

La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo*

Pedro Cruz Villalón

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla
Ex-Presidente del Tribunal Constitucional

Sumario: *I. Introducción. II. Las dificultades del debate. III. Las premisas del debate: 1. El estado de la Constitución (nacional); 2. El estado de la constitución europea. IV. Perspectivas del debate. V. Conclusión*

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución, en la actualidad uno de los escasos referentes colectivos, la pieza sobre la que ha girado la reciente reorientación de buena parte de Europa hacia el Estado de Derecho, debe afrontar un nuevo reto: el de la cada vez más inequívoca reivindicación de Constitución por parte de la comunidad supranacional que desde hace cincuenta años viene representando en Europa la superación de un pasado de confrontación a través de un presente de integración. La CE/UE, en efecto, está llamando a la puerta de la Constitución de forma comparable a como muchos Estados, entre ellos España, en su día llamaron, o ahora llaman, a la puerta de Europa. El ciclo, de algún modo, aspira así a cerrarse. Y, precisamente por ello, las mismas categorías se vuelven recurrentes, hacen su camino de vuelta: de forma parecida a como los países entonces candidatos hubimos de hacer nuestras tareas de casa para ser admitidos en Europa, ahora que es la Unión quien pretende la entrada en el *club constitucional* se plantea el problema de su constitucionabilidad¹, es decir, la capacidad de la Unión para revestirse de Constitución. Y, si esa capacidad de Constitución rara vez se discute en términos absolutos, sí se da, acaso con razones de mayor peso, en términos circunstanciales, temporales muy en particular, bajo la forma de unos presupuestos más o menos alcanzables, según las perspectivas y los casos.

* Conferencia pronunciada en el Wissenschaftskolleg zu Berlin/Institute for Advanced Studies el 13 de marzo de 2002 como *fellow* del mismo durante el curso 2001-2002.

¹ KOENIG, Chr.: «Ist die Europäische Union verfassungsfähig?», *DöV*, 1998, pgs. 268 y ss.; HIRSCH, G., en Deutscher Bundestag, Zur Verfassungsdiskussion in der Europäischen Union. Öffentliche Anhörung vom 14. März 2001, Texte und Materialien, núm. 22, pgs. 50 y ss.

Surge así, expresado en términos abstractos, lo que venimos llamando la cuestión o el debate constitucional europeo, el debate, enunciado de momento de manera muy simple, acerca de si la CE/UE debe proveerse a sí misma de una Constitución, de un documento constitucional, con un sentido similar al de los Estados miembros, o a los Estados sin más. La constitucionalización de Europa, así descrita, tiene el carácter de un debate en la medida en que tal documento constitucional hoy por hoy no existe, digamos que es un documento *inédito*, de tal modo que su eventual existencia se encuentra, en este momento y según los casos, propugnada o discutida, prescindiendo ahora de otros matices.

Es precisamente de ese debate como tal del que interesa ocuparse porque sólo conociendo sus características estaremos en condiciones de insertarnos en el mismo, se entiende, con probabilidades de acierto. El debate, en cuanto desarrollado por supuesto en Europa, importa, no haría falta decirlo, porque es un debate que afecta a nuestra *constitucionalidad*, es decir, a nuestra cualidad de comunidades políticas vertebradas por la Constitución, una constitucionalidad que en este momento es nacional o estatal, pero que podría pasar a ser más compleja, más, añadiría de lo que en ocasiones ya es.

¿Cómo y cuándo comenzó y se desarrolló este debate? En tanto que específicamente centrado en la Constitución y ya con cierta entidad², diría muy sencillamente que el arranque del debate se puede situar en los primeros años noventa, con los diversos Informes (OREJA, HERMAN) elaborados en el seno del Parlamento Europeo, que abocaron en la presentación de un texto de Constitución ante el Pleno en febrero de 1994³. En ese contexto se inicia una literatura de tintes polémicos, que me permitiría simbolizar en el texto correspondiente a la conferencia de Dieter GRIMM, en el otoño de 1994, «¿Necesita Europa una Constitución?»⁴ Es un debate en todo caso afectado por las reacciones tras la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el Tratado de Maastricht⁵, con el trasfondo de la Conferencia Intergu-

² Pasando por alto las primeras iniciativas del Parlamento Europeo (Informe Spinelli, 1984). Cfr. SCHWARZE J. y BIBER R. (Hrsg.), «Eine Verfassung für Europa», Baden-Baden, 1984.

³ Cfr. PETERSMANN, E.-U.: «How can the European Union be constitutionalized? The European Parliament's 1994 Proposal for a Constitution for the European Union», *Aussenwirtschaft*, núm. 50, 1995, pgs. 171 y ss.; GRANADO HJELMO, I.: «El proyecto de Constitución para la Unión Europea», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, núm. 106, pgs. 25 y ss.

⁴ «Braucht Europa eine Verfassung?» *Juristenzeitung*, núm. 50, 16 junio 1995, pgs. 581 y ss., Munich, 1995. También en *European Law Journal*, Special Issue on Sovereignty, Citizenship, and the European Constitution núm. 2, 1995, «Does Europe needs a Constitution?», junto con la respuesta de HABERMAS, J.: «Comment on the Paper by Dieter Grimm», pgs. 303 y ss. Ahora en «Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen», Munich, 2001, pgs. 215 y ss. Edición en castellano: «¿Necesita Europa una Constitución?», *Debats*, núm. 55, 1996, pgs. 4 y ss.

⁵ Cfr. WEILER, J. H. H.: «Does Europe needs a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision», *European Law Journal*, núm. 1, pgs. 219 y ss.

La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo

bernamental de 1996 y el antes y después de Amsterdam⁶, y que avanza sobre el fondo de la unión monetaria, del compromiso de ampliación, de la decisión tomada en el Consejo Europeo de Colonia, en junio de 1999, de abordar la redacción de una Carta de Derechos, y su proclamación en Niza en diciembre de 2000; el debate, en fin, se revitaliza con la estimulante conferencia de Joschka FISCHER, en la Universidad Humboldt en mayo de 2000⁷, con las subsiguientes tomas de posición y, ahora ya, con la decisión adoptada por el Consejo Europeo de Laeken de convocar una Convención encargada de elaborar una amplia propuesta en relación con el futuro institucional de Europa, Constitución expresamente no excluida.

La Declaración del Consejo Europeo termina el apartado dedicado a «los retos y reformas en una Unión renovada» con varias «series de preguntas», la cuarta y última de las cuales dice literalmente así: «Por último, se plantea la cuestión de si esta simplificación y redistribución no deberían conducir a plazo a la adopción de un texto constitucional. ¿Cuáles deberían ser los elementos básicos de esa Constitución, cuáles los valores que la Unión profesa, cuáles los derechos fundamentales y los deberes de los ciudadanos, cuáles las relaciones de los Estados miembros dentro de la Unión?». Con el sometimiento de esta cuestión a la Convención, puede afirmarse que el Consejo Europeo declara ahora ya formalmente abierto el previamente existente debate constitucional europeo, y ello tanto en el seno de la Convención como a través del también previsto «foro abierto» destinado a «ampliar el debate y asociar al mismo a todos los ciudadanos»⁸.

Esta rudimentaria descripción de los antecedentes del debate pone ya de manifiesto los dos carriles por los que hasta ahora ha discurrido el mismo: de un lado, el institucional, es decir, el desarrollado en el seno de los poderes públicos nacionales y europeos⁹; por otro lado, el de los expertos de diverso signo y en particular de los iuspublicistas. Por ambas partes, sin em-

⁶ Cfr., significativamente, PERNICE, I., avanzando en su teorización de la Constitución europea a partir de la idea de «multilevel constitutionalism»: «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited», *Common Market Law Review*, núm. 36, 1999, pgs. 703 y ss.; MANGAS, A.: «Reflexiones sobre el proyecto de Constitución Europea ante la perspectiva de la reforma de 1996», *REDC*, núm. 45, pgs. 135 y ss.; DONAIRE VILLA, F. J.: «El Tratado de Amsterdam y la Constitución», *REDC*, núm. 54, pgs. 119 y ss.

⁷ Expresivo de la resonancia del discurso el volumen preparado y editado, ya en el siguiente mes de noviembre, en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, «What Kind of Constitution for what Kind of Polity? Responses to Joschka Fisher», editado por JOERGES, Chr. MÉNY, Y. y WEILLER, J. H. H., Florencia, 2000.

⁸ El futuro de la Unión Europea – Declaración de Laeken, de 15 de diciembre de 2002.

⁹ Así, característicamente, el discurso del Presidente Federal alemán, Johannes RAU, ante el Parlamento Europeo el 5 de abril de 2001, «Plädoyer für eine Europäische Verfassung», adoptando el lenguaje de Thomas PAINÉ («la gramática de la libertad»).

Pedro Cruz Villalón

bargo, hay una voluntad de prolongación del debate como debate público, en definitiva, a transformarlo en un debate *político*.¹⁰

Desde luego no quisiera incurrir en el reduccionismo de equiparar el debate sobre «el futuro de Europa» al ciertamente más específico de esta Constitución europea. Basta leer la referida Declaración para comprobar que es mucho más lo que está implicado, opciones que no se reducen necesariamente a la disyuntiva «Constitución sí o no». Lo que ocurre es que estas distintas opciones, recubiertas por la categoría constitucional, adquieren una nueva conexión de sentido: diría que es la más general de las preguntas que tenemos planteadas y seguramente la que más íntimamente nos afecta.

A estos efectos debo advertir que lo que me interesa no son tanto los posibles contenidos usuales de tal Constitución, como puedan ser la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros o la estructura orgánica de la Unión, contenidos que, como la experiencia comunitaria enseña, no se encuentran necesariamente vinculados a la idea de Constitución. El principal problema, en mi opinión, es el de si resulta posible, en este debate, abstraer su específica y más general dimensión constitucional; en otras palabras, el problema acerca de cómo pueda resultar cualificado el debate de la integración europea cuando el mismo resulta desplazado hacia la categoría constitucional. Así enfocado, resulta sin embargo que una Constitución en sentido formal y, en particular, como también se dice con frecuencia, una Constitución «en el pleno sentido de la palabra» plantea dos órdenes de cuestiones: uno se sitúa en el plano juricopúblico, y tiene que ver con problemas como la vinculación de la Constitución al ámbito estatal, el sujeto constituyente, la radicación de la soberanía, etcétera. El otro se desarrolla al nivel de la política constitucional, y se expresa a través de categorías como «constitucionalidad» en el sentido arriba expresado, «demos», «espacio público», entre otras.

En lo que sigue abordaré la problemática de este debate constitucional en torno a tres apartados. En el primero comenzaré señalando algunos elementos de la discusión propuesta que me parecen expresivos de lo que considero su dificultad. En el segundo plantearé, como las dos premisas de este debate, la evolución de la Constitución en Europa, de un lado, y la evolución de Europa en relación con la Constitución, de otro. Finalmente, como perspectivas del debate, haré mención de algunas de las cuestiones fundamentales que Europa, como objeto de Constitución, tiene planteadas.

II. LAS DIFICULTADES DEL DEBATE

Un debate de esta naturaleza, que por definición, interesa, o debería interesar, constitutivamente a Europa, a su o sus ciudadanías, pone a prueba lo que se considera uno de sus elementos más controvertidos, el llamado défi-

¹⁰ HABERMAS, J.: «Why Europe needs a Constitution», *New Left Review*, 11 september 2001, 5, 25.

La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo

cit de espacio público¹¹, con lo que de nuevo nos amenaza la circularidad. En definitiva la opinión pública europea estaría llamada a debatir sobre su propia existencia, es decir, sobre si contamos con un espacio público que legitime la pretensión europea de constitucionalidad. Pero, dejando aparte esta dificultad sistémica, el debate tiene dificultades añadidas.

Una primera dificultad estriba ya en explicar que *esto*, es decir, la dotación de una Constitución para Europa sea un problema. No en balde estamos acostumbrados a encarar la Constitución como una evidencia, es decir, todo menos algo necesitado de signos de interrogación. Pues Europa viene haciendo Constituciones desde, al menos, 1791. Y, tomando como referencia fechas más próximas, la actividad constituyente europea ha sido intensa durante las últimas décadas, en particular durante la década de los setenta y la de los noventa, todo ello sin necesidad de referirnos a las importantes reformas constitucionales, donde cabría enmarcar a la nueva Constitución de Suiza. El Estado constitucional¹² es hoy por hoy la forma universal de ser del Estado en Europa, por lo que ella misma se entendería mal sin Constitución. Y sin embargo la realidad es que desde hace al menos ocho años una polémica de cierta intensidad se viene desarrollando en Europa al hilo de la palabra Constitución.

Basta, en efecto, una mirada superficial sobre lo que al efecto se publica para advertir la recurrencia, casi la inevitabilidad con la que las palabras Constitución y Europa, juntas, vienen acompañadas de un signo de interrogación en los respectivos títulos, ya sea de monografías, de volúmenes colectivos, de artículos, de conferencias. Si la frecuencia de estos signos gráficos puede dar la medida de la intensidad con la que se debate, o con la que se duda, bien podemos decir que pocos temas constitucionales lo superan en este momento¹³.

¹¹ Cfr. GERHARDS, J.: «Europäisierung von Ökonomie und Politik und die Trägheit der Entstehung einer europäischen Öffentlichkeit», en MAURIZIO BACH (Hs.): «Die Europäisierung nationaler Gesellschaften», Opladen, 2000, pgs. 279 y ss.; id., «Das Öffentlichkeitsdefizit der EU im Horizont normativer Öffentlichkeitstheorien», en KÄELBLE, Hartmut, KIRSCH, Martin, SCHMIDT-GERNIG, Alexander: «Transnationale Öffentlichkeiten und Identitäten im 20. Jahrhundert», Frankfurt, 2002 (en prensa); PÉREZ-DÍAZ, V.: «The Public Sphere and a European Civil Society», en ALEXANDER, J. C.: «Real Civil Societies. Dilemmas of Institutionalisation», Londres, 1998; OFFE, C.: «Gibt es eine europäische Gesellschaft? Kann es sie geben?», en Blätter für deutsche und internationale Politik, 2001, pgs. 423 y ss.

¹² Cfr. HÄBERLE, P.: «El Estado Constitucional», Mexico, 2001.

¹³ Todo ello con independencia de que, como señala BOGDANDY, los frentes no sean tan rígidos como al principio. «Beobachtungen zur Wissenschaft von Europarecht. Strukturen, Debatten und Entwicklungsperspektiven der Grundlagenforschung zum Recht der Europäischen Union», *Der Staat*, núm. 40, 2001, 3, 6. Cfr. OREJA M. (dir.) y MÉNDEZ DE VIGO, I. (ed.): «La Constitución europea», Madrid, 1994; J. H. H. WEILER: «The Constitution of Europe. 'Do the new clothes have an emperor' and other essays on European integration», Cambridge, 1999; BRUHA, Th. et al. (Hrsg.): «Welche Verfassung für Europa? Ein interdisziplinäres "Schwarzkopf-Kolloquium" zur Verfassungsdebatte in der Europäischen Union», Baden-Baden, 2001; RONGE, F. (Hrsg.): «In welcher Verfassung ist Europa – Welcher Verfassung für Europa?», Baden-Baden, 2001.

Segunda dificultad: Quien todavía crea que el debate sobre la constitucionalización de Europa arranca del firme supuesto de que Europa carece de Constitución está completamente equivocado. Por el contrario, y como es conocido, es muy posible que la CE/UE tenga ya, o incluso haya tenido siempre, una «constitución», aunque no sea una Constitución «como la de los Estados». Sobre esto habrá que volver. Pero conviene dejar apuntada ya esta perplejidad pues no cabe duda de que es complicado generar un debate público en torno a un dilema que no tiene resuelta su misma condición de tal.

Tercera dificultad: Se trata de un debate «prima facie» jurídico o acaso habría que precisar que se propone crecientemente como jurídico, que se ha juridificado, concretamente, al haber pasado a girar sobre la Constitución. Pues contemplado desde la perspectiva más amplia de debate sobre la *integración* europea, sobre el futuro de Europa o, por decirlo con palabras de BÖCKENFÖRDE, hacia dónde se encamina Europa¹⁴, el debate ha ido dejando en un segundo plano las categorías más institucionales (Estado federal, federalismo) para comenzar a desplazarse, en lo que a su centro de gravedad se refiere, a las categorías más jurídicas de la Constitución y, no se olvide, de los derechos fundamentales. Esta juridificación complica la discusión pública en la medida en que su objeto aparece recubierto de una aparente evidencia, pues frente a las anteriores categorías políticas estas otras vienen rodeadas de un aura de indiscutibilidad: difícilmente se puede ser contrario a la idea de unos derechos fundamentales para Europea, como difícilmente se puede negar a la Unión el derecho a dotarse de una Constitución.

Otra dificultad: este debate jurídico por su objeto, en parte por la propia dificultad ya apuntada, tiene un alto componente técnico. Pues, dicho sea de paso, acaso una de las consecuencias no pretendidas del actual debate constitucional europeo, pero seguramente no la menos interesante, esté siendo una determinada reactivación de la reflexión constitucional como tal, en la medida en que se trata de un debate que, casi inevitablemente, problematiza la idea misma de Constitución y de sus diversos contenidos básicos. El debate europeo, en efecto, devuelve como un espejo la imagen de la Constitución sobre el propio campo de la teoría de la Constitución, en la medida en que viene a cuestionar la actual razón de ser de algunos postulados clásicos en los que la Constitución aspira a reconocerse¹⁵.

Así, la pretensión de Constitución plantea lógicamente el problema de los contenidos típicos constitucionales, la garantía de los derechos, la separación de poderes, la articulación de la democracia e, inevitablemente en este caso, la distribución de competencias en razón del territorio. Cada uno de

¹⁴ «Welchem Weg geht Europa?», Munich, 1997.

¹⁵ HABERMAS J. (cit. nota 10, pg. 6), sin embargo, ve el debate controlado más por los economistas, los sociólogos y los politólogos que no por los constitucionalistas o los filósofos de la política.

estos capítulos clásicos de la norma constitucional plantea específicos problemas cuando se pretenden aplicar a la Unión y, de rechazo, plantea problemas conceptuales. Pero son sobre todo los que BÖCKENFÖRDE llama conceptos límite los que resultan más acuciantes: el poder constituyente y el de reforma de la Constitución, el sujeto constituyente, la reconducción a un momento de unidad de «los pueblos de Europa». Si los ordenamientos constitucionales nacionales europeos ya venían siendo afectados internamente por la integración europea¹⁶, la cada vez más intensa reclamación de esa conquista histórica llamada Constitución¹⁷ por parte de la Unión está proyectándose sobre nuestra propia comprensión de la constitucionalidad. En suma, a diferencia de lo ocurrido en los repetidos procesos constituyentes vividos por Europa en los últimos decenios, que en último término no requirieron mayor reflexión sobre el significado y alcance de la Constitución, esta vez, la práctica de la Constitución reclama teoría de la Constitución.

Otra dificultad indudable es la constante advertencia de que la Constitución europea no podrá ser una Constitución «como las otras», es decir, las estatales, que será distinta, o no será, como distinto es el tipo de «polity» que está llamada a constituir¹⁸. Esta llamada a la eliminación del paradigma conocido contribuye sin duda también a complicar el desarrollo del debate.

Última dificultad, el riesgo del nominalismo. Desde que se iniciara el debate acerca de la conveniencia o incluso necesidad de una Constitución para Europa, las posiciones se han ido difuminando hasta tal extremo que el último refugio medianamente seguro del que disponemos en orden a situar la discusión es ya, parece, el puramente nominalista: debe o no debe aparecer *la palabra* en el ordenamiento comunitario. Y una vez reducida la polémica a este nivel, prácticamente habría quedado desprovista de capacidad para mantener el debate. Y, sin embargo, aun reducido a la incorporación de la palabra, el debate importa por sí mismo. La palabra «Constitución», que hasta ahora no ha figurado en el derecho de la CE/UE, puede sin embargo hacerlo en un futuro más o menos próximo. Con lo que no solamente aparecería por vez primera en ese ordenamiento sino que, por ese sólo hecho, se convertiría en *la* primera de sus palabras: porque esa es una de las peculiaridades, y no la última, de esta palabra cuando se incorpora a un ordenamiento: que indefectiblemente viene a situarse en su cabecera, con pretensión, como es lógico, no sólo de significar sino de alcanzar vigencia. El que esto último no esté ocurriendo con la Carta de Derechos Fundamentales no es la más irrelevante de sus características.

¹⁶ Cfr. LÓPEZ CASTILLO, Antonio: «Constitución e integración», Madrid, 1996.

¹⁷ LUTTMANN, N.: «Die Verfassung als evolutionäre Errungenschaft», *Rechtshistorisches Journal*, núm. 9, pgs. 176 y ss.

¹⁸ Cfr. HERTEL, W.: «Die Normativität der Staatsverfassung und eine Europäische Verfassung – Elemente einer europäischen Verfassungstheorie», *JöR*, núm. 48, 2000, pgs. 233 y ss.

III. LAS PREMISAS DEL DEBATE

Algunas de las dificultades que presenta el debate constitucional europeo pueden afrontarse indagando en las premisas de las que él mismo parte, premisas que no pueden ser sino la Constitución, de una parte, y Europa de otra. En ambos casos procede ocuparse de su estado o situación presente, resultado de una determinada evolución. Pues se trata, además, de dos premisas convergentes, en la medida en que la una partiría de la idea de Constitución y acabaría en Europa, en tanto la otra comenzaría en Europa y acabaría en la Constitución.

1. EL ESTADO DE LA CONSTITUCIÓN (NACIONAL)

La Constitución como Constitución estatal. Decía al comienzo que el debate constitucional europeo problematiza necesariamente la idea de Constitución y es en ese sentido en el que se convierte en la primera de sus premisas¹⁹. Tanto quienes llaman al entusiasmo como quienes llaman a la prudencia, pero sobre todo estos últimos, tienden a partir de una reflexión sobre la categoría constitucional²⁰. La concepción que respectivamente se tenga de la Constitución condiciona la posición en el debate.

La Constitución²¹, desde su configuración moderna hace ya más de dos siglos a ambos lados del Atlántico, se postula ante la respectiva comunidad política como la regla de su gobierno, regla por tanto básica, decidida soberanamente por esa comunidad en forma de un gobierno articulado en una pluralidad formalizada de instancias de poder, surgidas de esa misma comunidad, y limitado por una esfera de autonomía del individuo en forma de derechos fundamentales. Este conjunto normativo, como consecuencia necesaria de su propia posición y objeto, incorpora un plusvalor a los ojos de esa misma comunidad, que descubre en el mismo, más allá de cada una de sus disposiciones individualmente consideradas, la fuente última de su *civilidad*, es decir, de un estado de cohesión libremente asumido, y que permite calificar a esa comunidad política como comunidad *constituída*. Estas comunidades políticas han venido llamándose «Estados» y hemos podido añadir que son Estados nacionales porque han tendido, a veces a través de procesos contrapuestos, a tomar como punto de llegada colectividades culturalmente homogéneas, sin que ello suponga desconocer reiterados supuestos de nacionalidades predominantes en el interior de los mismos. Ahí

¹⁹ MADURO, Miguel Poiars: «We the Court», Oxford, 1998, pg. 175.

²⁰ Cfr. Últimamente, FRANKENBERG, G.: «Die Rückkehr der Verträge. Überlegungen zur Verfassung der Europäischen Union», en WINGERT, L., GÜNTHER, K. (Hrsg.): «Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit», Frankfurt, 2001, pgs. 507 y ss.

²¹ Cfr. MOHNHAUPT, H., y GRIMM, D.: «Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart», Berlin, 1995.

La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo

es donde las Constituciones han pretendido generar un ámbito de libertad y de solidaridad con el instrumento del Derecho²².

Europa constitucionalizada. Hoy día Europa, en el sentido más geográfico de la palabra, aparece como un continente constitucionalizado, es decir, dominado por el paisaje constitucional de sus Estados. Esta afirmación obliga como es lógico a añadir alguna que otra matización importante: Así, la pervivencia de algún régimen autoritario (Bielorrusia), las importantes deficiencias constitucionales de, por ejemplo, la Federación Rusa (libertad de expresión, Chechenia), la muy anómala situación de los Balcanes y sin que, por fin, podamos olvidarnos ya de Turquía cada vez que hablamos de Europa.

Pero, todo eso salvado, la imagen general de Europa es la de una zona del planeta gobernada constitucionalmente, con los instrumentos del Estado de Derecho. Sin embargo, una simple comparación entre el actual estado de Europa con su misma situación a mediados del siglo veinte da idea del cambio. Cuando se fundan las Comunidades Europeas, la Europa constitucional se reduce a los propios Estados fundadores, las islas británicas, los países escandinavos, y poco más. Es, por tanto, en el último cuarto de siglo cuando la Constitución ha dejado de ser en Europa un signo de diferenciación interna, de contraposición, para aspirar a presentarse como un signo de identidad. En la Constitución, por otra parte, han venido a confluír dos grupos de Estados procedentes de dictaduras de signo opuesto. Igualmente cabría señalar, porque ayuda a completar el actual perfil de Europa, que todos estos países han tendido a sumarse a un determinado tipo de constitucionalismo europeo, y por tanto no único: el que reserva una posición estratégica a los Tribunales Constitucionales, con lo que, en este punto, Europa mantiene una dualidad que contribuye a su riqueza.

La Constitución en Europa es al mismo tiempo vieja y nueva. Hay muchas democracias jóvenes en Europa (entre ellas, España) algunas incluso muy jóvenes; las hay también, y muy importantes, que no son precisamente antiguas (entre ellas, la RFA); las verdaderamente antiguas son las menos. Si bien Europa puede ser considerada hoy zona constitucional tampoco podemos dejarnos llevar por la idea de que la Constitución es, por así decir, el *estado natural* de Europa. Por el contrario, esta juventud e incluso añadiría esta, en ocasiones, extremada juventud de parte del constitucionalismo europeo, que es, como venimos diciendo, un constitucionalismo nacional, determina que la Constitución tenga aún por delante una tarea fundacional, es decir, como palanca de consolidación del Estado de Derecho en estas democracias.

En este contexto general, una institución como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, más allá de la función de protección y de garantía de los individuos en el ejercicio de sus derechos y libertades públicas, influye

²² Cfr. PREUSS, U. K.: «Auf der Suche nach Europas Verfassung. Europa hat noch keine Verfassung», *Transit. Europäische Revue*, núm. 17, pgs. 154 y ss.

decisivamente en la consolidación de este panorama constitucional. El sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos funciona así como la «lingua franca» de los derechos en Europa al otorgar un sustrato común europeo a cada uno de estos derechos y libertades. A su vez, la red de Tribunales Constitucionales e instituciones similares, por medio de una jurisprudencia mutuamente conocida y apreciada, integra un conjunto que ha permitido la aceptación y difusión de la idea de un Derecho Constitucional común europeo²³.

La erosión del constitucionalismo estatal. La descripción de esta especie de campaña victoriosa, como se la ha llamado, de la Constitución va frecuentemente acompañada de la constatación de la pérdida de capacidad de la Constitución para seguir cumpliendo la función que se le venía encomendando. Las Constituciones, en una palabra, «ya no son lo que eran» prácticamente como consecuencia de que tampoco los Estados lo son, con lo que se alude a la incapacidad de los Estados nacionales –*de nacionalización*²⁴– para determinar opciones políticas básicas. La erosión de la Constitución nacional²⁵ es, por tanto, una propia consecuencia y una propia versión de la erosión del Estado nacional²⁶ y de la erosión de la democracia, como ha señalado expresivamente Wolfgang Streeck, de la «pérdida de valor adquisitivo de la papeleta de voto»²⁷.

La traducción a la teoría de la Constitución de esta mutación en el ámbito de lo político adopta fórmulas tales como «apertura» del Estado constitucional²⁸ o la de «Estados abiertos»²⁹, en un planteamiento que no se detiene en la escala regional europea, pero que, sin duda la abarca. El Estado «abierto» encuentra una confirmación palpable en la mayoría de los textos constitucionales recientes en forma de «cláusulas de apertura», ya sean éstas universales, como es el caso del artículo 93 de la Constitución española, ya sean éstas regionales –concretamente, europea– en el caso del artículo 23 de la Ley Fundamental alemana. Esta evolución en el constitucionalismo estatal, referida a Europa, nos reconduce a las instituciones que por excelencia representan la supranacionalidad europea, de tal forma que es este propio

²³ Cfr. HÄBERLE, P.: «Europa – eine Verfassungsgemeinschaft?», en cit. nota 13, pgs. 99 y ss.

²⁴ Cfr. ZURN, M.: «Regieren jenseits des Nationalstaates. Globalisierung und Denationalisierung als Chance», Francfort, 1998.

²⁵ Cfr. WALTER, Chr.: «Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion», *Deutsche Verwaltungsblätter*, núm. 115, 2000, pgs. 1 y ss.

²⁶ Cfr. HABERMAS, J.: «Euroskepsis, Markteuropa oder Europa der (Welt)Bürger», en id., «Zeit der Übergänge», Francfort, 2001, pgs. 85 y ss.

²⁷ Citado por HABERMAS, J., *ibid.*, 93.

²⁸ BIAGGINI, G.: «Die Öffnung des Verfassungsstaates als Herausforderung für Verfassungsrecht und Verfassungslehre», en EHRENZELLER, Bernhard, et al.: «Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Yvo Hangartner», St. Gallen/Lachen, 1998, 957-979.

²⁹ DI FABIO, U.: «Das Recht offener Staaten», Tubinga, 1998. *id.*, «Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft», Tubinga, 2001.

La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo

constitucionalismo nacional el que por medio de sus cláusulas de apertura prefigura ya a Europa.

2. EL ESTADO DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Las Comunidades Europeas no configuran un Estado sino, por utilizar una expresión frecuente, una Unión de Estados (“Staatenverbund”) basada en y regida por una serie de Tratados internacionales que dan vida a unos órganos propios, a la vez que se erigen en cabecera de un ordenamiento jurídico autónomo³⁰. La Unión Europea, por tanto, no tiene una Constitución como suele ser propio de los Estados. Ello sin embargo no ha impedido que el término «Constitución» sea de uso antiguo en el lenguaje comunitario. Antes de que la «Unión Europea» como tal existiera ya se utilizaba el término Constitución en relación con las instituciones comunitarias europeas. Es por eso perfectamente legítimo preguntarse ya también por un estado de la «Constitución» europea, con independencia de que, en rigor, no la tenga. En este sentido anticiparía que se trata de un estado estratificado, en el que pueden identificarse varios modos de funcionar de la palabra Constitución.

La constitución como analogía: El primer estrato de la Constitución europea puede ser adecuadamente ilustrado a partir del texto de Gil Carlos, RODRÍGUEZ IGLESIAS del año 1996 que lleva por título «Sobre la ‘Constitución’ de la Comunidad Europea», en el que la palabra Constitución aparece conscientemente entre comillas, utilizando también en el interior del texto la expresión «analogía constitucional»³¹. Ello nos daría pie a hablar de una Constitución europea entrecomillada o, si se prefiere, analógica, para referirse a esta primera, y la menos discutida, forma de ser de la misma. Pero este modo circunstancial de calificar este estadio lo describe insuficientemente. Porque la analogía viene empleada en un sentido muy específico que conviene inmediatamente destacar. Como ha sido puesto reiteradamente de manifiesto³², la constitucionalización jurisprudencial de Europa es una constitucionalización específicamente de su ordenamiento jurídico, una forma complementaria o adicional de explicarlo, y de hacerlo en tales términos que la posición del propio tribunal de Justicia como garante de ese orden resulte operativa.

El ordenamiento comunitario³³ tiene el carácter de un ordenamiento jurídico propio, autónomo y, sobre todo, jerarquizado, en el que cabe distinguir unas normas básicas, el derecho primario, contenido en los Tratados y cuya preservación se trata de asegurar, y el resto del ordenamiento emanado de

³⁰ Cfr. BORCHHARDT, K.-D.: «Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union», Heidelberg, 1996, pgs. 42 y ss.

³¹ «Zur “Verfassung” der Europäischen Gemeinschaft», *EuGRZ*, 1996, 125, 130. Cfr. FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L.: «La noción de constitución europea en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *REDC*, núm. 40, 1994, pgs. 241 y ss.

³² MADURO, cit. nota 19, 7; HERTTEL, cit. nota 18.

³³ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: «Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung», *NJW*, 1999, pgs. 1 y ss.

los órganos propios de la Comunidad. Los Tratados son, en definitiva, *como la Constitución* de la Comunidad³⁴. Es importante subrayar este uso interno del término: la idea de Constitución, prescindiendo de otros principios definitorios del ordenamiento comunitario, es incorporada a los fundamentales efectos de completar la explicación de su posición de supremacía en el conjunto de ese ordenamiento. La inmediata consecuencia de ello es la imagen del Tribunal de Justicia como Tribunal Constitucional³⁵.

Esta constitucionalización operativa del ordenamiento comunitario no dice más, sin embargo, respecto de la capacidad de la Constitución para identificar una comunidad política en los sentidos más arriba referidos. Por lo demás, este uso del término puede ser reivindicado por otras organizaciones supranacionales e internacionales, con una justificación parecida³⁶.

Joseph Weiler ha calificado esta dimensión de la Constitución europea como una acumulación de Kelsen y Schmitt. Desde luego, es patente todo lo que hay de Kelsen, pero parece bastante menos evidente el rastro de Schmitt³⁷. El planteamiento schmittiano más bien habría que predicarlo de una actitud tendente a zanjar la cuestión con el simple argumento de que se trata de algo que *ya ha dicho* el Tribunal de Justicia. Dejando al margen que no fue ese el propósito del Tribunal de Justicia, si ya resulta difícil imaginar a un Tribunal Constitucional configurando su entero canon de enjuiciamiento, tanto menos cabría esperararlo de la instancia jurisdiccional de una organización supranacional cuyo espacio de movimiento en la interpretación de su norma fundacional, por la propia naturaleza de ésta, resulta más reducido³⁸.

De todo esto no cabría, sin embargo, extraer la idea de una falta de trascendencia de la analogía constitucional. Pues las imágenes desencadenan su propia fuerza. Esta imagen constitucional ha permitido al «ordenamiento constitucional comunitario» medirse de igual a igual con cada uno de los ordenamientos constitucionales nacionales, con una seguridad que, de otro modo, le hubiera faltado. Pues el ordenamiento comunitario ha podido beneficiarse de un concepto de Constitución relativamente moderno para Europa y que, por ejemplo, en el momento en que las Comunidades se

³⁴ Cfr. BOGDANDY, A. V.: «Skizze einer Theorie der Gemeinschaftsverfassung», en DANWITZ, Th. v. et al. (Hrsg.), «Aufdem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit», Stuttgart, 1993, pgs. 9 y ss.

³⁵ Cfr. WECHSLER, B.: «Der Europäische Gerichtshof in der EG-Verfassungswerdung», Baden-Baden, 1995.

³⁶ Cfr. BIAGGINI, G.: «Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?», «Antrittsvorlesung» en la Universidad de Zurich, *Zft. für schw. Recht*, núm. 119, 2000, pgs. 445 y ss.

³⁷ WEILER, J. H. H.: «Federalism and Constitutionalism: Europe's *Sonderweg*» (www.jeanmonetprogramm.org/papers/00/001001.html).

³⁸ GRIMM, D.: «Vertrag oder Verfassung. Die Rechtsgrundlage der Europäischen Union im Reformprozess Maastricht II», en GRIMM, Dieter et al.: «Zur Neuordnung der Europäischen Union: Die Regierungskonferenz 1996/97. Baden-Baden, 1997», pgs. 9 y ss.

La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo

constituyen aún tardará unos años en imponerse en un Estado miembro tan emblemático como Francia, donde tendrá que esperarse a 1971 para que la idea de supremacía de la Constitución definitivamente se imponga. Consecuencia de ello es la configuración de una tendencial dualidad constitucional, es decir, de una situación en la que dos ordenamientos equiparados no excluyen una hipótesis de confrontación.

De forma parecida, la imagen constitucional ha permitido al Tribunal de Justicia *autorrepresentarse* como Tribunal Constitucional capaz de medirse de igual a igual con los diversos tribunales superiores nacionales y muy especialmente con los Tribunales Constitucionales nacionales. Así, el Tribunal de Justicia ha podido beneficiarse de una imagen de función jurisdiccional que, sin embargo, era relativamente reciente en Europa, la de la jurisdicción constitucional, más en concreto, la de la jurisdicción constitucional concentrada; el primer Tribunal Constitucional de un Estado miembro, el de Karlsruhe, no es anterior al nacimiento de la primera de las Comunidades Europeas. En suma, con anterioridad a la normalización de los Tribunales Constitucionales en Europa, carecíamos de un modelo de justicia dotado de semejante peso y fortaleza en cuyo espejo el Tribunal de Justicia hubiera podido contemplarse.

La constitución categorizada. Sobre el estrato de la Constitución *analógica* y con base en el mismo es posible identificar un segundo momento constitucional europeo, que podríamos llamar el de la Constitución *categorizada*, en la medida en que revela el designio de ofrecer una explicación constitucional de Europa. No se trata ya, por tanto y únicamente, de hacer una lectura constitucional del ordenamiento comunitario sino, más allá de ello, de intentar una teoría de la Constitución de Europa, cuya existencia no se pone en duda. A estos efectos, sin embargo, resulta necesario abandonar el puerto seguro de la autoridad institucional del Tribunal de Justicia para acercarse al plural de las autoridades de los expertos. En otras palabras, lo que tenemos son categorizaciones constitucionales varias, que importan en la medida en que el concepto de Constitución deja de tener un carácter instrumental, para adquirir sustantividad propia. Común a todos ellos es que la Constitución Europea no puede ser comprendida con los parámetros tradicionales, entendiendo por tales los de la Constitución estatal. El paralelismo con la dificultad para comprender el Estado federal en el momento de su nacimiento, invocando el testimonio de Alexis de Tocqueville, resulta inspirador a la hora de identificar un nuevo tipo de dominio, de «polity», el tipo «supranacional»³⁹.

Ante la imposibilidad de mencionar siquiera sumariamente los diferentes esfuerzos de categorización de la Constitución europea⁴⁰, materialmente

³⁹ A. V. BOGDANDY, cit. nota 34, 13 y ss.

⁴⁰ Forzoso resulta remitir ya de forma general a la muy reciente monografía de Anne Peters, «Elemente einer Theorie der Verfassung Europas» (Berlín, 2001), por más que no haya alcanzado a disponer de la misma sino cuando este texto se encontraba ya redactado.

muy diversos, me limitaré a mencionar dos aspectos, el carácter evolutivo de la Constitución europea, así como su carácter complejo o «compuesto».

Por lo que hace al primero, ningún término es tan expresivo como el de «constitucionalización»⁴¹. La Constitución europea muestra un carácter esencialmente evolutivo, de tal modo que su orden básico no es un orden fijo previamente dado, sino que se encuentra en un constante proceso de crecimiento y de conformación. Con ello, sin embargo, la idea de Constitución pierde la que acaso sea su característica formal más genuina, es decir, su capacidad de durar o de resistir.

Más interesantes, en todo caso más ricos, considero los intentos teóricos de carácter estructural. Una diferencia entre estos diversos intentos tiene que ver con el propósito de superar ya el dualismo constitucional. Mientras algunos planteamientos dan por supuesto que el orden constitucional europeo no integra a los órdenes constitucionales nacionales, por más que los afecten, otros planteamientos están haciendo el esfuerzo de integrar ambos órdenes constitucionales en un nivel superior comprensivo de ambos⁴². Así, los términos, acuñados por I. PERNICE, de «multilevel constitutionalism» y de «Verfassungsverbund»⁴³ o unión constitucional, en clara analogía este último al de «Staatenverbund», ilustran bien los esfuerzos doctrinales dirigidos a proponer una especie de «supraconstitución» de Europa, es decir, la representación de un orden constitucional integrador de la Constitución de la Unión y las de los Estados. Las sucesivas reformas de los Tratados aparecen así como otras tantas reformas tanto de la Constitución de Europa como de las distintas Constituciones nacionales, consideradas éstas «Teilverfassungen».⁴⁴

⁴¹ G. BIAGGINI, cit. nota 36, 467 y ss.

⁴² Entre los primeros, HERTEL (cit. nota 18, 247); la idea esencial es la de que este modelo «se apoya en un doble proceso de integración; su característica esencial es una paralela y simultánea integración de los Estados miembros y de sus ciudadanos». Entre los segundos, en el nivel «más alto» (entrecomillado del autor) de la «Verfassungslehre», ahora ya como «Monographie», HÄBERLE, P.: «Europäische Verfassungslehre», Baden-Baden, 2001/2002 (Vorwort).

⁴³ Para el concepto de «multilevel constitutionalism», cfr. cit. nota 6. Sobre el concepto «Verfassungsverbund» vid. «Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung», *JöR*, núm. 48, 2000, pgs. 205 y ss.: «La “Constitución” Europea es un sistema gradual en el que los ordenamientos constitucionales nacionales y europeos se encuentran mutuamente entrelazados, un Verfassungsverbund». Ver igualmente BIEBER, R.: «Verfassungsgebung und Verfassungsänderung in der Europäischen Union», en BIEBER, R. y WIDMER, P. (éds.): «L’espace constitutionnel européen», Zurich, 1995, pgs. 313 y ss. Id., «Die Europäisierung des Verfassungsrechts», en KREUTZER, F. et al. (Hrsg.): «Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union», Baden-Baden, 1997, pgs. 71 y ss. Id., «Verfassungsentwicklung der EU: Autonomie oder Konsequenz staatlicher Verfassungsentwicklung?», en MÜLLER-GRAFF, P.-Chr., y RIEDEL, E. (Hrsg.): «Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union», Baden-Baden, 1998, pgs. 209 y ss.

⁴⁴ En sentido muy distinto, Weiler ha propuesto recientemente el «principio constitucional de tolerancia» como explicativo del alma de la Constitución europea tal como hoy existe y como alternativa a la visión kelseniana lanzada a la búsqueda de la «Grundnorm».

La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo

Construcciones de este tipo resultan obviamente familiares a oídos españoles. Los caracteres del «Título octavo» de la Constitución española⁴⁵ nos han obligado a construcciones semejantes, sólo que «ad intra». Sabemos cómo cada reforma de un Estatuto de Autonomía se traduce materialmente en una reforma de la Constitución territorial del Estado. La diferencia, sin ir más lejos, es que en nuestro caso sólo hay un Tribunal Constitucional, mientras que en el conglomerado europeo no se puede afirmar que nos encontremos ante un completo eclipse de los Tribunales Constitucionales nacionales en beneficio del TJCE.

La Constitución formalizada. Por fin, una Constitución en el sentido formal, es decir, una Constitución que no tuviera que recurrir a las comillas, ni a las analogías, ni a los estudios doctrinales, en definitiva, una Constitución que pudiera exhibir su fecha de promulgación como la más humilde de las disposiciones, hoy por hoy no existe. Lo que sí existe, como ya se ha visto, es una variedad de propuestas articuladas desde el Informe Spinelli de 1984⁴⁶ hasta el proyecto de Tratado Básico elaborado en Florencia⁴⁷, dejando de lado iniciativas enteramente individuales⁴⁸. La Declaración del último Consejo Europeo sólo contempla este nivel de formalización como la cuarta y última de sus hipótesis: antes de ello plantea, como es sabido, la posible simplificación de los Tratados sin cambiar su contenido (aun cuestionando la distinción entre Unión y Comunidades), la reorganización de los mismos (contraponiendo formalmente un «tratado básico» al resto de los mismos) y la integración de la Carta de Derechos en el referido tratado básico (aparte el viejo asunto de la adhesión al CEDH).

Es un planteamiento que no puede separarse de alguna antipatía hacia lo que considera autocelebración de ciertos constitucionalismos nacionales (por otra parte no difíciles de identificar). Europa, en definitiva, no necesitaría ese tipo de constitucionalismo, porque ya disfruta de otro, posiblemente superior, el constitucionalismo de la integración, de la constante aceptación del otro. Su conclusión es simple: el Tratado de la Comunidad Europea puede ser sensiblemente mejorado, pero no hay necesidad alguna de redactar un documento constitucional que ponga por escrito estos mismos principios. «Europe has now such a constitution. Europe has charted its own brand of constitutional federalism. It works. Why fix it?» (cit. nota 37). En una dimensión diferente, cfr. Maduro (cit. nota 19), a quien también se remite Weiler: «More than a new constitution, Europe needs a new constitutionalism. European integration forces us to rethink constitutional legal theory ... The new European constitutionalism must create a constitutional framework for the institutional and legal discourses already taking place in the European Union» (175).

⁴⁵ CRUZ VILLALÓN, P.: «La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución», Madrid, 1999, pgs. 381 y ss.

⁴⁶ Cfr. SCHWARZE J. y BIBER R., (cit. nota 2), donde se recogen las ponencias del congreso dedicado a este primer intento de Constitución.

⁴⁷ Basisvertrag der Europäischen Union. Entwurf, coordinado por EILERMANN, C.-D. y MÉNY, Y., mayo 2000. Cfr. sobre los numerosos «puntos» entre las categorías de Constitución y Tratado, DíEZ-PICAZO, L. M.: «¿Qué diferencia hay entre un Tratado y una Constitución?» (conferencia mecanografiada).

⁴⁸ Así, ARGIRAKOS, D. y LÜDEMANN, P.: «Eine Verfassung für Europa. Textentwurf mit erläuternden Anmerkungen», Heidelberg, 2001.

Pedro Cruz Villalón

El propio lenguaje de la Declaración parece dar a entender que la primera opción, la simplificación, va a llevarse a cabo, siendo difícil imaginar que ni siquiera este objetivo se alcance, con mayor o menor extensión. Pero entiendo que no es sino con la segunda «serie de preguntas», la relativa a la reorganización, como la cuestión constitucional se plantea. Pues esta reorganización basada en la destilación de un Tratado Básico, con su propio procedimiento de modificación y de ratificación, supone ya la formalización de un documento indistinguible materialmente de una Constitución. Como indistinguible de una tabla de derechos interna resultaría la integración de la Carta de Niza a este Tratado Básico. En estos términos, el paso a la opción contemplada en la «cuarta serie» de preguntas no parece tener sentido si no es sobre la base de una transmutación de la Unión en sentido federal, lo que hace de ella una opción en este momento descartable.

La presencia de una «Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea» como la «proclamada» en Niza el 7 de diciembre de 2000 es sin duda alguna el paso más avanzado dado en este momento en dirección a una Constitución formalizada. Esta mera proclamación es un gesto que sólo cabría entender como una forma de «vacatio legis» indefinida, es decir, como texto jurídico llamado a entrar en vigor en un momento todavía no determinado. Por otra parte, ¿qué organización supranacional que no tenga el carácter de una nueva «polity» se arrojaría la pretensión y se crearía la necesidad de disponer nada menos que una propia y peculiar tabla de derechos fundamentales, distinta tanto de las tablas de derechos de sus países miembros como distinta de las declaraciones internacionales, regionales y universales? Tener una Carta de Derechos de tal amplitud comienza a ser algo parecido a tener una Constitución, y de ahí la trascendencia de un eventual otorgamiento de vigencia a la Carta.

IV. PERSPECTIVAS DEL DEBATE

Decía recientemente Roman HERZOG, recordando su experiencia como presidente de la convención redactora de la Carta de Derechos Fundamentales: «Mi línea siempre consistió en contar con seis o siete “essentials”, en los que insistía continuamente con la terquedad del asno, y que al final conseguí incorporar a la Carta. En todo lo demás me conduje como Federico el Grande respecto de la religión: que cada uno alcance la salvación a su manera»⁴⁹. Creo que estas palabras pueden ser enormemente inspiradoras aplicadas a esta fase del debate constitucional europeo: ¿Seríamos capaces en este momento de identificar unas pocas certidumbres constitucionales que nos sirvieran como punto fijo de referencia? ¿Seríamos capaces de alcanzarlas al menos a lo largo del debate?.

Conviene, sin embargo, advertir de entrada que la redacción de una Carta

⁴⁹ «Die Grundrechtscharta der Europäischen Union als Nukleus einer Europäischen Verfassung?», *Europas Verfassung – Eine Ordnung für die Zukunft der Union*, Sinclair-Haus Gespräche, 11-12 mayo 2001, Bad Homburg, 2001, pgs. 44 y ss.

de Derechos es una tarea considerablemente más clara y abordable que la constitucionalización de Europa de forma acabada y completa. A ello contribuiría, en primer lugar, su situación de superposición respecto de previas declaraciones de derechos en los tres niveles nacional, regional y universal: la Carta Europea habría debido simplemente «hacerse un hueco» entre esa pluralidad de documentos nacionales e internacionales, aunque sea con una marcada singularidad propia. En segundo lugar, la Carta ha sido vista en buena medida como un texto declarativo, llamado a poner a la vista unos derechos que, abstractamente, ya se consideraban parte del ordenamiento comunitario⁵⁰; hasta tal punto es ello así que la actual situación de «proclamación» sin vigencia se ha entendido que cumple en buena medida los objetivos que tiene asignados. Esta situación que la Carta parece pueda permitirse no podría hacerlo un texto constitucional. En fin, las certidumbres en materia de derechos que HERZOG podía exhibir, basadas en convicciones personales básicas, difícilmente pueden configurarse en relación con otras opciones constitucionales. Se trata, sin embargo, de una facilidad más aparente que real, la de la instauración de una Carta de Derechos. Si es fácil o no, ello sólo podría afirmarse de manera determinante el día en que forme parte de los Tratados, con una mirada retrospectiva.

Dejando la carta de lado, quisiera limitarme a esbozar algunos extremos relacionados con esos conceptos límite a los que antes me refería, que cabría articular en una reflexión acerca de Europa tanto como objeto como en cuanto sujeto de un eventual proceso constituyente.

En cuanto objeto de Constitución, Europa plantea un primer y «espinoso»⁵¹ problema, elemental pero trascendente, a veces recordado aunque no con demasiada insistencia, y que no es sino el de sus últimos límites geográficos: hasta dónde llega Europa. El problema, con el expresivo contrapunto del ámbito espacial del Consejo de Europa, está sin duda planteado, aunque no sea a plazo inmediato, por lo que debe dejarse al menos apuntado. Ineludible sin embargo en el inmediato futuro es la cuestión de las distintas posibilidades de configuración –geometría– de Europa. JOSCHKA FISHER, también le dedicaba un apartado en su conferencia de hace dos años, dejando varias posibilidades abiertas⁵². Creo, sin embargo, que los avances que puedan hacerse con la categoría de Constitución no debieran dejar margen al *opting out*, en otras palabras, que una Constitución «a la carta» debiera ser vista como una hipótesis contradictoria.

La cuestión de mayor alcance en este contexto es la que designaría como la *autorrepresentación* de Europa, es decir, la de la propia imagen que los europeos podamos hacernos de nosotros mismos, en buena medida como paso

⁵⁰ Cfr. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., cit. nota 32, 5: «Besondere Bedeutung im Rahmen der allgemeinen Rechtsgrundsätze haben diejenigen Prinzipien, die grundlegende materielle Wertentscheidungen darstellen. In erster Linie sind hier die Grundrechte sowie das Demokratieprinzip zu nennen».

⁵¹ HABERMAS, cit. nota 10, pg. 23.

⁵² FISHER, J.: cit., nota 7.

previo a la cuestión ¿para qué una Constitución en Europa? HABERMAS, por ejemplo, tiene una respuesta, desde luego positiva, en la que no duda en subrayar lo que podríamos llamar una especial calidad constitucional de Europa. «We Europeans», dice en un determinado momento, «have a legitimate interest in getting our voice heard in an international concert that is at present dominated by a vision quite different from ours» (subrayado mío)⁵³. Tengo la impresión de que las posibilidades de configurar una identidad europea de esta intensidad, de contraponer una «European way of life», son más limitadas que las que de esta propuesta resulta⁵⁴. Pero es claro que las bases de la cohesión europea no están acabadas de definir.

Por fin, en cuanto sujeto de la Constitución, Europa –el pueblo o los pueblos europeos– plantea el problema elemental y básico de su misma existencia. Y ello tanto en un hipotético momento constituyente como en cuanto pueblo constituido. ¿Dispone Europa de un «demos», es decir, de un pueblo formado directamente por ciudadanos, o por el contrario sólo dispone de «ciudadanos colectivos», a modo de un «Superleviatán» integrado por leviantes menores?

La tesis de que Europa carece de un «demos» o pueblo soberano («no demos thesis») que pueda sustentar una «polity» o comunidad política en el pleno sentido de la palabra, y por tanto una comunidad *constituida* es suficientemente conocida lo mismo en su formulación –o sus formulaciones– que en su respuesta⁵⁵. Seguramente la tesis no se ha beneficiado dialécticamente de la circunstancia de que haya sido formulada como ausencia de *Volk*, con las inevitables resonancias de la palabra. En parte, es un planteamiento que se encuentra hoy más bien trasladado a la denunciada falta de un espacio público europeo (lo que podríamos llamar «no logos thesis»), es decir, de un espacio común europeo de información, de formación de opinión pública y de control de la actividad pública⁵⁶.

La reflexión sobre los déficit de espacio público se sobreponen así, en forma de premisa, al de antiguo denunciado déficit democrático: seguramente una de las tesis más provocativas que se han enunciado en relación con el mismo sea la de que el reforzamiento de las potestades del Parlamento Europeo no constituye un remedio, sino más bien lo contrario⁵⁷.

El problema, sin embargo, cuando es trasladado al ámbito de los déficit de espacio público es que su prueba se complica. Tan fácil como resulta la afirmación de que el pueblo español no es igual al portugués, por asumir un ejemplo propio, resulta complicado (aunque no imposible) determinar

⁵³ En un artículo ya citado (nota 10) que en la versión alemana va formulado en signo de interrogación («Brancht Europa eine Verfassung?»), en tanto en la inglesa ha desaparecido todo interrogante.

⁵⁴ HABERMAS (cit., nota 10, pg. 9).

⁵⁵ Cfr. notas 4 y 5.

⁵⁶ Cfr. nota 11.

⁵⁷ GRIMM, D.: «Die Verfassung und die Politik», Munich, 2001, pgs. 248 y ss.

hasta qué punto falta un espacio público ibérico, por no decir ya europeo. En todo caso, el problema tiende a trasladarse a los sociólogos, pero también su respuesta cambiará en función de su respectiva concepción de lo que entiendan por «espacio público»⁵⁸.

Un modo de escapar, si bien relativamente, de las servidumbres sociológicas es la reconducción de la falta de espacio público a la falta de lengua común o, lo que es igual, a una situación socialmente tan asimétrica en lo que a la comunicación en idiomas comunes se refiere, que la situación queda igualmente deslegitimada. Las posibilidades de los ciudadanos europeos de comunicarse efectivamente en un mismo idioma son efectivamente bajas y, sobre todo, enormemente desiguales.

En este punto se inserta de nuevo la circularidad: La generación de un «logos» europeo puede ser inducida, acaso con debates como el que nos ocupa. La cuestión es que, en nuestras sociedades, la opinión pública está acostumbrada a movilizarse, ante todo y sobre todo, en el contexto de procesos formalizados de intervención en la cosa pública, en definitiva, mediante elecciones y consultas populares. Y dado que las elecciones parlamentarias directas, de las que ya se han celebrado cinco, no consiguen generar un debate suficiente, por razones más o menos intuitivas, aparecen las propuestas de las consultas directas, de carácter vinculante, en forma de lo que HABERMAS califica de *self-fulfilling prophecy*.⁵⁹ Pero resulta que Europa viene teniendo una relación conflictiva con las formas de democracia semidirecta.

V. CONCLUSIÓN

Llegado el siempre delicado momento de la recapitulación, quisiera limitarme a la formulación de un corto número de tesis que confío guarden cierta relación con lo hasta ahora expuesto.

Primero: La relevancia de la actual discusión constitucional europea se encuentra en relación directa con la relevancia que la propia Constitución ha adquirido en el curso de los últimos cincuenta años, es decir, de forma paralela con el desarrollo de la Unión: sin este desarrollo de la idea de la Constitución la integración europea no hubiera emprendido el preciso camino de la constitucionalidad. Esto último tiene lugar en dos sentidos: primero, con la comprensión de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico respectivo; segundo, con el protagonismo del concepto de Constitución en nuestro sistema de valores colectivos: la constitucionalidad como estado o forma de ser de la comunidad política. Este último moderno significado de la Constitución puede correr peligro como consecuencia de un empleo banalizado de la Constitución en el curso de la actual tarea de reestructuración de la Unión Europea.

⁵⁸ Cfr. GERHARDS J.: «Öffentlichkeitsdefizit», cit., nota 11.

⁵⁹ Cit., nota 10, pg. 17.

Pedro Cruz Villalón

Segundo: La calidad constitucional de cada Estado miembro opera decisivamente sobre la calidad constitucional de la comunidad política europea. Pues la Unión ha vivido hasta ahora esencialmente de una democracia refleja (constitucionalización «heterónoma»), es decir, recibida de la propia de los Estados miembros, en forma de un proceso que ha sido calificado también de ósmosis. La calidad, concretamente, de la democracia europea ha sido, así, a su vez, reflejo de la calidad de las democracias nacionales. Esta situación no es fácil de cambiar radicalmente por razones que tienen que ver con la propia dimensión, ya verdaderamente continental, de Europa y con la multiplicidad de nuestras lenguas y de culturas. La constitucionalidad que Europa necesita procurarse es todavía, ante todo y sobre todo, una constitucionalidad nacional, como fuente que sigue siendo de la constitucionalidad europea. En este sentido, debe ser importante la consideración de que, si bien Europa puede tener déficit de constitucionalidad centralizada, lo que es seguro es que también tiene déficit de constitucionalidad periféricos, acerca de los cuales debe generarse una conciencia europea.

Tercero: A su vez, Europa es ya parte irremisible de la constitucionalidad de los Estados miembros. Pues, como es conocido, cada uno de los órdenes constitucionales de los Estados miembros tiene el carácter de una Constitución decididamente «condicionada por Europa» en lo que a su vigencia se refiere. Los Estados miembros de la Unión viven ya una situación de «doble constitucionalidad»⁶⁰, con repercusiones sustantivas. Ello implica que la calidad de nuestras respectivas comunidades políticas, de ámbito nacional, resulta condicionada por la calidad de la propia *civitas* europea. Por fin, de modo indirecto, la calidad constitucional de cada Estado miembro resulta también afectada por la calidad constitucional de cada uno de los restantes Estados miembros.

Cuarto: El reto constitucional «realmente existente» que hoy tiene Europa, en el sentido de reto más inmediato, es el de la configuración de una sólida discusión en materia de derechos fundamentales, susceptibles de abocar llegado el momento en una Carta dotada de vigencia. Siendo éste, el de la Carta, un objetivo en el que no cabe dar marcha atrás, no queda otra alternativa que el paso hacia delante, sin que su actual literalidad deba convertirse en un obstáculo insalvable. Por más que la «primera» Convención haya pretendido trabajar guiada por el «como si» de su vigencia, la sola explicitación de este propósito ya incorporaba una relativización de la propia tarea. De momento, la labor de la «segunda» Convención en esta materia, más allá de la decisión acerca de la incorporación o no a los Tratados, y seguramente como paso previo, debe incorporar la reconsideración de sus contenidos.

Quinto: Los déficit de espacio público, en fin, en la medida en que, como se ha señalado, repercuten inmediatamente sobre las posibilidades de una

⁶⁰ BOGDANDY, A. V.: «Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des Gesellschaftlichen Grundkonsenses», *Der Staat* 39 (2000), 163 y ss.

La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo

constitucionalidad europea, han de ser afrontados decididamente, en todo lo que sea factible, con las políticas adecuadas. Pues la tarea de constituir Europa se está revelando, cada vez más, como tarea de constitución de un «logos» europeo. Se trata sin duda del objetivo a más largo plazo y, sin la menor duda, del más ambicioso. Sin olvidar que, detrás de todo ello, es decir, de ese postulado espacio público europeo, se encuentra planteada la reivindicación de un sujeto público europeo, en definitiva una reivindicación de democracia.

Sexto: La constitucionalización «autónoma» de Europa debiera suponer algo más que la simple comprensión de su orden fundamental con arreglo a los tradicionales caracteres formales de la norma constitucional: debiera por tanto encontrar su comienzo más allá de las tareas más próximas de una eventual simplificación o incluso reestructuración de los Tratados fundacionales. Mientras tanto, convendría tratar la palabra «Constitución» con el mayor cuidado posible, pues, como dijera TOCQUEVILLE refiriéndose a estas mismas cuestiones, «L'esprit humain invente plus facilement les choses que les mots»⁶¹. Y si nos apropiamos ya de la palabra, tanto más difícil resultará en su momento encontrar otra para cuando de verdad queramos una Constitución «en el pleno sentido de la palabra».

⁶¹ «De la Démocratie en Amérique», I, I, VIII.