importante estadio de evolución de la *politia* europea. Para los diferentes actores aquí implicados (gobiernos y administraciones nacionales, partidos políticos, instituciones europeas, políticos, diversas expresiones de la «sociedad civil», grupos de presión, etc.), la constitución europea responde a una demanda real que se corresponde con la preocupación esencial reflejada en la Declaración n° 23 aneja al Tratado de Niza: fijar de manera más clara la línea divisoria entre lo que corresponde al poder nacional y lo que atañe al ejercicio en común del poder europeo; esto es, responder a la cuestión

7 El protocolo n° 14 abierto a la firma de los Estados parte en el CEDH desde el 13 de Mayo de 2004, por su parte, prepara tal adhesión, que prefigura quizá la de la Unión al propio Estatuto del Consejo de Europa.

8 La historia de las relaciones entre el federalismo, correctamente entendido, y la construcción comunitaria, merecería ser abordada con seriedad. Se vería entonces que los procesos de intenciones, la mayor o menor buena fe, la ignorancia —en buena medida deliberada—, la caricatura y la desinformación se han combinado, a través del juego contradictorio de las diversas sensibilidades nacionales, para deformar el federalismo e imputarle exactamente lo contrario de lo que supone. El intento de describir el futuro de la Unión europea mediante la fórmula de una «federación de Estados-nación», por meritorio que sea desde el punto de vista político, sigue pese a todo el hilo de esta confusión.

9 Lo que significa que, *a contrario*, pueden existir formas de Estado (compuesto, más que unitario) que reposarían sobre la coexistencia de diversas naciones: el «Estado multinacional» (véase St. Pierré-Caps, *La Multination*, Paris: O. Jacob, 1995) o la «federación» de tipo helvético, interpretada por O. Beaud como forma política no estatal, en cuanto disemina la soberanía en los diferentes niveles sin concentrarla en la cúspide de la organización pública, como haría, según este autor, el Estado federal (véase su artículo «Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la fédération», RDP 1998, págs. 246 s.). Véase ya J. Baechler, «Europe et Fédération», *La pensée politique* 1, Paris: EHESS, 1993.

10 La rápida elaboración y ratificación de la Constitución de los Estados Unidos de América sigue siendo un lugar de paso obligado: el problema político de fondo que resolvieron, mediante la ambigüedad, los Padres fundadores, no es tan diferente del que se presenta ante la Convención: que proporción y qué ámbitos de los asuntos de gobierno deben ser decididos por las instituciones centrales y que quedará para los Estados. Pero el contexto local y mundial, los factores sociales y culturales determinantes, son hoy de muy diferente naturaleza: impiden considerar la Convención de Filadelfia como precedente de la Convención sobre el Futuro de Europa. En cualquier caso, se sacará buen provecho de la lectura (o relectura) de *Federalist Papers* y de las obras siguientes, que ponen el acento adecuadamente sobre la importancia de la revolución política americana: D. Lacorne, *L'invention de la République. Le modèle américain*, Paris: Hachette (col. Pluriel), 1991; Th. Chopin, *La République 'une et divisible'. Les fondements de la Fédération américaine*, Paris: Plon (col. Commentaire), 2002.

de la construcción de la Unión Europea sea una empresa sin precedentes, condenada por su propia naturaleza a inventar su forma a medida que va progresando, adaptándola sin cesar a las fuerzas que la impulsan y la frenan y a su entorno próximo y remoto.

15. Si La Unión no evoca la categoría de Estado, resulta forzoso constatar que conforma pese a todo una «entidad política» (esta vaga expresión es utilizada a propósito en este momento: ya procuraremos precisarla), en el sentido de que es un verdadero *poder público* compartido que los Estados miembros han decidido ejercer en común. Al atribuir a la Comunidad competencias en materias consideradas como «regalías» (Unión monetaria, ciudadanía de la Unión), y creando la Unión como forma que engloba tanto la Comunidad como formas de cooperación en ámbitos sensibles, igualmente exclusivos del Estado (la política exterior y la seguridad común, la justicia y los asuntos de interior), los Estados miembros han instituido ciertamente un poder de naturaleza política a escala europea. Tal poder es ejercido por instituciones específicas, que representan, cada una de ellas, los diversos intereses asociados al proceso de integración, y que actúan conforme a procedimientos predeterminados y codificados en función de los equilibrios institucionales consagrados en los tratados, dando lugar a actos jurídicos vinculantes para sus destinatarios y susceptibles de recurso jurisdiccional. Por tanto, naturalmente que estamos en presencia de una «sociedad política» no estatal, organizada conforme a modos distintos de los que rigen la organización política de los Estados, pero que responden a las mismas finalidades señaladas en el art. 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano¹¹: separar los poderes y garantizar los derechos. Es lo que, cada una a su manera, expresan las nociones de *República sin Estado* (J.-L. Quermonne), *espacio* (o *foro*) *público europeo* (J. Habermas) o *Constitución post-nacional* (R. Dahrenberg, P. Häberle), que pretenden cualificar y definir este extraño objeto político, durante largo tiempo considerado como «no identificado», que la Unión Europea brinda al análisis.

15. El encierro del Derecho constitucional en la prisión del Estado —¿si se nos permite aventurar tal fórmula!— se explica por las circunstancias históricas de la formación del mismo Estado y del derecho específico que le fue resultando aplicable, el derecho constitucional. No volveremos sobre ello en el limitado marco de esta exposición. Pero quizá sea posible tomar distancia y aumentar la profundidad del campo de análisis clásico, que descansa en definitiva sobre la coincidencia entre Estado y Constitución, utilizando los trabajos de sociología política general de Jean Baechler¹².

Según este autor, conviene recurrir a la noción amplia y comprensiva de *politia* (*politie*) para encuadrar el poder político y separarlo de la encarnación que ha terminado siendo tradicional para él: el Estado. Tal noción designaría toda agrupación humana cuyo objetivo es, por una parte, en su interior, estabilizar y desarrollar las relaciones pacíficas entre sus miembros, desterrando el recurso a la fuerza en el interior de la *politia*; y, por otra parte, asegurar la seguridad colectiva del grupo, recurriendo a la fuerza en caso

11 Ya citado en la nota 2: *Toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée ni la garantie des droits n'est pas assurée, n'a point de constitution.*

12 *Démocraties*, París: Calmann-Lévy, 1985; *Précis de la démocratie*, París: Calmann-Lévy, 1994.

sobre el que se cimentará la Unión Europea (y que absorberá a la Comunidad Europea, sin distinción ulterior) sigue siendo la de un instrumento de Derecho internacional (un tratado internacional), cuyo contenido está dotado de carácter constitucional. Por tanto, pocos cambios con respecto de la situación actual, en la que el Tribunal de Justicia ha podido decir que los Tratados constitutivos de las Comunidades, por más que se presenten bajo la forma de tratados internacionales, no por ello dejan de conformar la carta constitucional de una Comunidad de Derecho. Se sigue tratando de dar visibilidad a una constitución de la Unión europea en el sentido material del término, en la línea de evolución anterior, con la cual no existe ruptura alguna.

Tal solución tiene también el mérito, o la prudencia, de mantener en la sombra (en la ambigüedad) la cuestión del titular del poder constituyente en el seno de la Unión Europea: muestra, en todo caso, la voluntad de los miembros de la Convención de no intentar provocar una «brusca ruptura cualitativa» en la evolución de la construcción de la Unión Europea.

19. El hecho de haber avanzado tanto —y tan rápidamente— desde la Declaración de Laeken (14-15 de diciembre de 2001), en un ejercicio constituyente de tan gran amplitud y en apuestas políticas de tanta complejidad, es ciertamente un mérito de la presidencia de la Convención, de su Presidium y del método de trabajo elegido, que finalmente se ha mostrado adecuado no sólo para la redacción de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, sino también para una empresa constitucional de una envergadura incomparablemente mayor.

Ha sido posible observar que en el seno de la Convención se había forjado un verdadero *consenso* entre todas las partes en presencia, y ello a pesar de su diverso origen, de los intereses divergentes que encarnaban, de su pertenencia en unos casos plena, en otros aún expectante, a la propia Unión. Tal consenso producía una fuerza y una unidad que, se decía, no sería fácil para un gobierno quebrarla o siquiera ponerla en cuestión. Se destacó igualmente que los trabajos de la Convención podían ser considerados como la primera fase de la Conferencia Intergubernamental (CIG), en cuanto en aquélla habían participado personalidades que, como representantes de los gobiernos nacionales, tomarían parte en ésta y negociarían por cuenta de sus respectivos gobiernos.

Este éxito pudo ser apreciado en todo su valor especialmente porque no podía darse por descontado de antemano. Sin embargo, sólo resultó provisional: continuaba la incertidumbre acerca de si la CIG tomaría en consideración el consenso logrado en la Convención en su totalidad, o sobre el modo en que compromisos aceptados en la Convención a última hora podrían ser replanteados en una sede como la CIG, donde «las cosas importantes» se discuten, ¡a solas!, entre «personas importantes».

20. Las negociaciones entre representantes de los gobiernos de los Estados miembros se abordan en otoño del año 2003, en primer lugar bajo presidencia italiana, en el segundo semestre de ese año, en el marco de una Conferencia Intergubernamental. El Consejo Europeo de Bruselas (17 y 18 de diciembre de 2003) no permitió registrar un acuerdo unánime de los Estados miembros. La Conferencia Intergubernamental presidida por Irlanda pudo conducir en junio de 2004 a ese acuerdo unánime en el seno del Consejo Europeo.

21. Una de las cuestiones decisivas consistía en saber qué autoridad concederían al proyecto los miembros de la CIG: ¿podrían apartarse de él?, ¿en qué condiciones?, ¿les vincularía?, ¿se sentirían libres de sustituirlo por otro texto? Los acontecimientos han

acerca de quién hace qué en Europa. La constitución europea fijará así el estatuto de la *politia* europea, sin hacerlo bascular, sin embargo, hacia forma alguna de Estado: manifiesta una voluntad de democratización de la *politia* europea que da cuenta simultáneamente de su propia maduración o de su propia toma de conciencia en cuanto *politia*.

D. ¿A DÓNDE CONDUCE EL PROYECTO DE TRATADO QUE INSTITUYE LA CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA?

17. La empresa que ha tomado cuerpo tras Niza puede, por tanto, ser comprendida ante todo como la manifestación de un objetivo de pedagogía política: la voluntad de los Estados miembros de introducir orden y legibilidad en la multitud de textos comunitarios de significado constitucional. En primer lugar, en torno a los cuatro grandes temas señalados en Niza, pero que la Declaración de Laeken ya desbordó; de modo que la Convención se atribuyó ya la libertad de componer un texto de conjunto para presentarlo al Consejo Europeo: el de un *proyecto de tratado que establece la Constitución de la Unión Europea*^{13,14}.

18. La fórmula, ciertamente, no es neutra: indica que la naturaleza jurídica del acto

13 Debe señalarse que, paralelamente, la cuestión de la incorporación de los derechos fundamentales al orden jurídico comunitario experimentaba avances espectaculares. De una parte, la técnica de la Convención fue inaugurada mediante el «cuerpo», autoproclamado Convención, que, por mandato del Consejo Europeo de Colonia, redactó y presentó al Consejo Europeo de Niza (diciembre del año 2000) la *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, reafirmación declaratoria de los derechos ya garantizados en el ordenamiento jurídico comunitario (mediante la técnica de los principios generales del Derecho, que permitió incorporar indirectamente el Convenio Europeo de Derechos Humanos), pero también progreso y '*aggiornamento*' con relación al propio CEDH, dado que se proclaman nuevos derechos dignos de protección: dignidad humana, derecho a la integridad de la persona, derecho a una buena administración, derecho a la protección de los datos de carácter personal, etc. Al mismo tiempo, representantes del Consejo de Europa fueron asociados a los trabajos de la primera Convención, haciendo patente cierta aproximación oficial entre las dos organizaciones europeas más antiguas. No ocurrió lo mismo en la segunda Convención, pese a las peticiones del Consejo de Europa, pero la cuestión de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos (o al Estatuto del Consejo de Europa) ya no fue considerado como un tabú: véase el art. I-9.2 del proyecto de tratado que establece la constitución europea, precitado en el nº 13. El texto sometido a ratificación va aún más lejos: el art. I-9.2 impone ahora a la Unión adherirse al CEDH.

14 El texto del proyecto de tratado que establece la constitución de la Unión Europea se compone de un Preámbulo y de cuatro partes. La Parte I se divide en nueve títulos (T-I: definiciones y objetivos de la Unión, T-II: los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión, T-III: las competencias de la Unión, T-IV: las instituciones de la Unión, T-V: el ejercicio de las competencias de la Unión, T-VI: la vida democrática de la Unión, T-VII: las finanzas de la Unión, T-VIII: la Unión y su entorno próximo, T-IX: la pertenencia a la Unión) y siguen tres anexos (un proyecto de protocolo sobre el papel de los parlamentos nacionales en la Unión Europea, un proyecto de protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y un proyecto de protocolo sobre la representación de los ciudadanos en el Parlamento europeo y la ponderación de los votos en el Consejo). La Parte II recoge el texto de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, la Parte III comprende el régimen de las actividades de la Unión, y la parte IV se consagra, conforme es costumbre, a las disposiciones generales y finales. En conjunto, el texto resulta articulado y compacto; está muy lejos de la simplicidad que siempre se espera de las constituciones, aunque no siempre se encuentra en ellas. Éste es uno de los reproches más frecuentes que se hacen al texto.

ca: *La Convención examinará los proyectos de revisión y adoptará por consenso una recomendación a una Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros (...)*, lo que corrobora este precedente: el texto de la Convención no se impuso esta vez a la Conferencia Intergubernamental, tampoco se impondrá a ellas en adelante.

24. De todo lo dicho cabe retener dos conclusiones:

- el consenso en la Convención no garantiza la unanimidad en la CIG,
- la hipótesis de un escenario como el danés o el irlandés no debe ser excluida; y la fase de autorización de la ratificación implica ahora a veinticinco Estados, algunos de cuyos gobiernos han anunciado la celebración de un referendun, cuyo resultado frecuentemente no coincide con lo esperado.

Es ahora momento de valorar el proyecto de tratado, desde el punto de vista formal y procedimental, con mayor profundidad de lo que acaba de ser propuesto, aunque sin volver sobre los problemas ya evocados.

II. ELEMENTOS PARA EL ANÁLISIS FORMAL DEL PROYECTO DE TRATADO QUE ESTABLECE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

A. ¿REVISIÓN TOTAL O REVISIÓN PARCIAL?

25. La Constitución suiza (cuya denominación oficial y exacta es *Constitución federal de la Confederación helvética*) distingue, cuando se trata de la revisión, dos hipótesis: la revisión total y la revisión parcial. Las dos formas de revisión se diferencian no sólo por el objeto mismo de la revisión, sino también por las condiciones de forma y procedimiento a que están sometidas, dado que la revisión total puede conducir a un cambio profundo del régimen político alterando el orden constitucional en su conjunto.

Si no ocurre así en la Unión Europea, conviene preguntarse qué es exactamente lo que se pretendió hacer tras la Declaración n° 23 aneja al Tratado de Niza, que trazaba los contornos de la revisión llamada a resolver lo que los Tratados de Niza y antes de Amsterdam no habían llegado a realizar completamente: colocar a la Unión Europea en disposición de continuar avanzando en el momento de la ampliación. ¿Se trataba de una revisión parcial de los Tratados constitutivos de la Unión y de la Comunidad, simplemente para hacerlos más legibles y accesibles a los ciudadanos, pero sin alterar su contenido?, ¿o se trataba más bien de reflexionar en profundidad sobre los edificios de la Unión y de la Comunidad, sus estructuras, sus instituciones, sus procedimientos y formas de decisión, de modo que cupiera concluir trazando los planos de un edificio nuevo, cuyos nuevos fundamentos deberían quedar asegurados mediante una re-fundación?

26. Al leer en diciembre del año 2000 la Declaración n° 23 relativa al futuro de la Unión, se tenía más bien la impresión de que la intención era, en aquel momento, la de proceder a una revisión parcial, orientada hacia cuatro cuestiones ciertamente importantes: la distribución de las competencias, el estatuto de la Carta de derechos fundamentales, la simplificación de los tratados y el papel de los parlamentos nacionales en la construcción europea.

zanjado cualquier disputa, y han puesto de manifiesto que el proyecto de *tratado-constitución* no constituía un texto acabado e intangible, sino simplemente una base para las negociaciones, que la CIG, tras el fracaso de la presidencia italiana, ha podido modificar sustancialmente en aspectos importantes.

Las personalidades que habían otorgado su aval al texto justamente porque sabían que no era vinculante han cruzado «al otro lado del espejo»: como miembros de la CIG tenían la misión, conforme a las indicaciones de sus ministros de asuntos exteriores, de defender las posiciones oficiales y los intereses de sus gobiernos, en representación de sus Estados.

22. Por lo demás, el actual art. 48 del Tratado de la Unión rige el procedimiento de revisión seguido por la CIG: la Convención no es mencionada en él, y evidentemente no podía serlo, por más que en el futuro, si el proyecto de tratado resultara adoptado, la fase de la Convención se incorporaría con carácter preliminar al procedimiento de revisión (cfr. el art. IV-443. 2 del proyecto de tratado que establece la Constitución de la Unión Europea). La CIG concluye por unanimidad de sus miembros el texto de la revisión, que a continuación debe ser ratificado por cada Estado miembro conforme a sus procedimientos constitucionales nacionales¹⁵.

Tal y como se presenta, este procedimiento está dominado, en esta fase, por el principio de unanimidad, que confiere a cada miembro de la Conferencia Intergubernamental y a cada Estado en el momento de autorizar la ratificación de la revisión un *derecho de veto*. Es la misma característica que se encuentra en los procedimientos sometidos a los principios que fundan el Derecho internacional público, en particular el principio de la igualdad soberana de los Estados. Por ello, cada Estado puede recurrir a ese derecho de veto que le es conferido como medio de presión para orientar la negociación, y puede llegar en su caso, en función de una prioridad nacional esencial o meramente circunstancial, hasta el extremo de abrir de nuevo un punto ya acordado en el marco de la Convención. Eso es lo que ocurrió a partir del Consejo Europeo de Bruselas, especialmente con el anuncio del gobierno británico de convocar un referendun para autorizar la ratificación del proyecto de Tratado.

23. El proyecto de la Convención, por tanto, no ha sido jurídicamente vinculante para la CIG, aunque haya parecido realista y oportuno, teniendo en cuenta en especial la presión de los plazos, no volver sobre cada uno de los expedientes que la Convención había encontrado dificultades en cerrar, sino sólo modificar algunos de sus resultados; y no, por cierto, los menos importantes¹⁶. En el marco de la futura, eventual versión del procedimiento de revisión, tal y como resulta prevista por el proyecto de tratado, el art. IV-443. 2 *in fine* indi-

15 La forma de expresión del consentimiento que cada Estado presta para quedar vinculado por la revisión no es prescrita por el art. 48 TUE: la autorización de la ratificación puede ser concedida por los parlamentos nacionales o por vía de referendun, en función de las indicaciones establecidas por las Constituciones nacionales: directa o indirectamente, descansa siempre sobre el consentimiento del pueblo. Se plantea, especialmente a propósito de este proyecto que establece la Constitución de la Unión Europea, si no convendría que la autorización para la ratificación fuera otorgada en un mismo día en todos los Estados miembros por la vía directa del referendun, de modo que se concediera al acto constituyente la solemnidad que requiere y se le dotara de un fundamento democrático incontestable. Pero convendría antes revisar ciertas constituciones nacionales: la de la República Federal alemana, por ejemplo, no contempla el referendun. Y tal procedimiento tampoco excluiría el riesgo de un resultado negativo.

16 Por ejemplo, el procedimiento de decisión con mayoría cualificada en el seno del Consejo (art. I-25).

de Filadelfia para evocar cómo se efectuó el desplazamiento del ejercicio del poder constituyente derivado hacia el poder constituyente originario.

Existen diferencias evidentes y sustanciales entre las dos Convenciones, la de Filadelfia y la Convención sobre el Futuro de Europa. Los miembros de la Convención de Filadelfia hablaban la misma lengua y compartían una misma cultura; las trece colonias, autoproclamadas independientes como Estados soberanos en 1776, carecían de la tradición y el peso de los actuales Estados miembros de la Unión Europea; el final del siglo XVIII está muy lejos de los comienzos del siglo XXI desde todos los puntos de vista, ...

En cualquier caso, y más allá de estas diferencias inocultables y llamativas, ¿no cabrá descubrir algunos paralelismos y sugerir ciertas similitudes?

28. La revisión de los tratados europeos está regulada por el art. 48 del tratado de la Unión. Este artículo, no modificado desde el Tratado de Roma, exige la unanimidad en el seno de la Conferencia Intergubernamental encargada de establecer las revisiones de los tratados y el cumplimiento por todos los Estados miembros de las formalidades nacionales de ratificación. La exigencia de unanimidad (aquí una doble unanimidad) es por supuesto conforme al principio de igualdad soberana entre los Estados, paradigma —a veces degradado— de la sociedad internacional y fundamento teórico del Derecho internacional. Como es sabido, esta exigencia también puede limitar las ambiciones de los Estados que desean avanzar, y de hecho equivale a una prima en favor de los Estados miembros más recelosos o menos audaces.

La Convención de Filadelfia había recibido como mandato revisar los Artículos de la Confederación (1781), que establecían las relaciones entre los trece nuevos Estados conforme a la fórmula flexible, pero poco eficaz, de la Confederación de Estados. Para ello le resultaba preciso reunir, por principio, la unanimidad de los delegados de los Estados y la unanimidad de las ratificaciones de los Estados. Pero, con bastante rapidez y mediante una especie de revolución parlamentaria (que inspiraría en Francia la autoproclamación de los Estados Generales como Asamblea constituyente en 1789), decidió abandonar los Artículos de la Confederación, no procurar su revisión y, por el contrario, proponer una nueva constitución para los Estados Unidos.

29. El art. VII de este nuevo texto indicaba que la ratificación por nueve Estados sería suficiente para su entrada en vigor entre los Estados que la hubieran ratificado. La firma del texto de la nueva constitución por casi todos los delegados tuvo lugar el 17 de septiembre de 1787. Su ratificación por nueve Estados llegó el 21 de junio de 1788 (pero ni Virginia, ni el Estado de Nueva York, Estados entonces importantes, se habían pronunciado aún ...), y finalmente, el 27 de mayo de 1790, los trece Estados ratificaron la constitución. Tres años habían transcurrido hasta que la Constitución fuera adoptada por unanimidad de los Estados, pero había entrado ya en vigor desde su aceptación (firma y ratificación) por nueve de ellos, conforme a lo que había sido convenido. Un año después todos los Estados aceptaban el *Bill of Rights* (15 de diciembre de 1791), la declaración de derechos que no abre la constitución americana, sino que la cierra.

¿Qué paralelismo cabe extraer entre estos acontecimientos y los que nos aguardan hasta la entrada en vigor del *proyecto de Tratado que instituye una Constitución de la Unión Europea*?

30. El aspecto crucial fue el abandono, en la Convención de Filadelfia, de la exigencia de unanimidad para poner en vigor la nueva constitución americana: se trataba de establecer un nuevo texto constitucional, no simplemente de revisar los viejos Artículos de la

El uso de la expresión ‘en especial’ no excluía que la revisión pudiera extenderse a otras materias. La impresión que se recibe al leer la Declaración de Laeken un año después (diciembre de 2001) confirma la ampliación del campo de la revisión, hasta el extremo de que cabe pensar que los jefes de Estado y de gobierno han dado una señal política en favor de una revisión total a los miembros de la Convención que acaban de instituir y convocar.

Si consideramos desde este punto de vista el texto del *proyecto de Tratado que instituye la Constitución de la Unión Europea*, debemos subrayar que ya no se propone simplemente modificar en algunos extremos los tratados constitutivos en vigor, sino reemplazarlos en su totalidad por un nuevo texto que ciertamente sigue siendo, formalmente, un tratado internacional, pero que simultáneamente afirma, en su rúbrica y mediante los elementos que lo integran, un carácter materialmente constitucional: un *tratado-constitución*. A la mixtura de su naturaleza jurídica corresponde la ambigüedad de la operación jurídica efectuada: ¿revisión y sustitución de los tratados existentes, o nuevo acto constitutivo? ¿Se corresponde la operación con una revisión de los tratados constitutivos o más bien con la conclusión de un nuevo tratado?

B. ¿REVISIÓN DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS O CONCLUSIÓN DE UN NUEVO TRATADO CONSTITUCIONAL?

27. Las historias constitucionales nacionales y la historia de la construcción europea muestran que en ocasiones se presentan situaciones en las que la frontera entre la revisión de un viejo orden constitucional y la instauración de un orden constitucional nuevo es traspasada por el poder constituyente. Ilustres ejemplos clásicos —incluso fundacionales— de la revolución americana (la Convención de Filadelfia, reunida para modificar los artículos de la Confederación, que dió una Constitución a los Estados Unidos) y de la Revolución Francesa (Estados Generales transformados en Asamblea Nacional constituyente), pasando por la aprobación de la constitución helvética¹⁷, proporcionan modelos que permiten comprender el modo en que se pasa del mandato de una simple revisión de la constitución existente a la proclamación de un nuevo orden constitucional¹⁸. Partiremos del ejemplo de la Convención

17 Para una comparación entre las diversas experiencias N. Schmitt, *Petit aperçu comparatif du fédéralisme en Suisse, en Allemagne et aux Etats-Unis*, Nice: Presses d'Europe (Cahiers du Collège universitaire d'études fédéralistes n° 1), 1999.

18 La ulterior historia constitucional francesa es rica en situaciones similares, que solo serán mencionadas como ejemplo (cada una de ellas ha dado lugar a una bibliografía muy abundante, imposible de condensar aquí):

— En 1871, la Asamblea Nacional elegida en Burdeos tras la derrota militar había recibido como mandato pronunciarse sobre la prosecución de la guerra o la conclusión de la paz con Prusia. Lentamente, en cinco años, esta asamblea se atribuyó un poder constituyente originario que le permitió la adopción de las tres Leyes constitucionales que dieron origen a la III República.

— La ley constitucional del 10 de julio de 1940, que otorgaba el poder constituyente originario al gobierno colocado bajo la autoridad del mariscal Pétain, pudo ser calificada como «fraude a la constitución», en cuanto abría, sin verdaderas garantías, la posibilidad de una nueva constitución al amparo de una revisión de la anterior.

— La ley constitucional del 3 de junio de 1958 ha podido ser comparada a este último ejemplo, pero las garantías de contenido y especialmente de procedimiento que contiene hacen que tal asimilación resulte poco convincente.

bieran de sus obligaciones comunitarias frente a los que no lo hubieran suscrito? Igualmente podrían haberse multiplicado las objeciones prácticas: ¿cómo admitir tal Europa de dos velocidades?, ¿cómo en concreto articular la coexistencia de la Unión y la Comunidad anteriores con la nueva estructura, cuyo aparato institucional sería idéntico o, al menos, muy próximo? Por serias que sean estas objeciones, no resultan sin embargo insuperables, aunque no ofrezca este artículo (para comenzar, por razones de espacio) ocasión propicia para responderlas.

34. Las negociaciones en el seno de la CIG han mostrado claramente que los gobiernos siguen siendo aún los únicos señores de los tratados. La intención optimista que manifestaba Olivier Duhamel, diputado europeo y miembro de la Convención, el 6 de junio de 2003 (*los representantes de los gobiernos no son más que uno de los componentes de nuestra asamblea: no les dejemos sabotear nuestro trabajo, porque no sería aceptable que una pequeña minoría lo destruyera*²¹), ya había encontrado réplica en un ministro de asuntos exteriores, igualmente miembro de la Convención, que recordaba que en la CIG sólo tomaban parte los representantes de los gobiernos de los Estados miembros. La prueba ha sido llevada a cabo hasta el exceso. Los gobiernos, y no los pueblos, son los constituyentes efectivos de la Unión: ¿no supone esto para Europa un déficit democrático constitucional?

36. Desde el punto de vista de la democracia, el recurso a un procedimiento refrendario simultáneo en los veinticinco Estados miembros de la Unión para autorizar la ratificación del *tratado-constitución* habría sido ciertamente ideal. Pero tal apertura de la construcción europea a los pueblos de los Estados miembros debe ser deseada por los gobiernos, y superar antes ciertos obstáculos constitucionales (la Ley Fundamental alemana debería ser revisada para autorizar el referendun ...). El riesgo consiste también en que el referendun —como se teme en el Reino Unido— ofrezca en uno u otro lugar resultados negativos.

37. Justamente por ello existe un mayor interés en que una cláusula permita la entrada en vigor del tratado-constitución si un número significativo de Estados que representen a una parte significativa de la población de la Unión se adhiere a él. También por ello es necesario que en el Tratado-constitución figure un procedimiento mayoritario de revisión, algo que ni la Convención, ni la CIG, han llegado a proponer.

38. Sólo en ese momento estaríamos en presencia de una verdadera constitución, acto jurídico de Derecho interno y sujeto al principio mayoritario. Mayoría que sería doble y cualificada: de los Estados y de los pueblos de los Estados miembros, a semejanza de lo que es común en las constituciones federales.

39. Tal salto cualitativo de mayor porte, manifiestamente, no puede darse hoy: sin embargo, sólo él atribuiría a la constitución europea su plena significación jurídica y política, y permitiría asociar finalmente a los pueblos de los Estados al control de su destino europeo común.

40. La hora de una cooperación o de una integración reforzada en materia constitucional probablemente ha pasado: ¿no es la ampliación el centro de la perspectiva política desde el final de los años 80 del siglo XX? El *proyecto de tratado que establece una Constitución para Europea* lleva el sello de ese momento histórico. Sus debilidades y sus incertidumbres son, en el fondo, las de nuestros gobiernos frente a la formulación de un proyecto europeo: juntos, sí, pero ¿para hacer qué?

Confederación; los Padres fundadores no se consideraron vinculados por las viejas reglas, de las que precisamente se alejaban para fundar un nuevo orden constitucional.

Resulta igualmente interesante constatar que, poco tiempo después de la entrada en vigor de la nueva constitución entre nueve Estados, los demás se adhirieron igualmente a ella. En cierto modo, los convencionales americanos acababan de inventar la *cooperación reforzada*¹⁹ en materia constitucional ...

31. Debe señalarse que existía en Europa un precedente, el art. 82 del Proyecto de Tratado que establecía la Unión Europea elaborado por A. Spinelli y adoptado por el Parlamento Europeo en febrero de 1984: este artículo preveía un doble mecanismo mayoritario para la entrada en vigor del nuevo tratado constitucional (mayoría de los Estados miembros cuya población supusiera los dos tercios de la población total de la Unión).

31. Pero la Convención no propuso un enfoque similar para la adopción del proyecto de tratado que establece una Constitución para la Unión Europea. Se contentó con prever, en una Declaración, que:

si, transcurrido un plazo de dos años desde la firma del tratado que establece la Constitución, las cuatro quintas partes de los Estados miembros lo han ratificado y uno o varios Estados miembros han encontrado dificultades para proceder a dicha ratificación, el Consejo Europeo examinará la cuestión.

El Proyecto de Tratado ha tomado literalmente esta formulación en su artículo IV-443.4, y prevé que el tratado entrará en vigor, en principio, el 1 de noviembre de 2006, a condición de que en esta fecha hayan sido cumplimentadas todas las formalidades de ratificación.

32. Se ha dejado pasar la ocasión, por tanto, de dar un nuevo inicio a la construcción europea, facilitando, mediante una cláusula mayoritaria, el advenimiento señalado de esta etapa constitucional. Tal cláusula habría significado una ruptura con la exigencia de la doble unanimidad, y ciertamente una ruptura significativa, pues no se habría tratado ya simplemente de enmendar los tratados existentes, sino de proceder a la fundación de un nuevo *orden constitucional de Estados soberanos*, plenamente centrado en el método, las instituciones y los procedimientos comunitarios²⁰. Habría correspondido a continuación a los Estados que hubieran ratificado el nuevo tratado, unidos por el mismo, el inicio de las negociaciones con los Estados recalcitrantes, para convencerlos e incorporarlos. La inclusión en el proyecto de tratado de una cláusula de retirada voluntaria de la Unión (art. I-60) significa ciertamente que la presencia de los Estados en la Unión es voluntaria: un Estado que no hubiera ratificado debería ser considerado como quien no desea entrar en una Unión que ha completado una mutación constitucional. La unanimidad bien podía no haber sido requerida, ya que no se habría tratado de revisar el orden anterior, sino de fundar un nuevo orden europeo caracterizado por la adopción de un tratado-constitución.

33. Tal vía sin duda habría tropezado con numerosas objeciones. Además de las dificultades y los riesgos de la empresa, habría podido hacerse valer, en el ámbito jurídico, la ilicitud de lo que habría podido parecer una extralimitación, contraria a las reglas del Derecho internacional de los tratados y al Derecho comunitario. Sólo una revisión con la doble unanimidad del art. 48 TUE podría autorizar que se pasara a la revisión por mayoría. ¿Podría un nuevo «tratado constitucional» desvincular a los Estados miembros que lo suscri-

19 Que sería mejor llamar, como propone Robert Toulemon, *integración reforzada*.

20 Fórmula del profesor Allan Dashwood: *A Constitutional Order of Sovereign States*.

