

Derecho constitucional europeo y Derecho constitucional de los Estados miembros

Ingolf Pernice

Catedrático de Derecho Público, Internacional Público y Comunitario.
Universidad Humboldt de Berlín

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL CONCEPTO POSNACIONAL DE CONSTITUCIÓN–1. *El concepto de Constitución en el Derecho comparado*–2. *Funciones de la Constitución*–3. *Idea de la Constitución como proceso de autodeterminación organizada*
- III. LA LIGA EUROPEA DE CONSTITUCIONES–1. *La Constitución de la Unión Europea como proceso*–2. *La forma de tratado de Derecho internacional*–3. *Unidad material del Derecho constitucional europeo y del Derecho constitucional de los Estados*
- IV. EFECTOS JURÍDICOS–1. *El doble efecto de la reforma de los Tratados*–2. *La dimensión europea del art. 20 III GG*–3. *La primacía del Derecho comunitario como parámetro en caso de colisión de normas*–4. *Corresponsabilidad de los tribunales nacionales para el bien jurídico a proteger del art. 6 I TUE*–5. *Postulado de la homogeneidad constitucional y recíproca estabilización del Derecho constitucional europeo y del Derecho constitucional de los Estados*
- V. EL PORVENIR DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

En su famoso «discurso Humboldt» de mayo de 2000, titulado «De Confederación a Federación: reflexiones sobre la finalidad de la integración europea», el Ministro alemán de Asuntos Exteriores, Joschka Fischer, inculcó un nuevo ímpetu al proceso de construcción constitucional en la Unión Europea. La Declaración de Niza de diciembre de 2000 y la instauración de una Convención constitucional europea por la Declaración de Laeken de 2001, crearon una nueva base y un marco para efectuar la revisión de los Tratados constitutivos, con el objetivo de que en julio de 2003, el presidente de la Convención, Valéry Giscard d'Estaing, presentara solemnemente a la presidencia del Consejo un «Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa». La cumbre de Thessalonica ya reconoció en junio que el Proyecto será «un buen punto de partida para la Conferencia Intergubernamental», la cual estará llamada a discutir y adoptar el Tratado y, por ende, la «Constitución para Europa».

¿Pero a qué nos referimos por el término «constitución»? El concepto estricto, tal como se emplea tradicionalmente en relación al Estado o la nación, no resulta válido en su aplicación al contexto europeo. En cambio, en una lectura más amplia, una concepción posnacional más funcional, tal y como fue presentada en la conferencia que impartí con ocasión de la reunión anual de profesores alemanes de Derecho público en octubre de 2000 en Leipzig, puede servir para explicar más adecuadamente qué significa el término «constitución» en relación con la Unión Europea. El «constitucionalismo multinivel», como será desarrollado en las siguientes páginas, se dirige a conceptualizar el Derecho primario europeo como parte de un sistema constitucional compuesto, en el que se refleja la estructura multinivel de la Unión Europea. El «Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa» no sólo ha sido elaborado mediante un procedimiento que se corresponde con el papel central que los ciudadanos, en su doble identidad nacional y europea, desempeñan en este proceso «constitucional». Además de las nuevas formas y estructuras del Tratado, el reconocimiento de los ciudadanos y de sus derechos comunes, la primacía del Derecho europeo, de la fuerza vinculante de la Carta de los Derechos Fundamentales, y de los progresos en la transparencia y legitimidad democrática que otorga el Proyecto, también se presentan otras cuestiones sustantivas, desarrolladas en adelante, como consecuencia de esta nueva concepción para un Tratado, que podrá ser aceptado por los ciudadanos como su Constitución para una Europa de los ciudadanos.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien el tema *Derecho Constitucional Europeo y Derecho Constitucional de los Estados* ha dejado de suponer una provocación para los enseñantes alemanes de Derecho público, significa un cambio significativo de mentalidad: la tra-

dición postulaba que Constitución se definiera por remisión al Estado¹; en consecuencia, Derecho constitucional solamente podía ser Derecho nacional. Hoy como ayer, voces autorizadas excluyen la posibilidad de una *Constitución sin Estado*, a falta de un pueblo (*Volk*) o de una lengua común². El Estado es objeto y presupuesto de la Constitución³. El caso es que la Unión Europea no es un Estado. Ahora bien, si hablamos de Derecho constitucional europeo nadie debería entender que anticipemos una estatalización de Europa⁴; un super-Estado o un Estado federal europeo no son el objeto de nuestra reflexión⁵.

¹ Véase STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, Segunda Edición 1984, pg. 70 en adelante.

² Véase GRIMM: *Braucht Europa eine Verfassung?*, JZ 1995, pg. 587; y KOENIG: *Ist die Europäische Union verfassungsfähig?*, DÖV 1998, pg. 275.

³ ISENSEE: *Staat und Verfassung*, ISENSEE y KIRCHHOF (eds.), Handbuch des Staatsrechts, 1987, Parte 1, Apartado 13: «...Verfassung nicht zu verstehen ohne Staat. Dieser ist ihr Gegenstand und ihre Voraussetzung»; Véanse también KIRCHHOF: *Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten*, Apartado 19: el Estado como presupuesto y objeto del poder constituyente: «...Die Verfassung formt und festigt eine vorgefundene Gewalt und Ordnungsstruktur zu einem verfaßten Staat»; BÖCKENFORDE: *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, 1999, pgs. 135 en adelante; y MURSWIEK: *Maastricht und der pouvoir constituant*, Der Staat 52, 1993, pgs. 161 y 168 en adelante; WIDDER: *Osterreichs Verfassungsentwicklung, Der heutige Stand der Verfassung*, KÖCK (ed.) «Grundprobleme des österreichischen Bundesverfassungsrechts in rechtspolitischer und rechtsdogmatischer Schau», 1996, pg. 12; Pauly y Siebinger: hace referencia a la importancia del Estado como requisito para la Constitución *Der deutsche Verfassungsstaat*, Ellwein/Holtmann (eds.), «50 Jahre Bundesrepublik Deutschland. Rahmenbedingungen-Entwicklungen-Perspektiven», 1999, pg. 79: «...einer spezifisch kontinentaleuropäischen Perspektive, die nicht zuletzt im Zuge der europäischen Integration in Frage gestellt wird...». Referente a Francia: Beaud: *La puissance de l'Etat*, 1994, pg. 208, y del mismo autor *Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel*, AUER y FLAUSS (eds.), «Le référendum européen», 1997, pg. 130; SCHMITT: *Verfassungslehre*, 1928, pg. 79: «...Das Wort Verfassung muß auf die Verfassung des Staates, d.h. der politischen Einheit eines Volkes beschränkt werden, wenn eine Verständigung möglich sein soll...». Véanse una crítica a esta teoría en HENNIS: *Integration durch Verfassung?*, JZ 1999, pgs. 491 en adelante; y también KÄGI: *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945, pgs. 12 y 36; además HERTEL: *Supranationalität als Verfassungsprinzip Normativität und Legitimation als Elemente des Europäischen Verfassungsrechts*, 1999, pg. 46 en adelante; GERKRATH: *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, 1997, pgs. 51 en adelante y 64 en adelante.

⁴ Véase al respecto *Staatswerdung Europas*, WILDENMANN (ed.) 1991 y SCHUPPERT: *Zur Staatswerdung Europas. Überlegungen zu Bedingungsfaktoren und Perspektiven der europäischen Verfassungsentwicklung*, Stw&Stp 5 (1994), pg. 35 en adelante.

⁵ Véase también PIRIS: *Hat die Europäische Union eine Verfassung? Braucht sie eine?*, EuR 2000, pgs. 323 en adelante, 337 y 347; ZULEEG: *Die föderativen Grundsätze der Europäischen Union*, NJW 2000, pg. 2851: «...die fast einhellige Aussage erstaunt...». Véanse también HERTEL: *Die Normativität der Staatsverfassung und einer Europäischen Verfassung. Ein Beitrag zur Entwicklung einer Europäischen Verfassungstheorie*, JÖR NF 48 (2000), 233; BOGDANDY: *Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses*, Der Staat 39 (2000), pg. 183: «...die europäische Einigung eben nicht auf eine Staatswerdung abzielt...»; Véanse también PERNICE: *Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung. Verfassungsrechtliche Ausgangslage und Vorschläge für die institutionelle Re-*

Por más que no sea especialmente nuevo referir a la Comunidad Europea el concepto de Constitución: ya en 1960, hablaba KAISER de *un segundo constituyente*⁶, instituido en el art. 24 I GG. La constitución de la Comunidad Europea por medio de un tratado internacional *conjuntamente con los constituyentes de otros Estados-miembros* es un ejercicio constituyente (internacional); los titulares del *pouvoir constituant son los pueblos de los Estados, unidos en la Comunidad*⁷. Tal idea consta asimismo en la jurisprudencia temprana del *Bundesverfassungsgericht*⁸ y, desde 1986, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas habla del *documento constitucional de la Comunidad*⁹. IPSEN, especialmente, ha desarrollado la perspectiva constitucional¹⁰ y caracterizado como demasiado estrecha la remisión al Estado del concepto de Constitución¹¹. También autores de otros Estados-miembros hablan de Derecho constitucional, cuando se refieren a la Unión Europea¹². Ciertamente, hay

form der Europäischen Union vor der Osterweiterung, JÖR NF 48 (2000), 231; MANCINI: *Europe: The Case for Statehood*, ELJ 4 (1998), 29; con la respuesta de WEILER: *Europe: The Case Against the Case for Statehood*, ELJ 4 (1998), 43.

⁶ KAISER: *Zur gegenwärtigen Differenzierung von Recht und Staat, Staatstheoretische Lehren der Integration*, ÖSTERR. Z. öff. Recht 10 (1960), 416.

⁷ KAISER: *Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*, VVDStRL 34 (1964), pgs. 17 en adelante; En lo referente al carácter constitucional de la fundación de la Comunidad Económica Europea; véanse también BADURA: *Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*, op. cit., pgs. 34 y 64; y también el mismo, *Die föderative Verfassung der Europäische Union*, Festschrift HECKEL, 1999, pg. 699, que describe a los tratados actualmente como «...föderative Verfassung der Europäischen Union...».

⁸ Fallo del BverfG, Rec. 22, pg. 296, «EWG-Verordnung».

⁹ Fallo «Les Verts» del TJCE, Rec. 1986, pgs. 1393 y 1365; véase también en otros fallos: Rec. 1991, pg. I-6079-EWR I, I-6102; «Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft» como también Rec. 1996, pg. I-1759, I-1789-EMRK-Gutachten.

¹⁰ IPSEN: *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, pgs. 975 en adelante; Véanse también referente al carácter constitucional del Derecho Comunitario primario, pg. 64 en adelante.

¹¹ IPSEN: *Europäische Verfassung-Nationale Verfassung*, EuR 1987, pg. 196; Crítica hacia «...etatistischen Verengung des Verfassungsbegriff...», también SCHWARZE: *Auf den Wege zu einer Europäischen Verfassung-Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht*, DVBl 1999, pg. 1682; parecido TSATSOS: *Zum Prinzip einer gemeineuropäischen Verfassungsverantwortung*, Instituto «Walter Hallstein» de Derecho Constitucional Europeo (ed.), «Grundfragen der europäischen Verfassungsentwicklung», 2000, pgs. 123 en adelante.

¹² Referente a Francia véase FLAUSS: *Auf dem Wege zu einer Europäischen Verfassung-Wechselwirkung zwischen europäisches und nationalem Verfassungsrecht aus französischer Sicht*, Eur Suplemento 1/2000, pg. 31; y del mismo autor: *Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen*, RUDH 7 (1995), pgs. 657-468; Véanse para un resumen del mismo autor, *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung. Das Ineinandergreifen von nationalem und europäischem Verfassungsrecht*, SCHWARZE (ed.), «Rapport français», 2000, pgs. 103 en adelante; BOULOUIS: *Droit Institutionnel de l'Union européenne*, Quinta Edición 1995, pg. 39; SIMON: *Le système juridique communautaire*, 1997, pgs. 33 en adelante, describe el «système constitutionnel communautaire». Para CHALTIEL: *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français*, 2000, pgs. 327 en adelante, sin embargo, incluso el Tratado de Amsterdam es «...en effet loin de consacrer une véritable Constitution européenne...»;

división de opiniones a la hora de definir qué sea o deba ser el Derecho constitucional de la Unión¹³. ¿Está en proceso de llegar a ser algún día¹⁴ o existe ya? Ordinariamente, el Derecho originario de la Comunidad Europea o de la Unión es caracterizado como Constitución¹⁵. Por otra parte, no fal-

Referente a Irlanda véase TEMPLE LANG: *The Widening of Constitutional Law*, CURTIN y O'KEEFFE (eds.), «Constitutional Adjudication in European Community and National law, Essays for the Hon. Mr. Justice T. F. O'HIGGINGS», 1992, pgs. 229 y 244 en adelante, donde –considerando la Convención Europea de Derechos Humanos– incluso se habla de tres Constituciones. En lo referente a Gran Bretaña, véase HARDEN: *The constitution of the European Union*, Public Law 1994, pg. 613, que es una contribución para un coloquio británico-francés sobre «The European Constitution and National Constitutions» en Londres en 1994. Véanse también MACCORMICK: *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, 1999, pgs. 137 en adelante y 140, que la describe como «mixed constitution» (pgs. 145 en adelante). Para una visión del desarrollo de la misma, véase LORD SLYNN OF HADLEY: *The Contribution of National Constitutions to the Development of a Bi-Level Constitutional System: United Kingdom*, BATTIS y KUNIG y PERNICE y RANDELZHOFFER (eds.) 2000, «Das Grundgesetz im Prozess europäischer und globaler Verfassungsentwicklung», pg. 42.

¹³ Véase las diferencias y pruebas en GERKRATH: *Bibliographie de Droit Constitutionnel Européen*, RUDH, 1995, pgs. 451 en adelante.

¹⁴ Así referido por HÄBERLE: *Verfassungsrechtliche Fragen im Prozess der Europäischen Einigung*, EuGRZ, 1992, pg. 434: «...das werdende Europaverfassungsrecht...»; CONSTANTINESCO: *L'émergence d'un droit constitutionnel européen/Rapport de synthèse*, RUDH, 1995, pgs. 445 en adelante 445; GERKRATH: *L'émergence*, op. cit.

¹⁵ Véase el fallo del BverfG, Rec. 22, pgs. 293 y 296; OPPERMANN: *Europarecht*, Segunda edición, 1999, Apartados 475: «...constitución de la CE...», y 617 «...Verfassungsrechtliche Gründungsakte...»; BIBER: *Verfassungsentwicklung der Europäischen Union: Autonomie oder Konsequenz staatlicher Verfassungsentwicklung*, GRAFF y RIEDEL (eds.), «Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union», 1998, pgs. 209 en adelante; RESS: *Les incidences du droit constitutionnel de la Communauté européenne sur les droits constitutionnels nationaux, en particulier sur la Loi fondamentale allemande*, RUDH, 1995, pg. 435; SCHWARZE: *Auf dem Wege*, op. cit., pg. 1681; BADURA: *Die föderative Verfassung der Europäischen Union*, FESTSCHRIFT HECKEL, 1999, pg. 699; TSATSOS y SCHIFFAUER: *Parlamente und Wissenschaft im Prozess der Verfassunggebung*, KLOEPFER y PERNICE (eds.), «Entwicklungsperspektive der europäischen Verfassunggebung im Lichte des Vertrags von Amsterdam», 1999, pgs. 78 en adelante: «...Verfassungsqualität...»; ÖHLINGER: *Verfassungsrechtliche Aspekte eines Beitritts Österreichs zu den EG*, 1988, pg. 14; PERNTHALER: *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, segunda edición 1996, pg. 29; FERNÁNDEZ ESTEBAN: *The rule of law in the European Constitution*, 1999, pgs. 7 en adelante; JACQUÉ: *La Constitution de la Communauté européenne*, RUDH 1995, pg. 423; BOULOUIS: *Droit institutionnel*, op. cit., pg. 3: «...La constitution de l'Union européenne est formée par l'ensemble des règles qui la fondent, aménagent ses organes, déterminent ses compétences et garantissent les libertés de ses citoyens...»; véase también WEILER: *The European Union, Enlargement, Constitutionalism, and Democracy*, Instituto «WALTER HALLSTEIN» de Derecho Constitucional Europeo (ed.), «Verfassungsrechtliche Reformen zur Erweiterung der Europäischen Union», 2000; RODRÍGUEZ IGLESIAS: *Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung*, NJW 1999, pg. 2, refiriendo al fallo del TCJE «EMRK-Gutachten», Rec. 1969, I-1759: «...Änderung der Gemeinschaftsverfassung nicht durch Gesetzgebung aufgrund der Generalklausel des Art. 235 EGV...»; PIRIS: *L'Union européenne a-t-elle une constitution? Lui en faut-il une?*, RTDeur. 35 (1999), pgs. 605 en adelante; SCHORKOPF: *Homogenität in der Europäischen Union-Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV*, 2000, pg. 219; según PAULY y SIEBINGER: *Der deutsche Verfassungsstaat*, ELLWEIN y HOLTSMANN (eds.), «50 Jahre Bundesrepublik Deutschland. Rahmenbindungen-Entwicklungen-Perspektiven», 1999, pg. 88, esto no es de ningún modo conforme con el «tér-

tan iniciativas, del Parlamento Europeo entre otros¹⁶, para dotar a Europa de una auténtica Constitución¹⁷. En fin, bajo la influencia de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades¹⁸ se desarrollan estándares de un *Derecho constitucional común europeo*¹⁹ que irradian a la interpretación del Derecho constitucional de los Estados.

Por lo que a mí respecta, una Constitución europea ya la tenemos. Yo la encuentro en la unión de los planos constitucionales europeo y estatal. El Derecho constitucional europeo y de los Estados forma dos planos de un sistema ligado jurídico-material, funcional e institucionalmente en una unidad. Los elementos *intergubernamental* y *supranacional* de la Unión Europea se complementan en el plano constitucional europeo²⁰.

mino moderno de la Constitución»; BEAUD: *Propos sceptiques*, op. cit., pg. 157: «...wishful thinking...».

¹⁶ Véase especialmente SPINELLI: *Entwurf von 1984*, EA 1984 D, pgs. 209 en adelante; y compárese al respecto con DASTOLI y PIERLUCCI: *Verso una costituzione democratica per l'europa. Guida al trattato di unione europea*, SCHWARZE y BIEBER (eds.), «Eine Verfassung für Europa», 1984; PERNICE: *Verfassungsentwurf für eine Europäische Union*, Eur 1984, pg. 126; IPSEN: *Europäische Verfassung*, op. cit., pg. 211; véase también SCHNEIDER: *Der Vertragsentwurf und der Föderalismus*, *Integration* 1/1984, pg. 9, quien considera la «...schlichte Übernahme nationalstaatlicher Modelle problematisch»; una segunda propuesta fue presentada en la ponencia de HERMAN, RUDH 1995, pgs. 457 en adelante; al respecto véase la Resolución del Parlamento Europeo del 10.02.1994, con el texto de la propuesta de una Constitución de la Unión Europea, RUDH 1995, pgs. 461 en adelante.

¹⁷ Véase los lineamientos generales de HERTEL: op. cit., pg. 22.

¹⁸ Véase al respecto FLAUSS: *La contribution de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme a la formation d'un droit constitutionnel européen*, RUDH, 1995, pg. 375: «...La promotion d'une superconstitutionnalité...». Véase también la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, LOIZIDOU/TURQUIA; A. 310, apartados 70, 75, 93, que describe la Convención como «...constitutional instrument of European Public order...», RUDH 1991, pg. 201, ítem 22; Véanse también RESS: *Die EMRK und das europäische Gemeinschaftsrecht*, ZEuS 1999, pgs. 471 en adelante; HOFFMEISTER: *Die EMRK als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung für Deutschland*, *Der Staat* 2001, 349; BOGDANDY: *Zweierlei Verfassungsrecht*, op. cit., pg. 169, incluso habla de «Europäisierung durch die EMRK».

¹⁹ Fundamentalmente: HÄBERLE: *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, EuGRZ 1991, pgs. 261 en adelante; véase también del mismo autor *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, BIEBER y WIDMER (eds.), «L'espace constitutionnel européen. Der europäische Verfassungsraum. The European constitutional area», 1995, pgs. 361 en adelante; HEINTZEN: *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union*, EuR 1997, pgs. 1 en adelante.

²⁰ Respecto a consideraciones de la misma como unidad véase BOGDANDY y NETTESHEIM: *Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung*, EuR 1996, 1; parecido, DE WITTE: *The pillar structure and the nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral*, HEUKELS, BLOKKER y BRUS (eds.), «The European Union after Amsterdam. A legal analysis», 1998, pgs. 51 en adelante; KOENIG: *Die Europäische Union als bloßer materiell-rechtlicher Verbundrahmen*, BOGDANDY y EHLERMANN (eds.), «Konsolidierung und Kohärenz des Primärrechts nach Amsterdam», EuR Suplemento 2/1998, pgs. 139 en adelante: «...kohärenter Unionsrechtsverbund...»; KADELBACH: *Einheit der Rechtsordnung als Verfassungsprinzip der Europäischen Union?*, BOGDANDY y EHLERMANN (eds.), «Konsolidierung», ítem 51, pgs. 59 en adelante; VEDDER: *Die Unterscheidung von Unionsrecht und Gemeinschaftsrecht nach dem Ver-*

Esta tesis de la unidad del Derecho constitucional europeo responde a un concepto funcional de Constitución. Desde el Congreso de Kiel, de 1964, la doctrina anda pidiendo una *Ciencia integrada de los poderes públicos que comprenda a las Comunidades Europeas y a los Estados*²¹, un nuevo concepto de *Constitución* (BADURA)²², nuevos modelos dogmáticos²³ y, como dice HESSE, *nuevos caminos de la teoría constitucional*²⁴. En el horizonte posnacional (HABERMAS)²⁵ y sobre el fondo de la europeización y de los desafíos mundiales, trataré, apoyándome en autores irlandeses y británicos²⁶, de esbozar una teoría posnacional de la Constitución, que deje atrás la *estrecha remisión del*

trag von Amsterdam, MÜLLER-GRAFF y SCHWARZE (eds.), «Rechtsschutz und Rechtskontrolle nach Amsterdam», EuR Suplemento 1/1999, pg. 739; GRILLER: *Die Unterscheidung von Unionsrecht und Gemeinschaftsrecht nach Amsterdam*, ítem 45 en adelante, pg. 72, él no atribuye a la Unión personalidad jurídica, pero sí persiste en la separación entre los derechos de la Unión y de las Comunidades.

²¹ KAISER: op. cit., pg. 26.

²² BADURA: op. cit., pg. 95: la supremacía del derecho de la CE, que representa una comunidad de derecho, introduce «...auch der Verfassung ein nichtstaatliches und übernationales Konstruktionselement ein, verlagert damit den Verfassungsprozeß partiell auf eine nichtstaatliche und übernationale Ebene und zwingt so zu einem Neudurchdenken des Verfassungsbegriffs...».

²³ Véase IPSEN: op. cit., pg. 211; THÜRER: *Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft*, VVDStRL 50 (1991), pg. 99, reivindica una: «...das Staatsrecht, Gemeinschaftsrecht und Völkerrecht zusammenordnende Theorie...»; véase también DI FABIO: *Das Recht offener Staaten*, 1998, pg. 139, que ve a la UE como «...Objekt theoretischer Durchdringung... wie kein zweites...».

²⁴ HESSE: *Die Welt des Verfassungsstaates, Einleitende Bemerkungen zu dem Baden-Badener Kolloquium am 13./14. Mai 1999 zum 60. Geburtstag von Peter Häberle*, 1999, pg. 6; en este sentido véase también HÄBERLE: *Europäische Verfassungslehre ein Projekt*, HÄBERLE, MORLOK y SKOURIS (eds.), «Staat und Verfassung in Europa», 2000, pg. 9.

²⁵ HABERMAS: *Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie*, HABERMAS (ed.), «Die postnationale Konstellation», Politische Essays, 1998, pgs. 91 en adelante. Palabras claves pueden ser: Globalización, pgs. 105 en adelante; Autolegisador, pg. 152, sobre la base de la Inclusión, es decir una «...Politik der Anerkennung...» e inclusión de los demás, pg. 112 en adelante; Solidaridad en las bases del patriotismo constitucional, pgs. 114 en adelante; democracia posnacional, pgs. 134 en adelante; No una «...Nation Europa...», sino solidaridad de los ciudadanos europeos, pg. 154; para la UE «... Charta in der Art eines Grundgesetzes» como condición legitimatoria para la democracia posnacional (pg. 151), Estado federal europeo (pgs. 137, 150, 156) asumiendo que «kollektive Identität jenseits der Grenzen einer Nation» como «Legitimitätsbedingung(en) für eine postnationale Demokratie...» sea posible (ítem 136). Véanse también ZÜRN: *The State in the Post-National Constellation-Societal Denationalization und Multi-Level Governance*, ARENA Working Papers WP 99/35, y en internet en www.arena.uio.no; SCHUPPERT: *Demokratische Legitimation jenseits des Nationalstaates. Einige Bemerkungen zum Legitimationsproblem der Europäischen Union*, HEYDE y SCHABER (eds.), «Demokratisches Regieren in Europa? Zur Legitimation einer europäischen Rechtsordnung», 2000, pgs. 76 en adelante: «...Die postnationale Konstellation oder die EU als dynamisches Mehrebenensystem...».

²⁶ Véase CURTIN: *Postnational Democracy. The European Union in search of a political philosophy*, 1997, pgs. 51 en adelante: «...“postnational” is meant to express the idea that democracy is possible beyond the nation-state»; véase también SHAW: *Postnational constitutionalism in the European Union*, Journal of European Public Policy, 1999, pgs. 586 en adelante.

*concepto de constitución al estado*²⁷ y que comprenda tanto el Derecho constitucional europeo como el nacional (II)²⁸. Sobre tales bases, comentaré a renglón seguido el concepto de *liga constitucional europea* (III) y, finalmente, mostraré algunos de las consecuencias jurídicas (IV).

II. EL CONCEPTO POSNACIONAL DE CONSTITUCIÓN

El intento de caracterizar como posnacional a una teoría de la Constitución o a un concepto de la misma debe mostrar claramente que dejamos atrás la idea tradicional de Ley fundamental y hacer justicia a los cambios experimentados por el objeto clásico de la *carta magna*, el Estado: de modo semejante a cómo la mundialización demanda nuevos instrumentos de la dirección pública de los asuntos, es decir, una política que trascienda el marco nacional, el concepto posnacional de Constitución deja atrás el Estado y la nación en sentido clásico.

Sobre el particular hay unanimidad: la *estatalidad* se ha visto relativizada de hecho y de Derecho²⁹. Para TOMUSCHAT, la idea del Estado soberano es un anacronismo³⁰. *Un proceso europeo de desestatalización* hace de los Estados *sistemas políticos constitucionales integrados*, según HOFMANN; si bien no cabe decir que *el Estado haya muerto, sí se ha visto desmitificado, desencantado*³¹. Entretanto, en fórmulas como la de *Estado constitucional cooperativo* (HÄBERLE) o abierto a la cooperación (HOBE) hasta la de *estatalidad integrada* (HILF)³² se generaliza como principio estructural del Estado (KAUFMANN)³³ la idea de la estatali-

²⁷ Véase la crítica de SCHWARZE: *Auf dem Wege*, op. cit., pg. 1682.

²⁸ En esta misma dirección véase las ideas de MORLOK: *Möglichkeiten und Grenzen einer europäischen Verfassungstheorie*, Düsseldorf Rechtswissenschaftliche Schriften, JURISTISCHE FAKULTÄT DER HEINRICH HEINE-UNIVERSITÄT DÜSSELDORF (ed.), tomo 1, 1998, pgs. 118 en adelante; véase también HÄBERLE: *Europäisches Verfassungslehre-Ein Projekt*, HÄBERLE (ed.), «Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien», 1999, pg. 11. Demasiado estrecho, por que sólo hace referencia a la UE: BOGDANY: *Skizzen einer Theorie der Gemeinschaftsverfassung*, DANWITZ Y OTROS (eds.), «Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit», 1993, pgs. 24 en adelante; en la misma dirección la contribución de HERTEL: *Beitrag zur Entwicklung einer Europäischen Verfassungstheorie*, Normativität, op. cit., pgs. 233 en adelante. Véanse también DI FABIO: *Eine Europäische Charta*, Juristenzeitung 2000, pg. 739.

²⁹ ISENSEE: *Nachwort: Europa-die Politische Erfindung eines Erdteils*, en ISENSEE (ed.), «Europa als politische Idee und als rechtliche Form», 1993, pg. 134.

³⁰ TOMUSCHAT: *Die Internationale Gemeinschaft*, Archiv des Völkerrechts 33 (1995), pg. 20: «...Die wachsende Interdependenz zwischen allen Staaten und Völkern läßt den souveränen Staat, der seine Entscheidungen in selbstverantworteter Herrlichkeit trifft, zunehmend zu einem Anachronismus werden...»; Véase también WALTER: *Die Folgen Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion*, DVBI 2000, pg. 7.

³¹ HOFMANN: *Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung*, Juristenzeitung 1999, pg. 1067.

³² HILF: «VVdStRL 53», en *Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, 1994, pg. 8.

³³ KAUFMANN: *Integrierte Staatlichkeit als Staatsstrukturprinzip*, Juristenzeitung 1999, pgs. 814 en adelante; en lo referente al concepto de «integrada Staatlichkeit» véase HILF: *Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten*, Gedächtnisschrift Grabitz, 1995,

dad abierta (VOGEL)³⁴. El concepto de Constitución no puede, así, por menos de verse afectado. La referencia exclusiva del concepto de Constitución al Estado, ¿viene solamente determinada por la Historia?³⁵. Si es cierto que, como dice ISENSEE, la Constitución de la Unión Europea se diferencia formal y materialmente de una Constitución estatal³⁶, ello no impide a que pueda ser Constitución. Que conceptualmente no sea necesaria la referencia exclusiva al Estado, se infiere de un repaso a otros Estados miembros y a la pregunta sobre las funciones de la Constitución.

1. El concepto de Constitución en el Derecho comparado

En la doctrina alemana, Constitución es el orden jurídico fundamental del Estado³⁷. En otros países europeos, el Estado no ocupa una posición tan determinante: en Francia, el centro lo ocupa la *nation*; en Inglaterra, la *society* es la magnitud teórica fundamental, el Estado carece de identidad jurídica, no es un concepto jurídico³⁸. Según se ponga el acento, así se determina el concepto de Constitución. La voz *Constitution* apunta más fuertemente a un acto creador que el término *Verfassung*, referido más bien a algo existente.

De ahí que en la bibliografía inglesa se coloque en primer plano las

pg. 164. Del mismo autor: «VVDSIRL 53», en *Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?*, 1994, pg. 8; véase también BADURA: *Föderative Verfassung*, op. cit., pg. 697.

³⁴ VOGEL: *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964, pgs. 33 en adelante.

³⁵ Véase especialmente HERTEL: *Supranationalität*, op. cit., pg. 59; también GRIMM: *Verfassung*, op. cit., pg. 584; TSATSOS y SCHIFFAUER: *Parlamente*, op. cit., pg. 78.

³⁶ ISENSEE: *Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte*, Festschrift Stern, 1997, pg. 1263 con la nota al pie núm. 83.

³⁷ Véase KÄGI: *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945; GRIMM: *Die Zukunft der Verfassung, Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, PREUB (ed.), 1994, pg. 291; STERN: *Staatsrecht*, op. cit., pg. 78: «...Verfassung ist die höchstrangige normative Aussage über die Grundprinzipien der Herrschafts- und Wertordnung im Staat...». HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Edición núm. 20, 1999, Apartados 17 en adelante, que hace referencia a los conceptos de Estado y Sociedad; a continuación véase también SCHWARZE: *Deutscher Landesbericht*, SCHWARZE (ed.), «Entstehung», op. cit., pg. 109. MAURER: *Staatsrecht*, 1999, Apartado 32, llama a la Constitución «besonderes Gesetz» (ley especial), en el que el derecho nacional está reglamentado.

³⁸ BIRKINSHAW: *British Report*, SCHWARZE (ed.), «Entstehung», op. cit., pg. 205: «...the peculiar position of the statutes of constitutional law in the EU, the absence of a written constitution and entrenched Bill of Rights and the fact that in British law the “state” has no legal identity and is not a legal concept...»; véase también de este autor, *European Integration and United Kingdom Constitutional Law*, ANDENAS (ed.), English Public Law and the Common Law of Europe, 1998, pg. 260; ALLOTT: «CMLRev. 34», en *The crisis of European Constitutionalism. Reflections on the Revolution in Europe*, 1997, pg. 451: «...no conception of the State in the internal sense. There is no “British State”»; DICEY: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885, Décima Edición 1959, pg. 23: «...Constitutional Law, as the term is used in England, appears to include all rules which directly or indirectly affect the distribution or the exercise of the sovereign power in the state...».

reglas y *arrangements* para el gobierno del país³⁹. La Constitución es un instrumento que crea un nuevo sistema jurídico, no derivado en su validez de otro sistema jurídico; decisivo es en la Constitución su carácter creador, originario⁴⁰. Que en Inglaterra no haya Constitución escrita se explica, porque los británicos no han querido introducir un poder público separado sistemáticamente o diferente a cualquier otro poder social⁴¹. En Francia la *nation* es nuclear. SIEYÈS refiere el concepto de *Constitution* a la creación de un *corps* mediante la Constitución⁴². En la doctrina actual, se considera *constitution* el código de las condiciones del ejercicio del poder tanto hacia el interior del territorio como hacia las relaciones internacionales con respeto de la soberanía del pueblo⁴³. En Bélgica, si bien se hace referencia al Estado, éste es constituido mediante la Ley fundamental, lo que se explica por razones históricas⁴⁴. Cuando en la publicística europea otros autores definen la Constitución más fuertemente referida al Estado, no acaba de estar claro, si la Constitución da

³⁹ MUNRO: *Studies in Constitutional Law*, Segunda Edición 1999, pg. 1: «...constitution in the original sense of the word, by which is meant the body of rules and arrangements concerning the government of the country...».

⁴⁰ HARTLEY: *Constitutional Problems of the European Union*, 1999, pg. 179. Además WATSON: *The British Constitution and Europe*, 1959, pg. 65: «...the whole complex of usages and practices governing the sovereignty of the British Parliament...».

⁴¹ ALLOTT: *Crisis*, op. cit., pg. 449.

⁴² SIEYÈS: *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, 1790, pg. 66: «...Il est impossible de créer un corps, pour une fin sans lui donner une organisation, des formes et des lois propres à lui faire remplir les fonctions auxquelles on a voulu le destiner. C'est que l'on appelle la constitution de ce corps. Il est évident qu'il ne peut pas exister sans elle. Il l'est donc aussi que tout gouvernement commis doit avoir sa constitution...»; véase también VATTEL: *Le Droit des Gens*, 1758, Capítulo 3, párrafo 27: «...die grundlegende Regelung, welche die Art und Weise bestimmt, in der die öffentliche Autorität ausgeübt werden soll. In ihr wird die Form sichtbar, unter welcher die Nation als politische Körperschaft handelt; wie und durch wen ein Volk regiert werden soll, welches die Rechte und Pflichten der Regierenden sind. Die Verfassung ist im Grunde nichts als die Bestimmung der Ordnung, in welcher eine Nation sich vorsetzt, gemeinschaftlich die Zwecke und Vorteile der Politischen Gesellschaft zu erreichen...». Al respecto, STERN: *Staatsrecht*, op. cit., pg. 69.

⁴³ BEAUD: *La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht*, RFDA 1993, pg. 1046; Véanse también FLAUS: *Rapport français*, op. cit., pg. 26.

⁴⁴ DELPÉRÉE: *Droit Constitutionnel, tome I, les données constitutionnelles*, Segunda Edición 1987, pgs. 13 en adelante: Constitución como «...die originäre juristische Regel, die eine oder mehrere politische Gesellschaften, die einen Staat begründen wollten, sich gegeben haben, um eine wirksame Erfüllung des öffentlichen Wohls zu ermöglichen. Sie konstituiert den Staat rechtlich, ist Organisation, Grundgesetz des Staates, regelt die Entwicklung des Rechts, institutionalisiert die Gewalten und bestimmt das Verhältnis zu den Individuen...» (traducido por el autor); Véanse también, FERNÁNDEZ ESTEBAN: *The Rule of Law*, op. cit., pg. 9: «...Verfassung als Metanorm der Schöpfung, Anwendung und Interpretation von Rechtsnormen, als norma normarum, sie konstituiert aber auch das Gemeinwesen, die "polity" und ist Ausdruck bestimmter fundamentaler Werte...»; semejante GARRORENA MORALES: «Cuatro tesis y un corolario sobre el derecho constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1997, pg. 37: «... Constitución entendida como norma fundamental del Estado cuya pretendida cualidad diferencial consiste precisamente en "constituir" la comunidad política...».

origen al Estado o si lo tiene como presupuesto⁴⁵. Hay diversidad de opiniones, la referencia de la Constitución al Estado aparece con frecuencia circunstancialmente, no haciéndose de ella un tema propio de reflexión y análisis. De ahí que creamos más procedente orientar nuestra aproximación a las funciones de la Constitución.

2. Funciones de la Constitución

¿Cuáles son las funciones esenciales de la Constitución? El constitucionalismo clásico presupone la existencia de un poder a ordenar y limitar, mediante, de un lado, la división de poderes, de otro, la protección frente al Estado de las libertades y otros derechos fundamentales⁴⁶. Dentro del Derecho público, STERN se limita expresamente a un concepto de Constitución *para abordar las tareas que se plantea la Ciencia del Derecho público*⁴⁷. Al constitucionalismo moderno⁴⁸ corresponde más bien la función de constituir autoridad, competencia, poder público y responsabilidad, en su

⁴⁵ FERNÁNDEZ VEGA y MARISCAL DE GANTE y MIRÓN: *Diccionario de la Constitución*, 1983, pg. 78: «...designa el conjunto de reglas relativas a la organización y a la actividad del Estado...»; UTTENDAELE: *Institutions fondamentales de la Belgique*, 1997, pg. 11, indica que en Bélgica, el Estado existió antes de la Constitución; VELU: *Droit public*, tomo I, 1986, pg. 146: «...la constitution est l'ensemble des règles juridiques essentielles régissant au sein de l'Etat l'organisation, le fonctionnement et les attributions des organes supérieurs de la puissance publique ainsi que le contenu et les garanties des droits fondamentaux...»; En lo referente a la sustituibilidad de los conceptos de derecho constitucional y del Estado véase: KORTMANN: *Constitutioneel recht*, 1997, pg. 3 con la nota al pie núm. 1, quien admite una preferencia del «constitutioneel recht» por sus funciones constituyentes. Para el caso de Irlanda véase DOOLAN: *Constitutional Law and Constitutional Rights in Ireland*, Tercera Edición 1994, pg. 2: «...The constitution will usually locate, confer, distribute and limit authority and power among the organs of government of a state...»; MORGAN: *Constitutional Law of Ireland. The Law of the Executive, Legislature and Judicature*, 1990, pg. 11; MURPHY y TWOMEY: «1937-97, Collected Essays», en *Ireland's Evolving Constitution*, 1998, Introducción, vii: «...Constitutions are codes of norms, which aspire to regulate the allocation of powers, functions, and duties among the various agencies and officers of government, and to define the relationship these and the public...».

⁴⁶ TURPIN: *British Government and the Constitution. Text, Cases and Materials*, Cuarta Edición 1999, pg. 18: «...the idea of constitutionalism of a constitutional order which acknowledges the necessary power of government while placing conditions and limits upon its exercise...»; véase también CHUBB: *The Politics of the Irish Constitution*, 1991, pgs. 5 y siguiente. En lo referente al desarrollo del concepto de Constitución véanse STERN: *Staatsrecht*, op. cit., pgs. 63 en adelante: él entiende el término de Constitución como «...ein kongenialer Begriff...».

⁴⁷ STERN: *Staatsrecht*, op. cit., pg. 70, frente al término de Constitución que se derive de las ideas de VATTEL: «...abstrakt, zeitlos...».

⁴⁸ CHUBB: *The Politics*, op. cit., pg. 6: «...Modern constitutionalism, with the emerging liberalism whose ideology it shares, predicates naturally free, apolitical, and rights bearing individuals who need and therefore establish governments that they can, may and should control...»; véase también SIEYÈS: *Tiers Etat*, op. cit., pgs. 66 en adelante; y del mismo autor: *Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, SIEYÈS (ed.), *Ecrits politiques*, pg. 198: «...La constitution embrasse à la fois la formation et l'organization intérieures des pouvoirs publics...».

caso, el Estado mismo⁴⁹, organizar todo ello⁵⁰ y legitimar las consiguientes decisiones⁵¹. De ahí que, conforme a HÄBERLE, sólo haya tanto Estado como la Constitución establezca⁵². KORTMANN describe acertadamente tres funciones esenciales de la Constitución: constituye las instituciones, asigna competencias y regula y modera las relaciones tanto entre los poderes como entre los mismos y los ciudadanos⁵³.

Cuando, como hace BATEL⁵⁴, se sustituye el concepto *poder estatal* por el de poder público, se mantienen los elementos funcionales decisivos⁵⁵: constitución originaria, legitimación, organización y limitación o delimitación del poder público frente a los ciudadanos, Constitución como *autolegislación*⁵⁶. El rasgo de poder público le distingue del concepto de consti-

⁴⁹ En este sentido véase ya Kelsen: «Revue du Droit Public et de la Science Politique», en *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, 1928, pg. 204: «...principe suprême déterminant l'ordre étatique tout entier et l'essence de la communauté constituée par cet ordre...». Véanse también GRIMM: *Entstehung und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus*, GRIMM (ed.), «Die Zukunft der Verfassung», 1991, pg. 37; HAVERKATE: *Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, 1992, pgs. 40 en adelante; MORLOK: *Was heisst und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, 1998, pg. 118; HESSE: *Grundzüge*, op. cit., Apartado 16; HÄBERLE: *Europa-Eine Verfassungsgemeinschaft?*, HÄBERLE (ed.), «Einzelstudien», op. cit., pg. 90; DOOLAN: *Constitutional Law*, op. cit., pg. 2: «...The purpose of a constitution, apart from establishing the State and its institutions, is to limit the powers of government...».

⁵⁰ WALTER: *Globalisierung*, op. cit., pgs. 8 en adelante, con la diferenciación especial de las funciones de organización, legitimación, delimitación (en cuanto a los derechos fundamentales) e integración.

⁵¹ *Constitutional documents of Sweden*, SWEDISH RIKSDAG (ed.), 1995, pgs. 9 y siguiente.

⁵² Véase HÄBERLE: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Segunda Edición 1998, pg. 620; y del mismo autor, *Europäische Verfassungslehre*, op. cit., pg. 16; HOFMANN: *Von der Staatssoziologie zur Soziologie der Verfassung?*, *Juristenzeitung* 1999, pg. 1066; véase también SOBotta: *Das Prinzip Rechtsstaat*, 1997, pgs. 30 en adelante.

⁵³ KORTMANN: *Constitutioneel*, op. cit., pgs. 25 en adelante; con referencias al pensamiento clásico acerca de la formación del Estado y las instituciones a través de un tipo de contrato social, véase también VAN DER POT y DONNER: *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Edición Núm. 13, 1995, pg. 141; véase también MAJERUS: *L'État luxembourgeois*, 1990, pg. 43: «...La Constitution a pour objet de déterminer les bases constitutives de l'État, de garantir les droits et les libertés des citoyens et d'organiser les pouvoirs publics...»; CUOCOLO: *Istituzioni di diritto pubblico*, Sexta Edición, 1990, pg. 140: «...costituzione si indica il complesso delle norme –anche non scritte– per le quali uno stato è quello che è un determinato momento storico, norme che, appunto, lo costituiscono...»; LÓPEZ GUERRA: *Derecho Constitucional*, vol. I, Tercera Edición, 1997, pg. 19: la tarea tradicional de la Constitución es «...de organizar a la comunidad política española, de acuerdo con criterios que aseguren la ordenación estable de los poderes públicos y la libertad de los ciudadanos...» como hoy: «...sistema de valores...» (item 20, pgs. 31 en adelante).

⁵⁴ SIEYÉS: op. cit., pg. 66.

⁵⁵ WALTER: *Globalisierung*, op. cit., pgs. 5 y siguientes.

⁵⁶ En lo referente a la construcción de «auto-legislación» véase STERN: *Staatsrecht*, op. cit., pg. 75; HABERMAS: *Postnationale Konstellation*, op. cit., pg. 112 referente a la formación de lo mismo, pg. 97, «...Bevor eine Gesellschaft politisch auf sich selbst einwirken kann, muß sich ein Teilsystem ausdifferenzieren, das auf kollektiv bindende Entscheidungen spezialisiert ist...»; MORLOK: *Verfassungstheorie*, op. cit., pg. 116: «...Das Bezugsproblem der

tución en las organizaciones privadas; la nota de Derecho que crea relaciones jurídicas directas le diferencia de la constitución de organizaciones internacionales⁵⁷. La Constitución establece y legitima poder público limitado en el Estado y más allá del Estado. El concepto de Constitución está abierto a estructuras complementarias y supranacionales de integración política; ofrece respuesta a metas *post-nacionales*, que desbordan al Estado y a la nación.

3. Idea de la Constitución como proceso de autodeterminación organizada

¿Quién legitima la Constitución? La legitimidad puede fundarse hoy únicamente en la autodeterminación del individuo, con el soporte del respeto a la individualidad y a la diferencia, a los iguales derechos y libertades de los otros⁵⁸. Ambos tienen sus raíces en la dignidad humana; ambos se fundan en la idea del contrato social vía Constitución democrática de la comunidad política⁵⁹. La Constitución no es un fenómeno estático; más bien, es un orden de

Verfassung ist die Rechtfertigung und Begrenzung der institutionalisierten politischen Herrschaft...».

⁵⁷ Para la utilización del concepto de Constitución véase GERKRATH: *L'émergence*, op. cit., pgs. 99 en adelante; HERTEL: *Supranationalität*, op. cit., pgs. 61 en adelante; Respecto a las Naciones Unidas véase FABBENDER: *UN Security Council Reform and the Right of Veto. A constitutional Perspective*, 1998, especialmente pgs. 89 en adelante: «...The UN Charter as a Constitution...».

⁵⁸ En este sentido, HOFMANN: *Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?*, Juristenzeitung 1999, pg. 1069 hace referencia a la experiencia de la Revolución Francesa: «...Verfassung als das enthusiastische Pathos der Freiheit und der menschlichen Gleichheit. Diese Leidenschaft galt nur am Rande in einem negativen Sinne der Ausgrenzung und dem Schutz privater Freiräume, der Abwehr staatlicher Übergriffe. Was die Menschen überwältigte, war das positive Gefühl, durch eine Verfassung in einem allumfassenden Sinne zu Herren des eigenen Schicksals zu werden, allein und gemeinsam, jeder für sich und alle zusammen...».

⁵⁹ Véase también ISENSEE: *Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates. Stationen in einem laufenden Prozeß*, Juristenzeitung 1999, pg. 277: «...Ableitung der Staatsgewalt aus dem übereinstimmenden Willen aller Individuen über die Lehre vom Staatsvertrag. Der letzte und eigentliche Rechtfertigungsgrund ist der "Wille des Einzelnen"», «...Die Nation ist als Legitimationsgrund anerkannt. Diese aber leitet sich ab aus der individuellen Selbstbestimmung ihrer Angehörigen, also aus menschenrechtlicher Freiheit...». Vale la pena resaltar la crítica de HOLME: *Economic and Political Liberalism*, HASELER (ed.), *Britain's Constitutional Future*, 1991, pg. 139 sobre el sistema británico inflexible: «...The reason is that we have in Britain a constitution which derives its main legitimacy from history and tradition rather than from any contractual notion of the people banding together for their common purposes...». Crítica a la aproximación contractualista: FRANKENBERG: *Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft*, 1997, pg. 56, «...mit der Nuance, statt dessen von einer "grundlegenden Konvention" zu sprechen, wobei die "Verpflichtung zur Zivilität" aber doch auch "Resultat einer Übereinkunft ist, die immer nur temporär eingegangen wird, also jederzeit revisibel davon abhängt, dass die Beteiligten für sie eintreten"...». Esta mirada está a pesar de todo muy cerca a la idea presentada aquí.

integración política (SMEND)⁶⁰ que se desarrolla dinámicamente en el *plebiscito de todos los días*⁶¹ o un *proceso público de ciudadanos que cada día, de nuevo, se soportan recíprocamente y entran entre sí en una relación contractual*, como dice HÄBERLE⁶². La Constitución es estímulo y barrera⁶³ para la formación de unidad sin perjuicio de la diversidad⁶⁴, garantizada entre otros medios por los derechos fundamentales⁶⁵. La Constitución no es normatividad establecida unilateralmente sino, con palabras de HAVERKATE, orden de reciprocidad mediado por el Derecho⁶⁶, ciertamente, en sentido dinámico: la Constitución expresa el consenso de valores como resultado de procedimientos y, simultáneamente, de una continua integración, en la que se ponen de manifiesto, se negocian y se concilian las diferencias y contradicciones de grupos sociales⁶⁷.

De ese modo, cambian también los conceptos de soberanía y de Estado: la soberanía no es por más tiempo el poder (monárquico) absoluto del Estado o el poder originario de un mítico pueblo⁶⁸, sino que significa hoy autode-

⁶⁰ SMEND: *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, en: SMEND (ed.), «Staatsrechtliche Abhandlungen», Tercera Edición 1994, pgs. 136 en adelante, con las referencias de RENAN, que, por supuesto, hacen referencia al Estado. La Constitución es para él «Rechtsordnung des Staats, genauer ...seines Integrationsprozesses. Der Sinn dieses Prozesses ist die immer neue Herstellung der Lebenstotalität des Staates, und die Verfassung ist die gesetzliche Normierung einzelner Seiten dieses Prozesses...» (item, pg. 189), referente a la elasticidad y dinamismo véase el item 190, donde «...ihr System sich gegebenenfalls von selbst ergänzt und wandelt...». Véase también ISENSEE: *Rechtfertigung*, op. cit., pg. 277: «...Doch verbraucht sich der Wille des Einzelnen nicht unwiderruflich im gedachten Akt der Staatsgründung. Vielmehr muss er sich im tagtäglichen Plebiszit der nationalen Integration beweisen und erneuern, wenn er seine Legitimitätskraft bewahren soll...».

⁶¹ RENAN: *Qu'est-ce qu'une nation?*, Conférence faite en Sorbonne le 11 mars 1882, 1882, pgs. 26 en adelante: «...plébiscite de tous les jours...», cuya terminología es, por supuesto, influida por el concepto francés de la nación (ver nota el pie núm. 38).

⁶² HÄBERLE: *Europa*, op. cit., pg. 90; véase también de este autor, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Tercera Edición 1998.

⁶³ SMEND: *Verfassung*, op. cit., pg. 195.

⁶⁴ Referente a los paradigmas de «...liberté, égalité, fraternité...» que se convierten en el posmoderno a los del comunitarismo «...sécurité, diversité et solidarité...» véase DENNINGER: *Menschenrechte und Grundgesetz*, 1994; más contribuciones al mismo tema en *Sicherheit, Vielfalt Solidarität. Ein neues Paradigma des Verfassungsrechts?*, 1998, Ediciones Bizer y Koch; véase también FLEINER: *Verfassungsbegriff, Verfassungsziele und Verfassungscharakteristika in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und in der Europäischen Union*, MÜLLER-GRAFF y RIEDEL (eds.), «Verfassungsrecht», op. cit., pg. 23, con la consecuencia del «...Europa der Vielfalt der Kulturen...» (item 30).

⁶⁵ En lo referente a las funciones especiales de los «Grundrechte» para la «Verfassung der Vielfalt», véanse PERNICE: *Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union*, DVBl. 2000, pg. 850.

⁶⁶ HAVERKATE: *Verfassungslehre*, op. cit., pgs. 74 en adelante.

⁶⁷ Véase SHAW: *Postnational Constitutionalism*, op. cit., pgs. 586 en adelante, con una descripción de la «postnational dimension». El contraste del derecho como consenso de valor y como resultado de un proceso en lo cual se funda v. BOGDANDY: *Zweiertei Verfassungsrecht*, op. cit., pgs. 181 en adelante, no existe en la opinión de SHAW.

⁶⁸ HAVERKATE: *Verfassungslehre*, op. cit., pg. 37: «...Mythos Volk...» como «...schneidende Absage an demokratische Selbstbestimmung, da das Volk ...als metaphysische Größe aufgeführt wird, gegen den empirischen Volkswillen...».

terminación del individuo como elemento de la dignidad humana⁶⁹; el Estado no es un ser natural⁷⁰ sino una organización al servicio de determinados fines⁷¹, una pieza de autoorganización de la Sociedad⁷². Mediante la Constitución entendida como contrato un grupo humano residente en un determinado territorio se define como ciudadanos o como pueblo⁷³ de una comunidad política fundada en valores acordados, se dota de órganos, procedimientos, etc. para llevar a cabo determinados fines a definir mediante ciertos procedimientos y, autoreflexivamente, se hace a sí mismo titular del *pouvoir constituant*. PREUSS ha dicho acertadamente, *el proceso constituyente crea lo que la Constitución presupone, es decir, ciudadanos que se reconocen recíprocamente como iguales*⁷⁴.

III. LA LIGA EUROPEA DE CONSTITUCIONES

¿Qué resulta para Europa de lo anteriormente expresado? Que la Unión no sea un Estado y no cuente con un pueblo europeo⁷⁵ no es obstáculo a su

⁶⁹ Véase también ROUSSEAU: *La France*, MAUS y PASSELECQ (eds.), «Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales», 1998, pg. 39, el Estado no es el soberano, «...c'est le peuple ou la Nation qui disposent de ce pouvoir ultime de décision libre...».

⁷⁰ MARCIC: *Recht-Staat-Verfassung. Eine Einführung in die Grundbegriffe und in die österreichische Lebensordnung*, Recht Und Staat, 1970, Tomo I, pgs. 136 y siguiente.

⁷¹ Véase SALADIN: *Wozu noch Staaten. Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt*, 1995, pg. 45: «...gegen die Selbstzwecklichkeit des Staats...», y véase también ítem 100: «...Er ist nicht Selbstzweck ...Der moderne Rechtsstaat ist Zweckgebilde, und er ist gerechtfertigt vor allem, sofern und soweit er seine Zwecke erfüllt...».

⁷² Véase también HESSE: *Grundzüge*, op. cit., Apartado 9, sobre la sociedad industrial.

⁷³ Véase HABERMAS: *Postnationale Konstellation*, op. cit., pg. 99: «...In den Grenzen des Territorialstaats konstituiert sich einerseits das Staatsvolk als potentielles Subjekt einer Selbstgesetzgebung demokratisch vereinigter Bürger, andererseits die Gesellschaft als das potentielle Objekt ihrer Einwirkung...»; véase además SIEYÈS: *Reconnaissance*, op. cit., pg. 198: «...La constitution d'un peuple n'est et ni peut être que la constitution de son gouvernement, et du pouvoir chargé de donner des lois, tant au peuple qu'au gouvernement... ce n'est point la Nation qu'on constitue, c'est son établissement public. La Nation est l'ensemble des associés...». En lo referente al concepto constitucional de «new constitutionalism» en este sentido, véase PREUB: *Einleitung: Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik*, PREUB (ed.), «Zur Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen», 1994, pgs. 27 en adelante. La crítica de BÖCKENFÖRDE: *Staat*, op. cit., pg. 136, que la presunción de la unidad del pueblo, «...dass wegen der schon vorausgesetzten Einheit Volk hierin ein Zirkelschluss liege, trägt nicht, wenn man auf den rechtlichen Akt der Verfassung abstellt».

⁷⁴ PREUSS: *Begriff der Verfassung*, op. cit., pg. 29; BEAUD: *Propos sceptiques*, op. cit., pg. 155: esta reflexión: «...relèvent plus du projet de la société que du droit positif...», pero ¿qué es el derecho positivo? Para la UE ítem 158: en primer lugar, lo que faltase es el poder constituyente, diciendo eso, BEAUD se pone de acuerdo con GRIMM, que un pueblo europeo todavía no existe (Véase también Nota al pie núm. 78.)

⁷⁵ KOENIG: *Verfassungsfähigkeit*, op. cit., pg. 274: «...Fehlen eines demokratisch verfassten und tatsächlich gelebten Bürgerverbundes...»; véase del mismo autor, *Anmerkungen zur Grundordnung der Europäischen Union und ihrem fehlenden Verfassungsbedürfnis*, NVwZ 1996, pgs. 549 en adelante; según BRYDE: *Le peuple européen and the European people*, Auer Y Flauss

capacidad constitucional. Los Tratados satisfacen las funciones esenciales que corresponden a una Constitución: constituyen, legitiman, organizan y limitan el poder público en la relación de los órganos entre sí y también frente a los individuos⁷⁶. Para GRIMM, Europa carece de un pueblo que se dote a sí mismo mediante la Constitución de capacidad de acción; el Derecho comunitario originario trae causa de los Estados-miembros y depende de los mismos: *mientras que las naciones se dan a sí mismas una Constitución, la Unión Europea recibe una Constitución de terceros*⁷⁷. El caso es, sin embargo, que los Estados no son *terceros* para sus ciudadanos. El Estado democrático es la organización de sus ciudadanos; sólo ellos tienen la capacidad de legitimar la comunidad supranacional, de ellos recibe su autoridad⁷⁸. La Unión es como el Estado una organización funcional a determinados fines; tanto la Unión como los Estados son instrumentos complementarios de autodirección política de la sociedad europea en trance de formarse⁷⁹.

Tal complementariedad corresponde a la construcción constitucional. En la sentencia sobre el Tratado de Maastricht, el *Bundesverfassungsgericht* subraya la apertura de la Grundgesetz para vinculaciones en la más estrecha organización jurídica de una Comunidad interestatal⁸⁰. Repetidamente ha hecho referencia el Tribunal Constitucional alemán a la conexión funcional, es decir, a la pinza normativa entre el Derecho europeo y el Derecho nacional⁸¹. No obstante la necesaria diferenciación y autonomía formal del Derecho europeo y del Derecho nacional, caracterizaré de ahora en adelante al sistema jurídico así fundado como *liga europea de Constituciones (Europäischer Verfassungssverbund)*⁸². Es decir, considero como proceso constitucional el desarrollo

(eds.), «Le Référendum Européen», 1997, pgs. 251, 261 en adelante, y 273, el concepto de un Pueblo Europeo sí puede ser utilizado para la totalidad de los ciudadanos de la Unión.

⁷⁶ GRIMM: «Stw&StP 6», en *Vertrag oder Verfassung*, 1995, pgs. 512 y 514: «...Allerdings fehlt es an einer solchen Rechtsbindung der von der Europäischen Gemeinschaft ausgeübten öffentlichen Gewalt nicht...»; STEINBERG: *Grundgesetz*, op. cit., pgs. 366 en adelante, muestra que también están cumplidos las «fünf Stufen der Verfassung»: Seguridad, Estado de derecho, Democracia, Estado Social y principios de ecología.

⁷⁷ GRIMM: *Vertrag*, op. cit., pg. 516; KOENIG: *Verfassungsfähigkeit*, op. cit., pg. 268.

⁷⁸ PIRIS: *Verfassung*, op. cit., pg. 327: «...Die EU bezieht ihre Autorität nicht unmittelbar von den Bürgern, sondern vielmehr von den Mitgliedstaaten...».

⁷⁹ Véase al respecto SHAW: *Postnational Constitutionalism*, op. cit., pgs. 587 en adelante.

⁸⁰ Fallo del BverfG, Rec. 89, pg. 183, MAASTRICHT.

⁸¹ Véase también fallo del BverfG, Rec. 52, pg. 200, ABSATZFONDS: «...Mitgliedstaatliche Rechstordnung und Gemeinschaftsrechtsordnung stehen nicht unvermittelt und isoliert nebeneinander; sie sind in vielfältiger Weise aufeinander bezogen, miteinander verschänkt und wechselseitigen Einwirkungen ...geöffnet...»; fallo del BverfG, Rec. 73, pg. 367, Solange II: «...funktionelle Verschränkung...» e item 384: «...normative Verklammerung...». Véase al respecto ZULEEG: *Föderative Grundsätze*, op. cit., pg. 2849.

⁸² En lo referente al concepto, véase PERNICE: *Bestandsicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung*, BIEBER y WIDMER (eds.), «Verfassungsraum», op. cit., pgs. 261 en adelante; y del mismo autor *Die Dritte Gewalt im Europäischen Verfassungssverbund*, EuR 1996, pg. 27. También del mismo autor, véase en: DREIER (ed.): *Grundgesetz Kommentar*, Segundo Tomo, 1998, Art. 23, Apartados 20 en adelante.

del Derecho europeo originario (1), sin perjuicio de la forma de tratado de Derecho internacional (2); el emergente Derecho constitucional europeo forma jurídico-materialmente una unidad con el Derecho constitucional nacional (3).

1. La Constitución de la Unión Europea como proceso

No solamente el concepto de Constitución sino también la Constitución vigente debe estar abierta, cuando se trata de fundar poder público supranacional, que complementa, por más que no sustituya, al Estado con su Constitución. Tal voluntad cobra expresión en la cláusula de integración. Originariamente, art. 24 I GG, ahora más precisa y adecuadamente por la remisión al art. 79 II y III GG, el art. 23 I GG abre a la *Grundgesetz* mediante la disposición para transferir competencias soberanas⁸³, a la fundación y desarrollo de la Unión Europea. Objetivo es una Europa unida, a la que, conforme reza el Preámbulo de la Ley Fundamental, el pueblo alemán quiere incorporarse. *Transferencia de competencias* puede ser concebida desde el Es-

Además véase HÄBERLE: *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, op. cit., pg. 396; SCHEUING: *Zur Europäisierung des deutschen Verfassungsrechts*, KREUZER, SCHEUING y SIEFER (eds.), «Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union», 1997, pg. 105; BIEBER: *Die Europäisierung des Verfassungsrechts*, items 71 en adelante y 93 en adelante; HEINTZEN: *Verfassungsrecht*, op. cit., pgs. 15 y siguiente; véase BOGDANDY: *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, 1999, pgs. 13 en adelante; STEINBERG: *Landesverfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrecht*, EICHEL y MÖLLER (eds.), «50 Jahre Verfassung des Landes Hessen», 1997, pg. 360, hace referencia al Bundestaar; véase del mismo autor «Zeitschrift für Rechtspolitik», en *Grundgesetz und Europäische Verfassung*, 1999, pg. 373; KADELBACH: *Einheit*, op. cit., pg. 58; THÜRER: «Integration», en *Föderalistische Verfassungsstrukturen für Europa-eine zweite Chance der Entfaltung*, 2000, pg. 92; ZULEEG: «Die Öffentliche Verwaltung», en *Frauen in die Bundeswehr*, 1997, pg. 1027; WAHL: *Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland. Die Europäisierung des Öffentlichen Rechts*, *Der Staat* 381, 999, pg. 500; EIJSBOUTS: *Review Essay: Classical and baroque constitutionalisms in the face of Europe*, *CMLRev.* 37, 2000, pg. 218; SCHORKOPF: *Homogenität*, op. cit., 220; WALTER: *Globalisierung*, op. cit., pg. 8; HERGENHAN: *Le fédéralisme allemand et la construction européenne*, *Notre Europe* (ed.), *Problématiques européennes* (núm. 5), 2000, pg. 31; GUTIÉRREZ-GUTIÉRREZ: *Un orden jurídico para Alemania y Europa, Teoría y Realidad constitucional 3*, 1999, pg. 218; BIAGGINI: *Die Idee der Verfassungs-Neuaufrichtung im Zeitalter der Globalisierung*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 119, 2000, pgs. 467 y siguientes; del mismo autor véase *Eine Verfassung für Europa? Perspektiven europäischer Verfassungstheorie*, *NZZ* núm. 264, del 11 y 12 de Nov., 2000, pg. 57; PERNICE y MAYER: «RTDeur. 36», en *De la constitution composée de l'Europe*, 2000, pgs. 631 en adelante.

⁸³ En lo que se refiere al concepto véase FLINT: «Para la interpretación del Artículo 23, párrafo 1, segunda oración, y artículo 24, párrafo 1, GG», en *Die Übertragung von Hoheitsrechten*, 1998, pg. 135, que en el Acta de Transferencia según Art. 23 I, 24 I GG, encuentra una situación análoga al derecho civil (Abtretung): «...Unter Übertragung von Hoheitsrechten ist die Übertragung von Hoheitsrechten, d. h. ihre Abtretung zu verstehen...»; RAUSER: «Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 24 I GG», en *Die Übertragung von Hoheitsrechten auf ausländische Staaten*, 1991, véase especialmente pgs. 45 en adelante; HUFELD: «Ein Beitrag zur Dogmatik der Verfassungsänderung», en *Die Verfassungsdurchbrechung. Rechtsproblem der Deutschen Einheit und der europäischen Einigung*, 1997; PERNICE: *Art. 23 GG*, op. cit., Apartados 82 en adelante.

tado en términos de delegación de autoridad⁸⁴; pero también cabe pensarla desde la perspectiva del individuo, es decir, del ciudadano como acto originario de confiar o asignar competencias⁸⁵ a los órganos creados por los Tratados⁸⁶. En la Ley parlamentaria transferidora de competencias y ratificadora de los Tratados se manifiesta, en sintonía con la voluntad de los ciudadanos de los otros Estados, la voluntad democrática de los ciudadanos de fundar y desarrollar la Unión⁸⁷. Bajo las condiciones y conforme a los procedimientos que fijan las cláusulas de integración, son los ciudadanos de los Estados miembros, quienes a través de sucesivos tratados, han constituido poder soberano supranacional, mediante la creación de órganos, los han dotado de competencias y ordenado recíprocamente, a fin de hacerlos capaces de decidir con fuerza normativa obligatoria para los Estados miembros, sus órganos y ciudadanos. Los ciudadanos establecen valores, fines y procedimientos para adoptar decisiones políticas y producir Derecho europeo, y definen su estatus jurídico como ciudadanos de la Unión. Al decidir el procedimiento para reforma de los tratados, los ciudadanos se hacen a sí mismos constituyentes e instancia legitimadora de la Unión.

De ese modo, los tratados europeos devienen, en medida mucho menos ficticia que las constituciones ordinarias, expresión de un *contrato social* euro-

⁸⁴ Véase especialmente FLINT: *Übertragung*, op. cit., especialmente pg. 141: «...Übertragung von Hoheitsrechten bedeutet Übertragung von Hoheitsrechten, d.h. Abtretung von Bestandteilen der Staatsgewalt ... "Übertragen" steht für Rechtsübertragung im klassisch privatrechtlichen Sinne...» y en ítem 151 en adelante: «...Ausdeutung als Abtretung von Hoheitsrechten...». En contra de los pensamientos de delegación, porque las competencias de la EC siempre son otras que las originalmente estatales: MASCIET: *Diskussionsbeitrag*, MAUS y PASSALECO (eds.), *Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales*, 1998, pg. 48.

⁸⁵ El Art. 7 VI de la Constitución Portuguesa postula «...Portugal pude ...convencionar o exercício à construa da uniao europeia...», la Constitución Belga postula en el Art. 25 más precisamente «attribuer», véase al respecto DELPÉRÉE: *La constitution belge, la constitution luxembourgeoise et le traité sur l'Union européenne*, *Annuaire de droit luxembourgeois*, 1992, pg. 20. HAMILTON, MADISON y JAY: *The Federalist Papers*, 1787/1988, Federalist Núm. 46: «...The federal and state governments are in fact but different agents and trustees of the people, instituted with different powers, and designated for different purposes...».

⁸⁶ Véase PERNICE: *Art. 23 GG*, op. cit., Apartados 82 en adelante; del mismo autor, *Konsolidierung*, op. cit., pgs. 224 en adelante; véase también el fallo del BverfG, Rec. 37, pg. 279, donde la versión «Übertragung von Hoheitsrechten» no puede ser tomado textualmente; v. SIMSON: *Diskussionsbeitrag*, *VVDStRL* 31, 1973, pg. 129: «...grenzüberschreitende Kompetenz, die neu geschaffen wird...»; SCHWARZE: *Ist das Grundgesetz ein Hindernis auf dem Weg nach Europa?*, *JuristenZeitung* 1999, pg. 638: «...Einbringung zur gemeinsamen Ausübung...»; véase también v. BOGDANDY: *The Legal Case for Unity: the European Union as a single Organization with a single legal system*, *CMLRev.* 36, 1999, pg. 899: «...this original authority is based on a collective act of the citizens (now of the Union) in which they constituted this authority through the relevant procedures set out in their national constitutions...»; véase también del mismo autor *Die Europäische Union als einheitlicher Verband*, BOGDANDY y EHLERMANN (eds.), «Konsolidierung», op. cit., pgs. 166 y 174.

⁸⁷ Véase también las indicaciones en cuanto a los «legitimierten Vertreter der europäischen Völker», que están detrás de los deseos acordados de los Estados miembros en la conclusión de un tratado: TSATSOS y SCHIFFAUER: *Parlamente*, op. cit., pg. 79.

peo⁸⁸. Asimismo fundan un orden de reciprocidad entre hombres⁸⁹, documentan la voluntad de los ciudadanos de los Estados miembros de sopor-tarse y entrar entre sí en una relación contractual para el *bien común*, y organizan el proceso de una Unión cada vez más estrecha, es decir, integración europea. Los tratados son un *tratado constitucional* por más que no en el sentido de Carl SCHMITT⁹⁰. Los tratados constituyen un poder soberano tan originario como una Constitución estatal⁹¹. La Constitución de la Unión tematiza la ciudadanía europea como *lazo jurídico con voluntad de perennidad*⁹² entre los ciudadanos de los Estados miembros y lo configura como estatuto de iguales derechos⁹³; pero también como derechos y libertades individuales de concurso de la *democracia posnacional*⁹⁴.

2. La forma de tratado de Derecho internacional

A tenor de la reciente jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* y de amp-lios sectores de la doctrina, la Unión trae en su origen causa del Derecho

⁸⁸ Véase entonces PERNICE: *Konsolidierung*, op. cit., pgs. 210 en adelante; véase también HÄBERLE: *Europa*, op. cit., pg. 95; FLEINER: *Verfassungsbegriff*, op. cit., pgs. 17 en adelante, pg. 31: «... übergeordnete Sozialkontrakte...», sin embargo para el futuro, no como interpretación de lo existente.

⁸⁹ HUBER: *Die politischen Parteien als Partizipationsinstrument auf Unionsebene*, EuR 1999, pg. 592; véase también del mismo autor *Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? Zur Demokratiefähigkeiten der Europäischen Union*, DREXL, KREUTZER, SCHEUING y SIEBER (eds.), *Europäische Demokratie*, 1999, pg. 52: Carácter del orden jurídico de la Unión como «...wechselseitiger Anfang-und Gegenseitigkeitordnung...» con lo cual, sin embargo, se refiere a un orden interestatal.

⁹⁰ Para diferenciación véase WALTER: *Globalisierung*, op. cit., pg. 13.

⁹¹ Referente al carácter originario del Derecho Comunitario véase BADURA: *Bewahrung*, op. cit., pg. 57; FROWEIN: *Die Verfassung der Europäischen Union aus Sicht der Mitgliedstaaten*, Eur 1995, pg. 319: «... unabhängige Ordnungen...»; v. BOGDANDY y NETTESHEIM: *Kommentar zur Europäischen Union*, GRABITZ y HILF (eds.), Art. 1 TCE, (1994), Apartado 9. También véase PERNICE: *Deutschland*, op. cit., Apartado 25; y del mismo autor véase *Art. 23 GG*, op. cit., Apartado 20; y por último véase WALTER: *Globalisierung*, op. cit., pg. 12; y v. BOGDANDY: *Unity*, op. cit., pg. 899: «... it is difficult to contest that they pass on to the institutions original authority through the relevant procedures set out in their national constitutions...»; véase también WEILER: *Enlargement*, op. cit., Apartados 20 en adelante.

⁹² Fallo del BverfG, MAASTRICHT, op. cit., pg. 184.

⁹³ BORCHARDT: *Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft*, Neue Juristische Wochenschrift 2000, pg. 2057; Fallo «BICKEL Y FRANZ» del TJCE, Rec. 1998, I-7637; véase ROSSI: *Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV*, EuR 2000, pg. 197. LENAERTS: *Légalité de traitement en droit communautaire*, CDE, 1991, pg. 25, «...principe d'égalité...», hace hincapié en la trascendencia del principio de igualdad como fundamento del «europa de los ciudadanos».

⁹⁴ Véase CURTIN, *Postnational Democracy*, op. cit. pgs. 48 en adelante; en lo referente al concepto de «Volk» como «rechtlich bestimmt» en el sentido de Kant, véanse también STEIGER: «Der Vertrag von Amsterdam: Auf dem Wege zu einer europäischen Republik?», en Weick (ed.), *Competition or Convergence. The future of European Legal Culture*, 1999, pg. 43: «...dass gerade durch die Konstituierung eines gemeinsamen Repräsentationsorgans das «Volk» aus vielen Menschen unterschiedlichster Völker sich konstituiert...».

internacional⁹⁵, sus competencias son delegadas⁹⁶ y la validez del Derecho europeo intraestatal se funda, para cada acto jurídico, en la Ley ratificadora del Tratado como mandato de aplicación⁹⁷. Tal perspectiva funda no solamente el fallo del Tribunal Supremo danés sobre Maastricht⁹⁸, sino asimismo las decisiones de la *Corte Costituzionale* italiana⁹⁹ y del Tribunal Constitucional español¹⁰⁰. En realidad, no cabe negar la forma de tratado de Derecho internacional que se registra en las negociaciones, conclusión y ratificación de acuerdos entre Estados. También los tratados de Derecho internacional cobran legitimidad, a la postre, de la voluntad de los ciudadanos de los Estados participantes. De los mismos se deducen contenido, alcance y destinatarios de la vinculación jurídica que, de ordinario, se limita al Estado como sujeto. Tal distancia o mediación¹⁰¹ brilla por su ausencia en el caso de la Unión

⁹⁵ Véase especialmente el fallo del BVerfG, Rec. 89, pg. 186: «... Ermächtigung souverän bleibender Staaten...», pg. 170: «... Text eines völkerrechtlichen Vertrages...», pg. 190: «... Staatenverbund, dessen Gemeinschaftsgewalt sich von den Mitgliedstaaten ableitet und ...nur kraft des deutschen Rechtsanwendungsbefehls verbindlich wirken kann...», pg. 200: «... Der Vertrag über die Europäische Union trifft eine völkerrechtliche Vereinbarung über einen auf Fortentwicklung angelegten mitgliedstaatlichen Verbund...»; véase también el fallo «SOLANGE II» del BVerfG, Rec. 73, pg. 367 y, todavía en una dirección distinta, «SOLANGE I», Rec. 37, pg. 277: «... Der Senat hält –insoweit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs– an seiner Rechtsprechung fest, dass das Gemeinschaftsrecht weder Bestandteil der nationalen Rechtsordnung noch Völkerrecht ist, sondern eine eigenständige Rechtsordnung bildet, die aus einer autonomen Rechtsquelle fließt (Rec. 22, pg. 296; 31, pg. 173)...». En cuanto a la literatura véase KOKOTT: «Archiv des öffentlichen Rechts 121», en *Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1996, pgs. 599 en adelante.

⁹⁶ Véase el fallo «MAASTRICHT», Rec. 89, pg. 190; Véanse también KIRCHHOF: *Der Staat im Prozeß europäischer Integration*, ISENSEE y KIRCHHOF (eds.), Handbuch des Staatsrechts, Volumen VII, 1992, Párrafo 183, Apartados 66 en adelante; para un estudio especialmente expreso véase FLINT: *Übertragung*, op. cit., pg. 135, que encuentra una situación análoga al Derecho Civil en el Acta de Transferencia según los Art. 23 I, 24 I GG: «... Unter Übertragung von Hoheitsrechten ist die Übertragung von Hoheitsrechten, d.h. ihre Abtretung zu verstehen...».

⁹⁷ VerfG, Rec. 73, pg. 367 (SOLANGE II); especialmente expresivo el fallo «MAASTRICHT», Rec. 89, pgs. 188 y 190: «... im deutschen Hoheitsbereich nur kraft des deutschen Rechtsanwendungsbefehls verbindlich wirken kann...». Basándose en el derecho público internacional, U. FINK: *Garantiert das GG die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?*, DÖV 1998, pg. 138. Véanse la crítica justa de U. EVERLING: *Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft*, JuristenZeitung 200, pg. 225.

⁹⁸ Fallo del 6 de abril de 1998-MAASTRICHT, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1999, pg. 52 (en la versión traducida al alemán): «... Einordnung der EG als “internationale Organisation”...» (item 9.2); SCHWARZE: *Hindernis*, op. cit., pg. 641.

⁹⁹ Corte Costituzionale, Decisión núm. 183/73-FRONTINI, *Foro Italiano*, 1974, I, pg. 314; y CC, Decisión núm. 232/89-SPA FRAGD, *Foro Italiano*, I, 1990, pg. 1855.

¹⁰⁰ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA y ALONSO GARCÍA (Spanish Report): *Entstehung*, SCHWARZE (ed.) op. cit., pg. 297; ESTELLA DE NORIEGA: *A Dissident Voice: The Spanish Constitutional Court Case Law on European Integration*, EPL 1999, pg. 269.

¹⁰¹ Véase K. IPSEN: *Völkerrecht*, Cuarta Edición 1999, Párrafo 7, Apartado 1 en adelante; BLECKMANN: *Nationales und europäisches Souveränitätsverständnis. Strukturalistisches Modelldenken im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im Völkerrecht*, Ress (ed.), *Souveränitätsverständnis*

Europea. El Tratado de la Comunidad Europea traspasa el blindaje soberano de los Estados¹⁰² y funda una relación jurídica inmediata entre los ciudadanos y sus instituciones¹⁰³. El art. 249.II y IV TCE lo dice para el reglamento y la decisión inequívocamente. Arts. 81 y 82 TCE respecto de prohibición de prácticas monopolísticas y abuso de posiciones hegemónicas en el mercado apuntan en la misma dirección¹⁰⁴. No es cierto que solamente la jurisprudencia sobre el efecto directo¹⁰⁵ haya transformado el Derecho originario en el sentido de constitucionalización del Derecho internacional como Derecho constitucional¹⁰⁶. Después de todo, la penetración de los ordenamientos estatales que caracteriza al Derecho europeo, la posición del ciudadano como sujeto de derechos y deberes ha constado desde un principio en el Tratado, por más que la jurisprudencia¹⁰⁷ y los cambios en el Derecho originario hayan reforzado, de un lado, los derechos subjetivos y, de otro, sobre todo, la condición del ciudadano como sujeto legitimador y custodio del Derecho¹⁰⁸: jurisprudencia sobre derechos fundamentales y

nis in den Europäischen Gemeinschaften, 1980, pgs. 37 y 48. STERN hace referencia a la «... Impermeabilität der Souveränität der Staaten...», «Staatsrecht», op. cit., pg. 478. Relativo a las Organizaciones Internacionales como Uniones entre Estados, véase VEDROSS y SIMMA: *Universelles Völkerrecht*, Tercera Edición 1984, pg. 462; NVUYEN QUOCK, DAILHER y PELLET: *Droit International Public*, Quinta Edición 1995, pgs. 558 en adelante.

¹⁰² Referente al concepto véase BLECKMANN: *Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften*, 1980, pg. 57; del mismo autor véase *Europarecht*, Primera Edición 1976, pg. 172; él atribuye este término a IPSEN.

¹⁰³ Especialmente determinado el fallo «SIMMENTHAL II» del TJCE, Rec. 1978, pg. 644: que las normas del derecho comunitario sean «... unmittelbare Quelle von Rechten und Pflichten ...».

¹⁰⁴ Referente al efecto directo de Art. 82 TCE véase el fallo «AHMED SAEED» del TJCE, Rec. 1989, pg. 848; referente al Art. 81 TCE el fallo «BOSCH» del TJCE, Rec. 1962, pgs. 67 a 111; PERNICE: *Art. 87 TCE*, GRABITZ y HILF (eds.), «Kommentar zur Europäischen Union, Art. 87 TCE», 1997, apartados 3 en adelante.

¹⁰⁵ Basado en el fallo «VAN GEND & LOOS» del TJCE, Rec. 1963, pg. 25. Véanse también por último los comentarios generales de OPPERMANN: *Europarecht*, op. cit., Apartado 630.

¹⁰⁶ Véase WEILER: «Yale Law Journal 100», en *The transformation of Europe*, 1991, pgs. 2422 en adelante; y del mismo, *The Constitution of Europe*, 1999, pgs. 19 en adelante. Véanse también OETER: «ZaöRV 59», en *Europäische Integration als Konstitutionalisierungsprozeß*, 1999, pgs. 901 en adelante; CHALMERS: *European Union Law and EU Government*, Vol. 1, 1998, pgs. 276 y 326: «... The Court of Justice has overstepped the functions of a court...». Según SPIERMAN, la tesis de «constitutionalisation», se base en un mal entendido del derecho internacional público moderno: *The other side of the Story: an unpopular essay on the making of European Community legal Order*, EJIL 10 (1999), pgs. 763 en adelante.

¹⁰⁷ Basado en el fallo «VAN GEND & LOOS» del TJCE, Rec. 1962, pgs. 24 en adelante; con la intención de establecer una dogmática: KINGREEN y STÖRMER: *Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts*, EuR 1998, pgs. 263 en adelante. Véanse también PERNICE: *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1990, pgs. 65 en adelante; SLAUGHTER, SWEET y WEILER: *The European Courts and National Courts*, Doctrine and Jurisprudence, 1998.

¹⁰⁸ Véase el punto de vista general de RODRÍGUEZ IGLESIAS: «The coming of the common law and the civil law», en *Judicial Protection of the Citizen under European Law*, MARKESINIS (ed.), The Clifford Chance millennium lectures, 2000, pg. 195: la «... decisive role» del

responsabilidad del Estado¹⁰⁹, ciudadanía europea, elección directa y co-decisión del Parlamento pueden bastar por el momento como tópicos.

La Ley parlamentaria nacional de ratificación de los Tratados es, así, no mandato de aplicación del Derecho comunitario¹¹⁰, no el puente exclusivo a través del cual puede el Derecho europeo acceder al Ordenamiento jurídico estatal¹¹¹, no el fundamento de una *transformación* del Derecho estatal, sino la forma de participación en el *contrato social* europeo vía Constitución, cuyas normas vinculan por sí mismas a los ciudadanos. En tal sentido, el art. 48 TUE comporta un procedimiento para la reforma constitucional, no para la conclusión de un tratado internacional¹¹². El art. 48 TUE prevé no solamente el trámite de una conferencia intergubernamental y la asunción de las eventuales reformas de los tratados a tenor de las determinaciones constitucionales de los Estados miembros, sino, asimismo, el concurso de los órganos comunitarios, incluido el Parlamento¹¹³. Conforme al art. 49 TUE, la ampliación de la Comunidad Europea requiere incluso del acuerdo del Parlamento Europeo. Es equivocada, en consecuencia, la imagen, tributaria de la doctrina de la soberanía propia del Derecho internacional, de que los Estados miembros son los señores de los Tratados¹¹⁴; los Estados miembros

tribunal «in shaping the European Community as a Community of law and as a community of peoples and citizens who are each holders of a set of rights to be protected»; MASING: *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht*, 1997.

¹⁰⁹ Basado en el fallo «FRANCOVICH» del TJCE, Rec. 1991, I-5357; Véanse también JARASS: *Haftung für die Verletzung von EU-Recht durch nationale Organe und Amtsträger*, NJW 1994, pg. 881; STREINZ: *Staatshaftung bei Verletzungen primären Gemeinschaftsrechts durch die Bundesrepublik Deutschland*, EuZW 1993, pg. 599.

¹¹⁰ Fallo del BVerfG, Rec. 89, pg. 190; STREINZ: *Europarecht*, Cuarta Edición 1999, Apartados 203 en adelante; HUBER: *Recht der Europäischen Integration*, 1996, Párrafo 5, Apartado 24.

¹¹¹ En este sentido véase KIRCHHOF: *Integration*, op. cit., Apartado 65. Con una posición en contra véase EVERLING: *Rechtsfortbildung*, op. cit., pgs. 225 y siguientes.

¹¹² Con un comentario del Art. 48 TUE, véase también LENAERTS: *Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union*, CJEL 6 (2000), pg. 2: «... the community legal order's constituent power—namely, the intergovernmental Conference which has authority under Article 48 (ex-Article N) of the Treaty on European Union to amend the treaties on which the Union is founded...». V. BOGDANDY: *Supranationaler Föderalismus*, op. cit., pgs. 42 y siguientes: «... Dieses Verfahren führt zu einem Gesamttakt gem. Art. N EUV n.F., in dem die Unionsbürger über die einschlägigen Verfahren sämtlicher mitgliedstaatlicher Verfassungen ihre Zustimmung erklären...».

¹¹³ Véase THIEME: «VVDSrL 18», en *Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften*, 1960, pgs. 72 y siguientes.

¹¹⁴ Fallo del BVerfG «KLOPPENBURG», Rec. 75, pg. 242 y «MAASTRICHT», Rec. 89, pg. 190; la Corte Suprema danesa en el veredicto del 6-4-1998-MAASTRICHT, EuGRZ 1999, pg. 50 (en la versión traducida al alemana), ítem 9.2; STEINBERGER: «VVDSrL 50», en *Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Union*, 1991, pgs. 16 y siguientes y nota al pie núm. 21; KLEIN: «VVDSrL 50», en *Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft*, 1991, pg. 59; HUBER: *Recht der europäischen Integration*, 1996, Párrafo 5, núms. al Margen 4 en adelante; HERTEL: *Supranationalität*, op. cit., pgs. 119 en adelante; KAUFMANN: «Der Staat 36», en *Permanente Verfassungsgebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung*

no ya es que no sean *señores de los Tratados*¹¹⁵, es que, como ahora mostraremos, no son por más tiempo tan siquiera señores de sus propias constituciones¹¹⁶.

3. Unidad material del Derecho constitucional europeo y del Derecho constitucional de los Estados

En la tradición de la doctrina del *ius gentium*, el Derecho europeo y el Derecho nacional son considerados como Ordenamientos jurídicos separados, autónomos¹¹⁷. Entretanto, ya en el caso *Costa/ENEL*, concluyó el Tribunal de Justicia que, una vez entrado en vigor el Tratado de la Comunidad Económica Europea, el Ordenamiento jurídico de la Comunidad se ha incorporado a los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, estando los tribunales nacionales obligados a aplicarlo¹¹⁸. No obstante la autonomía de las diferentes fuentes del Derecho, debido al *efecto directo* del Derecho europeo¹¹⁹, los mismos ciudadanos son para cada Estado miembro, a la vez, sujeto legitimador y destinatario. Las constituciones europea y nacional

im europäischen Staatenverbund, 1997, pg. 532: «... Herren der Verfassung der EU...»; HARLEY: *Constitutional Problems*, op. cit., pg. 163.

¹¹⁵ Críticas de EVERLING: *Sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften noch Herren der Verträge?*, FESTSCHRIFT MOSLER, 1983, pgs. 173 en adelante; y del mismo autor, *Zur Stellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union als Herren der Verträge*, FESTSCHRIFT BERNHARDT, 1995, pgs. 1161 en adelante; v. BOGDANDY: *Skizzen*, op. cit., pg. 28; HÄBERLE: «DVBl», en *Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft*, 2000, pg. 846; para más al respecto véase PERNICE: *Art. 23 GG*, op. cit., Apartado 21.

¹¹⁶ Véase PERNICE: *Bestandssicherung*, op. cit., pg. 263.

¹¹⁷ Basado en los fallos del TJCE «VAN GEND & LOOS», Rec. 1963, pg. 25: «... Neue Rechtsordnung des Völkerrechts...»; en «COSTA/ENEL», Rec. 1964, pg. 1270, el TJCE hace referencia a «... autonomen Rechtsquelle...»; FROWEIN: *Verfassung*, op. cit., pg. 319: «... unabhängige Ordnungen...»; véase también GRUSSMANN: *Grundnorm und Supranationalität-Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration*, V. DANWITH Y OTROS (eds.), *Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit*, 1993, pgs. 56 en adelante, quien asume la paralelidad de dos normas fundamentales, por lo cual se termina el conflicto de validez entre los órdenes de derecho, en lugar de lo cual un «... Verpflichtungskonflikt...» persiste absolutamente; FRANK: *Altes und Neues zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor staatlichem Recht*, ZÖR 55 (2000), pgs. 3 en adelante.

¹¹⁸ Fallo del TJCE «COSTA/ENEL», Rec. 1964, pg. 1269; véase también HALLSTEIN: *Der unvollendete Bundesstaat*, 1969, pg. 35 y siguientes: «... Träger der Gemeinschaft ist auch der Einzelne. Ihre Rechtsordnung geht ihn immer stärker unmittelbar an. Sie verleiht ihm Rechte und legt ihm Pflichten auf, so dass er als Staatsbürger und als Angehöriger der Gemeinschaft Rechtsordnungen verschiedener Abstufung unterworfen ist-so wie das aus den bundesstaatlichen Verfassungen bekannt ist...».

¹¹⁹ Explícito en el fallo del TJCE «SIMMENTHAL II», Rec. 1978, pg. 644, según lo cual: «... ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsnormen unvereinbar wären...»; la permanencia directa haría primero posible un choque entre los dos órdenes de derecho; esto lo resalta: MAYER: *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultravires-Akte in Mehrebenensystemen. Eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA*, 2000, pg. 74.

comportan Ordenamientos parciales de un sistema unitario, que para cada supuesto produce a la postre una única solución jurídica. Si la cláusula garantizadora de la forma de gobierno de Alemania, del art. 23 I 1 GG, exige que la Unión Europea se ajuste a *principios federales*, se trata no solamente del respeto a la estatalidad y la identidad nacionales, sino también de la cohesión jurídica, *de la unidad de dos planos de acción en una liga jurídica* como ha dicho ZULEEG¹²⁰.

El concepto de liga europea de constituciones (*Europäischer Verfassungsverbund*) debe abrazar los Estados y sus vínculos supranacionales en su totalidad¹²¹. El ciudadano ve la Constitución europea como una acumulación de diferentes planos, estructurados a tenor de múltiples tareas en el sentido de un constitucionalismo a varios niveles¹²². Los planos nacional y europeo de Constitución se ligan en su recíproca dependencia¹²³ en

¹²⁰ En esta dirección véase ZULEEG: *Die föderativen Grundsätze*, op. cit., pg. 2846; STEINBERG: *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, op. cit., pg. 360, también se refiere a la relación entre el estado central (Bund) y los entes regionales (Länder) en la liga europea de constituciones. BRESCO, CdR 152/99 rev. 1 (DE/IT) MV/DC/ hi, del 28 de septiembre de 1999, ítem 5: «... Die Hoheitsgewalt liegt in den Händen der Bürger, die das Recht haben, die Regierungsaufgaben den Institutionen zu übertragen, die sie am besten wahrnehmen können, sei es auf lokaler, regionaler, nationaler oder europäischer Ebene. Die Bürger Europas brauchen eine Union mit Institutionen, die imstande sind, die Aufgaben zu erfüllen, die die Mitgliedstaaten allein nicht mehr bewältigen können...».

¹²¹ THÜRER: *Verfassungsstaat*, op. cit., pg. 126 con la demanda hacia una teoría constitucional, una política constitucional y un dogma constitucional. IPSEN: *Europäische Verfassung*, op. cit., pg. 211, hace referencia a un «... Verfassungssystem der Politikverflechtung, wie es in dieser Weise bislang verfassungstheoretisch nicht beschrieben ist und sich in der Integration entwickelt...».

¹²² PERNICE: «German Constitution and «Multilevel Constitutionalism»», en *Constitutional Law Implications for a State participating in a process of regional Integration*, RIEDEL (ed.), German Reports on Public Law presented to the XV. International Congress on Comparative Law, Bristol, 26 de julio al 1 de agosto de 1998, 1998, pgs. 40 a 65, y también en: Instituto «Walter Hallstein» de Derecho Constitucional en la Unión Europea (ed.), «Grundfragen der europäischen Verfassungsentwicklung», 2000, pgs. 11 a 36; véase PERNICE: *Art. 23 GG*, op. cit., núms. al margen 20 en adelante; y también del mismo autor, «CMLRev. 36», en *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, 1999, pgs. 703 en adelante; SCHUPPERT: *Legitimation*, op. cit., pg. 75; THÜRER: *Verfassungsstrukturen*, op. cit., pg. 92; SCHUPPERT: *Anforderungen an eine Europäische Verfassung*, KLINGRMANN y NEIDHART (eds.), *Zur Zukunft der Demokratie. Herausforderungen in Zeitalter der Globalisierung*, 2000, pgs. 256 en adelante; V. BOGDANDY: *A bird's eye view on the science of European law: structures, debates and development prospects of basic research on the law of the European Union in a German perspective*, ELJ 6 (2000), pg. 226; BAUER: *Europäisierung des Verfassungsrechts*, JBl. 2000, pg. 749.

¹²³ SCHWARZE: SCHWARZE (ed.), «Entstehung», op. cit., pg. 12: «... das Verhältnis sachlicher Verbindung und wechselseitiger Abhängigkeit von nationalem und europäischem Verfassungsrecht ist zu einem, wenn nicht gar zu dem maßgeblichen Gesichtspunkt moderner Verfassungsentwicklung geworden...»; véase también del mismo autor *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, pgs. 464 en adelante; PIRIS: *Constitution*, op. cit.: «... l'UE est, et demeurera sans doute, presque entièrement dépendante de ses États membres et de leurs instances législatives, exécutives, administratives et judiciaires

un sistema unitario; el Derecho constitucional europeo y nacional forma jurídico-materialmente una unidad¹²⁴. Según SCHWARZE, de la combinación del Derecho constitucional nacional y de las normas básicas del Derecho europeo resulta *un orden constitucional europeo*¹²⁵; otros autores hablan de un tejido constitucional¹²⁶, de *liga de Estados soberanos*¹²⁷ o de *Comunidad constitucional*¹²⁸; Steinberg llega a denominar a la *Grundgesetz* parte de la macroconstitución de la Unión Europea¹²⁹.

El principio territorial articulador de esta Constitución es la *subsidiariedad*¹³⁰: fines de la Unión Europea son la paz, la libertad y el desarrollo sostenible así como, mediante la acción común supraestatal, mayores capacidad de acción, eficacia y control democrático. La soberanía se ejerce en dos planos: soberanía parcial¹³¹ significa *soberanía común* en el

en premier lieu, pour inspirer les règles qu'elle adopte et, en second lieu, pour appliquer des règles et veiller à leur application...».

¹²⁴ Véase PERNICE: «VVdStRL 53», en *Diskussionsbeitrag*, 1994, pg. 247; al respecto véanse también HUBER: *Recht der Europäischen Integration*, 1996, núms. al Margen 5 en adelante; esta conexión está demostrado también por MASLET: *Diskussionsbeitrag*, op. cit., pg. 49: la comunidad «... ne nous est pas étrangère, elle n'est pas "autre" par rapport aux États. Elle est une partie des États eux-mêmes, de même que les États sont présents dans les institutions de l'Union européenne...».

¹²⁵ SCHWARZE: *Einführung*, SCHWARZE (ed.), «Entstehung», op. cit., pg. 14; distinto, KAUFMANN: *Permanente Verfassungsgebung*, op. cit., pg. 546, que en lo que respecta a la estatalidad de los Estados miembros asume un «... einheitliches System...» sólo desde el punto de vista de cada ciudadano de los Estados miembros.

¹²⁶ BIBBER: *Verfassungsentwicklung*, op. cit., pg. 215.

¹²⁷ MAGIERA: «VVdStRL 53», en *Diskussionsbeitrag*, 1994, pg. 138.

¹²⁸ HÄBERLE: *Werdende Verfassungsgemeinschaft*, op. cit., pg. 841, que espera el posible paso desde las constituciones parciales a la «... europäischen Vollverfassung...» para el futuro «... kraft des pouvoir constituant von mindestens 15 Völkern Europas, die "ein" (multiethnisches) Volk werden?» (pg. 846).

¹²⁹ STEINBERG: *Grundgesetz*, op. cit., pgs. 371 en adelante.

¹³⁰ Semejante CHITI: *Das Ziel der Europäischen Integration: Staat, internationale Union oder «monstro simile»?*, NETTESHEIM y SCHIERA (eds.), 1999, pg. 192. Subsidiariedad como regla de asignación, no sólo como criterio de ejercicio de competencias en el sentido del Art. 5.II TCE; véase al respecto el Protocolo núm. 21 del Tratado de Amsterdam, sobre el empleo de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; véase también HARTLEY: *Constitutional Problems*, op. cit., pgs. 163.84 en adelante, con criterios útiles: «... mutual concessions, uniformity as an end in itself, transnational problems need transnational solutions, solidarity: joint action can achieve more...»; en cuanto a la aplicación práctica véase BORRIES y HAUSCHILD: «ColJEL 5», en *Implementing the Subsidiarity Principle*, 1999, pgs. 369 en adelante; CALLIESS: *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union. Vorgaben für die Anwendung von Art. 5 (ex Art. 3b) EWGV nach dem Vertrag von Amsterdam*, Segunda Edición 1999.

¹³¹ FROWEIN: *Verfassung*, op. cit., pg. 320: «... Ausgliederung von Teilsouveränitäten...». La «... Europäische Union soll echte eigene Zuständigkeiten, Teilsouveränitäten, ausüben...». FISCHER: *Von Staatenverbund zur Föderation-Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*, Instituto «Walter Hallstein» de Derecho Constitucional en la Unión Europea (ed.), 2000, pg. 177, (Apartado 38) habla de «... Souveränitätsteilung von Europa und Nationalstaat...». Además véase en *Integration*, 2000, pgs. 153 y siguientes; para un punto de vista irlandés véase WHELAN: *National Sovereignty in the European*

plano europeo¹³², división vertical de poderes y funciones, división de tareas y trabajo al servicio de los ciudadanos, organizada y estructurada mediante la Constitución europea de varios niveles¹³³.

Tan poca justicia hace a la complementariedad y recíproca dependencia, al carácter fragmentario de ambos planos¹³⁴ la *doble Constitución*¹³⁵ de la doctrina austríaca, como la *segunda Constitución* de la doctrina irlandesa o la Constitución dual en Francia¹³⁶. En términos de *Constitución parcial o complementaria*¹³⁷, el Derecho originario europeo liga en la unidad de la Constitución europea la diversidad de las Constituciones nacionales. En cada uno de los Estados miembros hay *dos suertes de Derecho constitucional*¹³⁸,

Union, MURPHY y TWOMEY (eds.), Ireland, op. cit., pgs. 287 en adelante, 292: «... arguments ... for acceptance in Irish constitutional law of the partial, autonomous sovereignty of the Community legal order...»; HOBE: «Der Staat 37», en *Der kooperationsoffene Verfassungsstaat*, 1998, pg. 545: ninguna «... Teilung von Souveränität bzw. Staatsgewalt; diese ist und bleibt, wie bereits Jean Bodin zutreffend erkannt, hat unteilbar...».

¹³² CHIRAC: «Discours prononcé par Monsieur Jacques Chirac, Président de la République Française devant le Bundestag, 27.06.2000», en *Notre Europe*, FAZ Nr. 147 ... del 28.06.2000, pgs. 10 y 11: con respecto al BCE, TJCE y a las decisiones mayoritarias ya existen en la UE «... Elemente einer gemeinsamen Souveränität...»; MASLET: «...souveraineté partagée» o sobre «... l'exercice en commun de la souveraineté...», en *Diskussionsbeitrag*, op. cit., pg. 49

¹³³ En cuanto a la utilización de la metáfora de varios niveles en las esferas europeas, véanse JACHTEN-FUCHS/KOHLER-KOCH: «Einleitung, Regieren im dynamischen Mehrebenensystem», en Jachten-Fuchs/Kohler-Koch (eds.) *Europäische Integration*, 1996, pgs. 15 en adelante; ZÜRN: *Regieren jenseits des Nationalstaats*, 1998, pgs. 234 y siguiente; HARDING: *The Identity of European Law: Mapping out the European Legal Space*, ELJ 6 (2000), pgs. 144 y siguiente; para su aplicación en el contexto jurídico véanse MAYER: *Kompetenzüberschreitung*, op. cit., pgs. 35 en adelante.

¹³⁴ Especialmente detallado, v. BOGDANDY: *Zweierlei Verfassungsrecht*, op. cit., pg. 171.

¹³⁵ PERNTHALER: *Die neue Doppelverfassung Österreichs*, Festschrift G. WINKLER, 1997, pgs. 773 en adelante; ÖHLINGER: *Die Verfassung im Schmelztiegel der europäischen Integration: Österreichs neue Doppelverfassung*, ÖHLINGER (ed.), *Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union*, 1999, pgs. 215 y siguientes. También en lo referente a la «... doppelten Verfaßtheit der Bürger Europas...» LÄUFER: *Zur künftigen Verfassung der Europäischen Union-Notwendigkeit einer offenen Debatte*, *Integration*, 1994, pg. 208; y también SCHRÖDER: «Kritik», en *Demokratie, Transparenz und die Regierungskonferenz-Überlegungen zur Legitimität der Europäischen Union*, 1998, pg. 439, donde, sin embargo, no son los ciudadanos, sino los Estados Miembros respecto la UE los que son «... verfasst...».

¹³⁶ O'LEARY: *The Reciprocal Relationship between Irish Constitutional Law and the Law of the European Communities*, MURPHY y TWOMEY (eds.), Ireland, op. cit., pg. 293, que se remite a HENCHY: *The Irish Constitution and the EEC*, DULJ 1977, pg. 23: «... It is as if the people of Ireland had adopted Community law as a second but transcendent Constitution...». En lo que atañe a Francia, véase J. F. FLAUSS: *Wechselwirkungen*, op. cit., pg. 34.

¹³⁷ Con respecto al significado véase LÄUFER: *Verfassung*, op. cit., pg. 209; FROWEIN: *Verfassung*, op. cit., pg. 318: «... Wir haben in allen Unionsstaaten eine gleichermaßen geltende Teilverfassung für die ausgegliederten Souveränitätsrechte...». Además, con respecto a las constituciones estatales como «Teilordnungen», también véase la referencia de HÄBERLE: *Verfassungslehre*, op. cit., pg. 13; y del mismo autor, *Verfassungsgemeinschaft*, op. cit., pg. 841: «... Teilverfassungen bzw. sektorenhafte Verfassungsverträge...».

¹³⁸ Véase v. BOGDANDY: *Zweierlei Verfassungsrecht*, op. cit., pg. 167.

pero, como elementos integrantes de un mismo sistema jurídico. El art. 79.III GG no lo contraindica¹³⁹, dado que, a tenor del Preámbulo y el art. 23.I GG, la estatalidad supuesta en la Grundgesetz corresponde a un miembro de una Europa unida¹⁴⁰.

IV. EFECTOS JURÍDICOS

¿Qué resulta de todo ello? Los ciudadanos de los seis Estados fundadores de la Comunidad Económica Europea han sido quiénes menos se han visto a sí mismos como constituyentes. Y, sin embargo, a nadie sino a los ciudadanos cabe, referir en la democracia, lo que originariamente emergió y más tarde se desarrolló. En su doble identidad, los ciudadanos son simultáneamente ciudadanos de los Estados y ciudadanos de la Unión; en la *democracia de varios niveles*¹⁴¹, los ciudadanos son la fuente de legitimidad para ambos planos¹⁴². A todo ello corresponde una doble lealtad: de modo semejante a como los jueces nacionales han de concebirse a sí mismos como jueces europeos¹⁴³, cada funcionario de la Administración pública nacional ha de

¹³⁹ KAUFMANN: *Permanente Verfassungsgebung*, op. cit., pg. 528 opina: «... diese Konstruktion aus Sicht des Grundgesetzes wegen Verstoßes gegen Art. 79 Abs. 3 GG (für) verfassungswidrig, da sie gegen dessen kardinales Schutzgut der souveränen Staatlichkeit verstößt...»; KIRCHHOF: *Integration*, op. cit., Párrafo 183, Apartado 57 piensa en la misma dirección, cuando dice que: «... Die Staatlichkeit Deutschlands steht im Rahmen der europäischen Einigung nicht zur Disposition...».

¹⁴⁰ Véase PERNICE: *Deutschland*, op. cit., número al Margen 20 en adelante; y del mismo autor, *Art. 23 GG*, op. cit., Número al Margen 18 y siguientes; más cuidadosamente IPSEN: *Europäische Verfassung*, op. cit., pg. 198: «... deutsche "Identität" ... als eine zur internationalen Öffnung bereite Staatlichkeit...».

¹⁴¹ Véase DI FABIO: *Recht*, op. cit., pgs. 139 en adelante; y del mismo autor, *Eine europäische Charta*, *Juristenzeitung* 2000, pgs. 741 en adelante.

¹⁴² Aun crítico IPSEN: *Europäische Verfassung*, op. cit., pg. 206; partiendo de los Estados respectivamente los pueblos KAUFMANN: *Demokratieprinzip*, op. cit., especialmente pgs. 337 en adelante; HUBER: *Parteien*, op. cit., pg. 586 pone trascendencia en el individuo –y no un «pueblo colectivo»– como punto de referencia para la democracia; véase también STEINBERG: *Grundgesetz*, op. cit., pgs. 368 en adelante; BRYDE: *Le peuple européen and the European people*, AUER y FLAUSS (eds.), *Référendum*, op. cit., pgs. 251 en adelante; PARIS: *Constitution*, op. cit., pg. 611: «... Il n'y a plus, aujourd'hui, de Français, d'Allemands, d'Espagnols, d'Anglais même, quoi qu'on dise: il n'y a que des Européens...» (Considérations sur le gouvernement de Pologne, et sur sa réformation projetée, avr. 1772) se remite a ROUSSEAU en este contexto.

¹⁴³ PERNICE: *Art. 23 GG*, op. cit., núms. al Margen 26 en adelante; del mismo autor véase *Multilevel Constitutionalism*, op. cit., pg. 724; WEILER, SLAUGHTER y SWEET: *Prologue-The European Courts of Justice*, *The European Court*, op. cit., usan expresamente el plural de «courts»; véase también NOWAK: *Das Verhältnis zwischen zentralem und dezentralem Individualrechtsschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht-Verwirrspiel zwischen Wechselwirkung und Beziehunglosigkeit*, *Eur* 2000, pg. 725: «... nationale Gerichte als "Gemeinschaftsgerichte" im funktionalen Sinn...»; véase también HIRSCH: «NVwZ», en *Kompetenzverteilung zwischen EuGH und nationaler Gerichtsbarkeit*, 1998, pg. 910; TEMPLE LANG: «ELRev. 22», en *The duties of national courts under community constitutional law*, 1997, pg. 3: «... Every national court in the European Community is now a Community law court...»; RIDEAU: *Rapport introductif*, MAUS y PASSELECQ (eds.), *Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales*, 1998,

verse como funcionario europeo en la aplicación del Derecho europeo¹⁴⁴; en calidad de miembro del Consejo, cada Gobierno es responsable de la política europea; y en su condición de órganos de creación y de control los parlamentos nacionales son también parlamentos europeos¹⁴⁵; en fin, en la medida en que aumenta la importancia de la legislación europea para los Ordenamientos nacionales, las elecciones generales nacionales al Parlamento devienen más y más auténticas elecciones europeas¹⁴⁶. Relaciones nacionales de lealtad se entrecruzan con lealtades europeas¹⁴⁷, valores y derechos fundamentales nacionales con europeos, política nacional con política europea. Se trata, pues, de ayudar a cobrar conciencia de esta doble identidad y lealtad; de explicarla constitucional-dogmáticamente y de calcular las consecuencias. Me limitaré a cinco aspectos, que pudieran tener especial valor explicativo para interpretar como liga constitucional el sistema europeo.

1. El doble efecto de la reforma de los Tratados

Primero. La fundación y el desarrollo de la Comunidad Europea tiene como conocida consecuencia el cambio material, una *mutación* de la Constitución

pg. 13. La consecuencia está demostrada en el fallo del BVerfG «MILCHPULVER», Rec. 31, pg. 174. Véanse también STREINZ: *Europarecht*, Cuarta Edición 1999, apartado 223a; PIETZKER: *Zur Nichtanwendung europarechtswidriger Gesetze seitens der Verwaltung*, Festschrift Everling, 1995, pg. 1095.

¹⁴⁴ IPSEN: *Europäische Verfassung*, op. cit., pg. 210, habla de «... “Indienststellung” des nationalen Systems für die Durchsetzung der Gemeinschaftsordnung...»; respecto a una «dual capacity» en la cual lo manejan los bancos nacionales centrales, véase SMITS: *The European Central Bank*, 1997, pg. 94; semejante LOUIS, CMLRev. 35 (1998), pgs. 50 y siguiente, pg. 73: «...NCB's are agents of the System, in the implementation of tasks related to it...». Véanse el fallo «KROHN» del TJCE, Rec. 1986, pg. 768, apartados 21 en adelante; también el fallo «COSTANZO», Rec. 1989, pgs. 1869 en adelante. STREINZ: *Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, ISENSEE y KIRCHHOF (eds.), Handbuch des Staatsrechts, Parte VII, 1992, Párrafo 182, Apartado 64; PERNICE: *Deutschland*, op. cit., Apartado 25, y del mismo autor *Art. 23 GG*, op. cit., núms. al Margen 23 en adelante; PERNICE y KADELBACH: «DVBl», en *Verfahren und Sanktionen im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1996, pg. 1100; lo niega FRANK: *Vorrang*, op. cit., pgs. 41 en adelante.

¹⁴⁵ A pesar de la trascendencia aumentada del PE, la legitimación primaria para la legislación de la CE se efectúa a través de los parlamentos nacionales, que son, al mismo tiempo, parlamentos europeos: fallo del BVerfG «MAASTRICHT», Rec. 1989, pgs. 185 y siguiente.

¹⁴⁶ Fallo del BVerfG «MAASTRICHT», Rec. 1989, pgs. 184 en adelante; varios autores hacen igualmente hincapié en que los parlamentos nacionales deben formar parte de la democracia en Europa: DI FABIO: *Charta*, op. cit., pg. 742; HUBER: *Demokratie*, op. cit., pgs. 53 en adelante; y del mismo autor, *Parteien*, op. cit., pgs. 593 en adelante; véase también PERNICE: *Maastricht, Staat und Demokratie*, Die Verwaltung 1993, pg. 488.

¹⁴⁷ La lealtad europea incluye el efecto objetivo de directivas no transformadas, véase al respecto el fallo «GROßKROTZENBURG» del TJCE, Rec. 1995, pg. I-2189, apartado 26; al respecto ERBGUTH y STOLLMANN: «DVBl», en *Die Bindung der Verwaltung an die FFH-Richtlinie*, 1997, pg. 455; CALLIESS: «NVwZ», en *Zur unmittelbaren Wirkung der EG-Richtlinie über die UVP und ihrer Umsetzung im deutschen Immissionsschutzrecht*, 1996, pg. 339; EPINEY: «DVBl», en *Unmittelbare Anwendbarkeit und objektive Wirkung von Richtlinien*, 1996, pg. 412.

nacional¹⁴⁸. En tal sentido, se considera el desarrollo de la Unión Europea como *parte integrante del proceso constitucional de los Estados miembros*¹⁴⁹. Según Frowein, hay *una relación dialéctica entre el desarrollo constitucional nacional y el europeo*¹⁵⁰. El art. 23 I 3 GG define la reforma de los Tratados como *regulaciones que reformen o complementen lo contenido en la Ley Fundamental o hagan posibles tales reformas o adiciones*, sometiéndola al procedimiento del art. 79 II GG¹⁵¹. También las cláusulas de integración de algunos Estados miembros, si no de todos¹⁵², prevén condiciones cada vez más rigurosas para prestar el acuerdo a la reforma de los Tratados¹⁵³. La incorporación de Austria a la Unión Europea fue tratada, por ejemplo, como reforma plena de la Constitución federal y, sometida, en consecuencia a referéndum¹⁵⁴. El Derecho constitucional nacional no puede por más tiempo ser comprendido sin tener en cuenta el Derecho europeo.

De ahí que resulte significativo, que el art. 23 I GG no remita al mandato del art. 79 I 1 GG o, lo que es lo mismo, no es necesaria una reforma

¹⁴⁸ Fallo del BVerfG, Rec. 1958, pg. 36: «... Eingriff in und eine Veränderung der verfassungsrechtlich festgelegten Zuständigkeitsordnung und damit materiell eine Verfassungsänderung...»; Referente a la idea de una mutación véase: IPSEN: «Festschrift Hallstein», en *Als Bundesstaat in der Gemeinschaft*, 1966, pg. 264, y del mismo autor, *Europäische Verfassung*, op. cit., pg. 202; TOMUSCHAT: *Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit*, ISENSEE y KIRCHHOF (eds.), Handbuch des Staatsrechts, Parte VII, , 1992, Párrafo 172, Apartado 72: «... Mutation der Staatsverfassung durch Integration...». Véanse referente al derecho a elecciones comunales de los ciudadanos de la Unión en Bélgica y Luxemburgo DELPÉRIÉ: *La constitution*, op. cit., pgs. 22 en adelante.

¹⁴⁹ Véase BADURA: *Bewahrung*, op. cit., pg. 95; FROWEIN: *Verfassung*, op. cit., pg. 322: «... Der Verfassungsprozess der Gemeinschaft, der gleichzeitig Verfassungsprozess der Mitgliedstaaten ist...».

¹⁵⁰ FROWEIN: *Wesentliche Elemente einer Verfassung*, BIEBER y WIDMERS (eds.), *Verfassungsraum*, op. cit., pg. 83; a continuación BADURA: *Föderative Verfassung*, op. cit., pg. 696; SCHWARZE: *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, Entstehung, op. cit., pg. 463; según cuyo trabajo la «... Einbindung der Mitgliedstaaten in den europäischen Integrationsprozeß in allen nationalen Verfassungssystemen mehr oder minder zu einem zentralen Faktor oder gar einem Wesenselement der Verfassungsentwicklung geworden...[ist]».

¹⁵¹ Véase al respecto SELMAYR y PROWALD: «DBVI», en *Abschied von den «Solange»-Vorbehalten-Die wahre Bedeutung des «Kooperationsverhältnisses» des BVerfG zum EuGH*, 1999, pg. 271: «... verfassungsändernde Qualität des Zustimmungsgesetzes...».

¹⁵² Gran Bretaña, los Países Bajos: Ley (Art. 91, 2/3-Mayoría por discrepancias de la Constitución); Portugal: (Art. 164 lit. j, Art. 169 V y 7 VI) Resolución de la Asamblea de la República, Francia: Ley (Art. 53, sólo en caso de un conflicto con la constitución Art. 54), Austria: Ley o autorización del Consejo Nacional (Art. 9 II, Art. 50 I; eventualmente por un cambio completo en la constitución nacional: Art. 44 III).

¹⁵³ Véase para España: Ley Orgánica (Art. 93, en caso de un conflicto con la constitución Art. 95); Vista general de DE BERRANGER: *Constitutions nationales et construction européenne*, 1995, pgs. 47 en adelante; PERNICE: *Art. 23 GG*, op. cit., Apartado 10.

¹⁵⁴ En cuanto a preguntas de aplicación del Art. 44 III de la Constitución austriaca véase ÖHLINGER: *Verfassungsrechtliche Aspekte*, op. cit., pgs. 19 en adelante; véase también PERNTHALER: *Allgemeine Staatslehre*, op. cit., pg. 29, y del mismo autor, *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Österreich*, BATTIS, TSATSOS y STEPHANOU (eds.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, 1995, pgs. 444 en adelante.

expresa de la Ley Fundamental en caso de una revisión de los Tratados. La adaptación de los arts. 28 I (régimen electoral en elecciones locales para ciudadanos de la Unión) y 88 GG (Banco Federal) tuvo sentido como orientación clarificadora, pero no habría sido indispensable¹⁵⁵. Tan esporádicamente cobra forma en el texto de las constituciones nacionales el aumento de funciones de los órganos estatales como el tan lamentado desplazamiento de competencias a la Comunidad Europea¹⁵⁶. Por más que, a diferencia de cómo es el caso en Alemania y Holanda¹⁵⁷, en Francia, España y Portugal, sólo después de una reforma constitucional pueda prestarse el concurso del Estado a una reforma de los Tratados que sea incompatible con el texto de la Constitución¹⁵⁸. En todo caso, se hace imposible seguir en los textos las mutaciones constitucionales en el plano nacional que resultan del ejercicio de competencias de la Comunidad Europea¹⁵⁹.

2. La dimensión europea del art. 20 III GG

Segundo. Deviene inmediato el efecto al contenido y al concepto de *Ley y Derecho*, en el sentido del art. 20.III GG. Como consecuencia de la Unión Europea, *Ley y Derecho* comprenden, junto al Derecho alemán, todo el Derecho originario y el Derecho derivado de la Comunidad Europea, incluidas las normas para arbitrar colisiones. Junto con la norma de que se trate, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, a tenor del art. 220 TCE, vela por la observancia del Derecho, se convierte en parámetro vinculante y base de legitimidad de la acción ejecutiva y judicial en los Estados miembros.

¹⁵⁵ Véase PERNICE: *Implications*, op. cit., pgs. 54 a 65; distinto, SCHOLZ: *Europäische Union und Verfassungsreform*, NJW 1993, pgs. 1691 y siguiente.

¹⁵⁶ Art. 23 II-VII, 45 y 53 IIIa GG, Art. 88.4 de la Constitución Francesa, Art. 23a-f de la constitución austriaca. La división de competencias según el Art. 30, 73 en adelante y 83 en adelante GG todavía tiene su importancia, también en la transformación del derecho comunitario.

¹⁵⁷ Véase el Art. 91 III de la Constitución holandesa, al respecto MALANCZUK: *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in den Niederlanden*, BATTIS, TSATSOS y STEPHANOU (eds.), *Europäische Integration*, op. cit., pg. 353. Lo mismo en el caso de Bélgica, véase WILS: *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, pg. 21; para Portugal véase DE QUADROS: *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, pgs. 375 en adelante.

¹⁵⁸ Respecto a esta jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, FROMONT: *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Frankreich*, BATTIS, TSATSOS y STEPHANOU (eds.), *Europäische Integration*, op. cit., pgs. 131 en adelante; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE: *The French Conseil Constitutionnel and the constitutional development of the European Union*, KLOEPFER y PERNICE (eds.), *Entwicklungsperspektiven*, op. cit., pgs. 43 en adelante; PERNICE: *Aspects*, op. cit., Párrafo 3.2.d; GRUNDEL: *Die Einordnung des Gemeinschaftsrechts in die französische Rechtsordnung*, 1997, pgs. 165 en adelante. En lo referente a España véase Art. 95 I de la Constitución Española, al respecto PUENTE EGIDO: *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Spanien*, BATTIS, TSATSOS y STEPHANOU (eds.), *Europäische Integration*, pgs. 405 en adelante; GARCÍA DE ENTERRÍA y ALFONSO GARCÍA: *Spanish Report*, SCHWARZE (ed.), *Entstehung*, op. cit., pg. 297.

¹⁵⁹ Véase también MACHADO: «Espagne», en *Les constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, MASCLÉ MAUS (eds.), 1993, pgs. 63 y siguientes.

Conforme al art. 234 TCE, el diálogo judicial garantiza una aplicación unitaria en toda Europa del Derecho por las instancias estatales.

También el *orden constitucional*, en el sentido del art. 20 III GG, está sometido a tales cambios de contenido: la Constitución de la Unión, con el Derecho derivado como parte del *orden constitucional*¹⁶⁰, vincula también al legislador. El concurso de ambas normas funda la unidad de la Constitución europea, para la que la *Grundgesetz* está abierta y que sólo es una Constitución parcial. Esta interpretación *europaea* del art. 20 III GG explica el fenómeno que se observa y describe como *européización*: es decir, la influencia del Derecho europeo en el Ordenamiento jurídico y constitucional de los Estados miembros¹⁶¹. Hace tiempo que la doctrina observaba la *européización* del Derecho administrativo¹⁶², del Derecho privado¹⁶³ o del Derecho mercantil¹⁶⁴. Pero, entretanto, se tematiza¹⁶⁵ la *européización* de la teoría del Derecho público¹⁶⁶ o del Derecho constitucional; Rupert SCHOLZ resume los desafíos que tiene ante sí la *Grundgesetz* bajo la rúbrica *européización de la Constitución*¹⁶⁷ y también se cobra conciencia del fenómeno en Francia e Inglaterra¹⁶⁸. Incluso se vería afectado el Derecho de la nacionalidad: los ciudadanos europeos en el resto de los Estados no son a los ojos del Tribu-

¹⁶⁰ PERNICE: *Implications*, op. cit., pg. 27.

¹⁶¹ Véase la vista general de RESS: *Incidentes*, op. cit., pgs. 435 en adelante; véase también DREIER: «DVBl», en *Kontexte des Grundgesetzes*, 1999, pgs. 677 en adelante: «... Gemeinschaftsrechtlich induzierte und bewirkte Veränderungen des Grundgesetzes...»; KLEIN: «Festschrift Stern», en *Gedanken zur Europäisierung des deutschen Verfassungsrechts*, 1997, pgs. 1303 en adelante.

¹⁶² SCHMIDT y ABMANN: *Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive*, ZÖR 55, 2000, pgs. 165 en adelante; detallado SCHWARZE (ed.), «Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. Zur Konvergenz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen in der Europäischen Union», 1996; KADELBACH: *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1999; WAHL: *Zweite Phase*, op. cit., pgs. 495 en adelante; véase también ZULEEG y RENGELING: «VVdStRL 53», en *Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht-Wechselseitige Einwirkungen*, 1994, pgs. 154 y 202 en adelante; JARASS: «DVBl», en *Europäisierung des Planungsrechts*, 1999, pgs. 945 en adelante; y por último también HUBER: «DVBl», en *Europarecht und Europäisierung in den Jahren 1998/99*, 1999, pg. 1564: «... Europäisierung des deutschen öffentlichen Rechts...».

¹⁶³ Véase al respecto MÜLLER y GRAFF: *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Union*, Segunda Edición 1999, y el anual de ZEuP sobre «... Gemeinschaftsrecht und Privatrecht: Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahr...».

¹⁶⁴ GRUNDMANN: *Europäisches Handelsrecht-vom Handelsrecht des laissez faire im Kodex des 19. Jahrhunderts zum Handelsrecht der sozialen Verantwortung*, ZHR 163 (1999), pgs. 635 en adelante.

¹⁶⁵ KLEIN: *Gedanken*, op. cit., pgs. 1301 en adelante.

¹⁶⁶ HÄBERLE: «VVdStRL 50», en *Diskussionsbeitrag*, 1991, pgs. 156 y siguiente.

¹⁶⁷ SCHOLZ: *Der Verfassungsstaat im Wandel: Europäisierung der Verfassung im Prozeß der Verfassung Europas, dargestellt am Beispiel des Grundgesetzes*, BATTIS, RANDELZHOFFER y PERNICE, «Grundgesetz», op. cit., pg. 21.

¹⁶⁸ Según FLAUS: *Auf dem Wege*, op. cit., pg. 31, «... seit langem ... die "Europäisierung" des französischen Verfassungsrechts nachweislich keine Utopie mehr, sondern eine feststehende Tatsache...».

nal Europeo por más tiempo extranjeros en el sentido del art. 16 de la Convención Europea de Derechos Humanos¹⁶⁹.

3. La primacía del Derecho comunitario como parámetro en caso de colisión de normas

Tercero. La unidad del sistema jurídico requiere la existencia de normas de colisión para los conflictos entre mandatos normativos europeos y nacionales¹⁷⁰. También la interpretación conforme¹⁷¹ se funda en la idea de unidad del Ordenamiento jurídico¹⁷². El principio de primacía del Derecho comunitario¹⁷³, defendido con rotundidad por el Tribunal de Justicia y reconocido en principio por todos los Estados miembros¹⁷⁴, ha devenido así pilar básico de la arquitectura constitucional de la Unión¹⁷⁵. En 2. del *Protocolo de Subsidiariedad* del Tratado de Amsterdam fue por primera vez considerado

¹⁶⁹ EGMR, veredicto del 27 de abril de 1995-PIERMONT/FRANCE, Série A.314; Véanse las observaciones al respecto de FLAUS: *Observations. Liberté d'expression politique des étrangers et protection des droits fondamentaux dans les Territoires d'Outre-mer*, RTDH 1996, pg. 364; véase también CONSTANTINESCO: «Mélanges en l'honneur de F. Borella», en *Je t'aime, moi non plus! La société européenne en quête d'affection?*, 1999, pg. 154. Respecto a la «... Europeanization of national citizenship...», véase KASTAKOPOLOU: «ColJEL 5», en *Nested «old» and «new» Citizenship in the European Union: Bringing out the Complexity*, 1999, pg. 402.

¹⁷⁰ Véase PERNICE: *Constitutional Law*, op. cit., pgs. 43 y siguientes; crítico STETTNER: *Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle der Rechtsfindung deutscher Gerichte 1974-1984*, AÖR 111 1986, pg. 540. FRANK: *Vorrang*, op. cit., pg. 4, pgs. 6 y siguientes, confronta el orden legal y constitucional unitario; sin embargo, algunos conflictos sean a pesar de la autonomía «... im Hinblick auf die Identität des territorialen Anwendungsbereichs...» inevitables.

¹⁷¹ ZULEEG: *Verwaltungsrecht*, op. cit., pgs. 165 y siguientes, como medio para evitar el conflicto; JARASS: *Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts*, EuR 1991, pg. 213, que asume una interpretación conforme a las directivas sólo efectuada por el derecho nacional y después del plazo de transformación (pg. 217); también crítico DI FABIO: *Richtlinienkonformität als ranghöchstes Auslegungsprinzip?*, NJW 1990, pgs. 947 en adelante, que resfuta una interpretación conforme a directivas en cuanto a directivas no aplicables directas (pg. 952).

¹⁷² HESSE: *Grundzüge*, op. cit., Apartado 81; distinto DI FABIO: *Richtlinienkonformität*, op. cit., pg. 949.

¹⁷³ Véase el fallo «COSTA/ENEL» del TJCE, Rec. 1964, pg. 1269; también «INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT», Rec. 1970, pg. 1135; según el fallo «SIMMENTHAL», Rec. 1978, pg. 644, derechos nacionales opuestos son «... inaplicables...»; véase además el fallo «FACTORTAME» del TJCE, Rec. 1990, pg. I-2473, el fallo «NIMZ», Rec. 1991, pg. I-297, 321; y ZULEEG: *Verwaltungsrecht*, op. cit., pgs. 159 en adelante.

¹⁷⁴ Véase al respecto el pantallazo general que presenta MAYER: *Kompetenzüberschreitung*, op. cit., pgs. 140 a 271; ROTHLEY: *Europa alle tedesca. Das Bundesverfassungsgericht, das Grundgesetz, die Gemeinschaft*, 17. FIDE-Kongreß (ed.), tomo 1, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, 1996, pgs. 36 en adelante; PERNICE: *Art. 23 GG*, op. cit., Apartados 26 en adelante.

¹⁷⁵ Véase también O'LEARY: *Relationship*, op. cit., pg. 293, «... The principle remains one of the fundamental pillars of the constitutional architecture of the European Communities...»; véase también FRANK: *Altes und Neues zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor staatlichem Recht*, ZÖR 55 (2000), pg. 3, él habla de un «Strukturprinzip».

como Derecho originario¹⁷⁶. En el plano nacional, solo el art. 29.4.5 de la Constitución irlandesa contiene un precepto en el que se expresa la primacía del Derecho europeo, también para el propio Derecho constitucional¹⁷⁷. Según la doctrina dominante, una revisión de tal principio solo es concebible mediante una *domestic constitutional revolution*¹⁷⁸. En la mejor tradición monista, el art. 94 de la Constitución holandesa reconoce una ilimitada primacía tanto al Derecho europeo como al Derecho internacional¹⁷⁹ (art. 183).

En lo que a la primacía se refiere, dependerá de las Constituciones nacionales en la medida en que la validez del Derecho europeo en los Estados miembros se funda en las mismas. Pero desde el planteamiento de proceso constituyente originario de Europa que desarrollamos en estas páginas, solamente son determinantes el contenido y los fines de los Tratados¹⁸⁰. A ello corresponde la sentencia *Metten* del Consejo de Estado holandés. La misma funda la primacía, también sobre la propia Constitución, exclusivamente a partir del Derecho europeo¹⁸¹. La razón objetiva reside en la garantía de la operatividad de la Comunidad Europea. Los tratados fundacionales y los

¹⁷⁶ Véase también PIRIS: *Constitution*, op. cit., pg. 603 que se remite al ítem núm. 2 del «Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit», que tiene rango de constitución; del mismo autor, *Verfassung*, op. cit., pg. 321; según ALBER: *Rechtsfragen der Europäischen Union*, ZeuS 1999, pg. 495, en el Protocolo, la primacía fue reconocido por primera vez por escrito por los Estados Miembros; MCCORMICK: *Questioning Sovereignty*, op. cit., pgs. 137 en adelante.

¹⁷⁷ Véase también BEYTAGH: *Constitutionalism in Contemporary Ireland. An American Perspective*, 1997, pg. 128. En cuanto al reconocimiento de la primacía y de la exclusión del control de constitucionalidad sobre los actos de la CE en la jurisprudencia de la Corte Suprema en Irlanda: DOOLAN: *Constitutional Law*, op. cit., pg. 17.

¹⁷⁸ WHELAN: *National Sovereignty*, op. cit., pg. 292. El Derecho Comunitario, digamos el principio de primacía es considerado como un elemento importante en el derecho constitucional irlandés; en lo referente a esta problemática véase MAYER: *Kompetenzüberschreitung*, op. cit., pgs. 206 en adelante.

¹⁷⁹ BESSELINK: «An open Constitution and European Integration: The Kingdom of Netherlands», en *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, FIDE-KONGREß (ed.), tomo I, 1996, pgs. 388 en adelante; en lo que respecta a los otros Estados miembro véase la vista general de DE BERRENGER: *Constitution*, op. cit., pgs. 181 en adelante; y también PERNICE: *Fundements*, op. cit., pgs. 52 en adelante.

¹⁸⁰ En este sentido véase también FRANK: *Vorrang*, op. cit., pg. 18; tendencialmente parecido es la cita de JACOBS por ROTHLEY: *Europa alle tedesca*, op. cit., pg. 35: «... the relationship cannot be looked at exclusively from the perspective of a national constitution. It must also be looked at from the perspective of the Community legal system itself...». HUBER: *Recht der europäischen Integration*, 1996, Párrafos 5 (apartado 24) y 7 (apartados 6 y 9); KAUFMANN: *Permanente Verfassungsgebung*, op. cit., pgs. 538 en adelante. Según SELMAYR y PROWALD: *Abschied*, op. cit., pg. 271, el derecho comunitario hoy es «... integraler Bestandteil der Verfassungsordnung...».

¹⁸¹ «Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State», Fallo del 7-7-1995, núm. R01.093.0067-METTEN, Nederlands Juristenblad (NJB- katern) 1995, pg. 426. La traducción en inglés en MJ 3, 1996, pg. 179; para su trascendencia léanse MAYER: *Kompetenzüberschreitung*, op. cit., pgs. 191 y siguientes; véase también la crítica de BESSELINK: *Open Constitution*, op. cit., pgs. 390 y siguientes, y la Cita núm. 80: «... somewhat like Münchhausen...».

actos jurídicos de incorporación¹⁸² responden a tal operatividad, apuntan a una Comunidad de Derecho, que establece para los ciudadanos iguales derechos y obligaciones. Ello se corresponde con el principio de reciprocidad, anclado en las cláusulas de integración de algunos Estados miembros¹⁸³. El mismo trae a la Unión la expectativa justificada de todo ciudadano de la Unión de que se aplicará lealmente el Derecho europeo conforma al art. 10 TCE en todos los Estados y que los derechos de los ciudadanos resultarán efectivamente por igual de las normas europeas¹⁸⁴. La fidelidad al Derecho es fundamento del contrato social europeo. La misma requiere llevar a la práctica el Derecho comúnmente producido.

4. Corresponsabilidad de los tribunales nacionales para el bien jurídico a proteger del art. 6 I TUE

Cuarto. Hay que preguntar, en cuarto lugar, si, sobre las mismas bases, no procedería establecer una reserva a la primacía del Derecho europeo. En el caso extremo de un atentado general contra el estándar irrenunciable de los derechos fundamentales, cuando hubiera resultado infructuoso el diálogo judicial del que habla el art. 234 TCE¹⁸⁵, habría como «ultima ratio» que someter la aplicación nacional interna de un acto jurídico de la Comunidad a un Tribunal Constitucional estatal. Como parámetro no puede, sin embargo, valer cualquier Derecho constitucional estatal, sino solamente el estándar fijado en el art. 6 I TUE. El art. 6 I TUE expresa como «ius cogens»¹⁸⁶, lo que es contenido esencial del *Derecho constitucional común europeo*. *Una tal competencia de excepción (Not-Kompetenz)* formaría también parte del sistema de recíproca estabilización constitucional, que caracteriza a la *liga constitucional*¹⁸⁷. La misma obliga al respeto efectivo a los derechos fundamentales comunes en ambos planos, su ejercicio puede dar lugar a un control judicial de la política europea, sin que llegue a cuestionarse la validez del acto de

¹⁸² En este sentido véase también HIRSCH: *Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht-Kooperation oder Konfrontation?*, NJW 1996, pgs. 2462 en adelante.

¹⁸³ Véase el Artículo 20 I de la Constitución danesa; el párrafo núm. 15 del preámbulo de la Constitución francesa de 1946, y Art. 88.2 de la Constitución francesa actual; el Art. 28 III de la Constitución griega; el Art. 7 VI de la Constitución portuguesa, como también con la condición de igualdad: Art. 11 de la Constitución italiana. Además DE BERRANGER: *Constitutions*, op. cit., pgs. 74 en adelante.

¹⁸⁴ Véase más detalladamente en PERNICE: *Fondements*, op. cit., pg. 56.

¹⁸⁵ La resolución «BANANENMARKT» del BVerfG del 7 de junio de 2000, 2 BvL 1/97, especialmente los núms. al Margen 62 en adelante, EuR 2000, pg. 809; también restrictivo ítem 9.6 del Tribunal Supremo danés, op. cit.; SCHEUING: *Europäisierung*, op. cit., pg. 105, habla de «... Extremfallvorbehalt...». Respecto al principio de «ultima ratio» véase KAUFMANN: *Permanente Verfassungsgebung*, op. cit., pg. 544; véase también PERNICE: *Art. 23 GG*, op. cit., Apartado 31 con comentarios al respecto de un proceso eventualmente necesario de conciliación política; véase también SELMAYR y PROWALD: *Abschied*, op. cit., pg. 276, que consideran el Art. 79 III GG como medida única.

¹⁸⁶ HARDING: *Identity*, op. cit., pg. 141.

¹⁸⁷ Véase al respecto abajo, IV. 5.

que se trate. La decisión sobre la validez es competencia exclusiva del Tribunal de Justicia¹⁸⁸.

En tal sentido, el principio de primacía no comporta una relación de supra o subordinación del Derecho (constitucional) europeo y nacional, en el sentido de una jerarquía de normas¹⁸⁹. Precisamente, es peculiar a la *liga de Constituciones*, no obstante su estructura de varios planos¹⁹⁰, no estar jerárquicamente estructurada¹⁹¹. Ni los Estados miembros ni la Unión son fines en sí mismos; corresponde al interés de los ciudadanos en el Ordenamiento jurídico de la Unión como *Ordenamiento con voluntad, de un lado, de políticas compensatorias, y, de otro, de respeto recíproco (wechselseitiger Auffang-und Gegenseitigkeitsordnung)*¹⁹². Cuando en la resolución sobre los plátanos (*Bananen-Beschluss*) el Bundesverfassungsgericht habla de engranaje de la protección judicial en el plano europeo mediante tanto los tribunales nacionales como los tribunales comunitarios¹⁹³, no hace sino tematizar simultáneamente la corresponsabilidad de los Tribunales constitucionales nacionales para la garantía en régimen de cooperación de los valores comunes esenciales en el sentido del art. 6 I TUE. Ello sirve a la estabilidad del Ordenamiento general común.

5. Postulado de la homogeneidad constitucional y recíproca estabilización del Derecho constitucional europeo y del Derecho constitucional de los Estados

Quinto. En este Ordenamiento general común, por un lado, las cláusulas de garantía de la forma de gobierno de las constituciones nacionales (art. 23 I 1 GG) y, por otro, la cláusula de homogeneidad del art. 6 I TUE en combinación con el mecanismo sancionador del art. 7 TUE forman un sistema de estabilización constitucional recíproco¹⁹⁴; en tal sentido, es condi-

¹⁸⁸ Véase el fallo «FOTO-FROST» del TJCE, Rec. 1987, pg. 4232.

¹⁸⁹ Crítico ya BIEBER y SALOMÉ: «CMLRev. 33», en *Hierarchy of Norms in European Law*, 1996, pg. 912 con comentarios a la posición superior de los Estados miembro como «... Gesetzgeber...» de las normas otra vez jerárquicamente superiores a ellos.

¹⁹⁰ Respecto a la consideración de los niveles como «... Plattformen ..., die nebeneinander auf gleicher Höhe stehen können...», véase MAYER: *Kompetenzüberschreitung*, op. cit., pg. 37; Véanse también BENZ: «Schmidt-Abmann y Hoffmann-Riem, «Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts»», en *Verwaltungskooperation im Mehrebenensystem der Europäischen Union-Das Beispiel der regionalen Strukturpolitik*, 1999, pgs. 46 y siguientes.

¹⁹¹ En comparación a la delimitación de la liga: v. BOGDANDY: *Die Europäische Union als supranationale Föderation*, Integration 1999, pg. 95, Citas núms. 4 y 5.

¹⁹² HUBER: *Demokratie*, op. cit., pg. 52; y del mismo autor, *Recht der Europäischen Integration*, 1996, párrafo 9, apartados 7 y siguientes.

¹⁹³ Resolución del BVerfG, BANANENMARKT, op. cit., pg. 810.

¹⁹⁴ Véase también v. BOGDANDY: *Europäische Union*, op. cit., pgs. 1 en adelante; ZEMANEK: *Mittel-und Osteuropa vor dem EU-Beitritt: Erwartungen an die Europäische Union und rechtliche Bedingungen für den Verzicht auf die nationale Souveränität*, KLOEPFER y PERNICE, Entwicklungsperspektiven, op. cit., pg. 136; MACHETE: *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, F.I.D.E. 17 (ed.), 1996, pg. 395; más detalladamente PERNICE: *Multilevel Constitutionalism*, op. cit., pgs. 715 en adelante; véase también el prefacio en: BATTIS, KUNIG, PERNICE

ción existencial de la *liga europea de Constituciones*¹⁹⁵. El funcionamiento de un sistema en el que la formación de voluntad y la ejecución del Derecho discurren vía las instituciones de los Estados miembros depende, de que esté garantizado un estándar común en materia de principio democrático, protección de derechos fundamentales y postulado de Estado de Derecho¹⁹⁶. La garantía de los valores comunes, tal como consta en el art. 6 TUE y en numerosos preceptos de los Tratados, impone necesariamente límites a la autonomía de las constituciones nacionales¹⁹⁷. La transferencia de amplias competencias a las instituciones europeas y las expresas interdicciones en el Tratado de la Comunidad hacen que, en el seno de la Unión, la idea de una competencia estatal de la competencia sobre rasgos de reliquia de una idea obsoleta de la soberanía¹⁹⁸.

V. EL PORVENIR DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Según una encuesta del Eurobarometer, de 24 de julio del 2000, el 70% de los ciudadanos europeos desea tener una Constitución europea; incluso en Inglaterra, el 47% es partidario de una Ley fundamental europea –frente a sólo 6% contra y 47% de no sabe– no contesta¹⁹⁹. El debate político es intenso; SCHÄUBLE/LAMERS, RAU Y CIAMPI, FISCHER, CHIRAC entre otros se han planteado el tema²⁰⁰. Sería un retorno al siglo pasado que

y RANDELZHOFFER (eds.): *Grundgesetz*, op. cit., pgs. 7 en adelante; y OPPERMANN: *Nationale Verfassungsautonomie und supranationale Bindung innerhalb der Europäischen Union*, pg. 119: «... eine Realität...».

¹⁹⁵ Véase ya PERNICE: *Bestandssicherung*, op. cit., pgs. 261 en adelante.

¹⁹⁶ Ya según BADURA: *Bewahrung*, op. cit., pg. 95, es imprescindible que el «... demokratische Charakter dieser öffentlichen Gewalt bis zu einem gewissen Grade zur Funktion des demokratischen Charakters der Mitgliedstaaten werden...».

¹⁹⁷ Véase el resumen de PERNICE: *Grundrechte-Charta*, op. cit., pg. 852; y más detallado del mismo autor, *Fondements*, op. cit., Párrafo 2.3.

¹⁹⁸ GRABITZ: *Der Verfassungsstaat in der Gemeinschaft*, DVBI 1977, pg. 79. Críticas de IPSEN: *Europäische Verfassung*, op. cit., pg. 202: «... Die staatliche Kompetenz-Kompetenz hat sich durch den Beitritt zur Gemeinschaft selbst beschränkt...». FROWEIN: *Verfassung*, op. cit., pg. 319: «... Keine hat eine rechtlich anerkannte Kompetenz-Kompetenz...». Véanse también VAN DER TANG: *Sovereinität*, HOLTSMAN Y OTROS (eds.), *Algemene begrippen staatsrecht*, 1991, pg. 28, concerniente a las restricciones a través del derecho europeo.

¹⁹⁹ En Alemania estaba el 68% a favor de una constitución, el 23% en contra, y el 9% indecisos. En Francia la relación era 75:6:19, en Italia 84:3:13, y en Holanda 88:4:8; Véanse la encuesta del Eurobarómetro del 24 de julio del 2000, respondiendo la pregunta: Do you think that the European Union should or should not have a constitution, that is a core document which brings together the various current Treaties?, <http://europa.eu.int/comm/dg10/epo/ch/eb53/highlights.html>. Véanse también «EU- Verfassung findet breite Zustimmung», en *Financial Times Deutschland*, 25 de julio del 2000.

²⁰⁰ SCHÄUBLE y LAMER: *Europa braucht einen Verfassungsvertrag*, FAZ núm. 103, 4-5-1999; SCHÄUBLE: *Europa vor der Krise*, FAZ núm. 132, 8-6-2000, pg. 10; RAU: *Die Quelle der Legitimation deutlich machen. Eine föderale Verfassung für Europa*, FAZ núm. 257, 4-11-1999, pg. 16; y del mismo autor, *Wir brauchen eine europäische Verfassung*, Die Welt, 18-9-2000; CIAMPI, Universidad de Leipzig, 5 y 6 del julio 2000: «... Die europäische Integration ist im Begriff, sich aus einer wirtschaftlichen und monetären zu einem echten Band demokratischer

nos planteáramos una nueva Constitución conforme a viejos cánones. La demanda de la misma deslegitima la Unión. En realidad, hace tiempo que estamos en un proceso constituyente –por más que los Tratados no correspondan a la visión tradicional de Constitución–. Hay que cobrar conciencia de que, conjuntamente con la ampliación y la consiguiente integración de los ciudadanos de los nuevos Estados miembros, las reformas comportan un nuevo *contrato social*. Habremos de eliminar los déficit actuales en cuanto a transparencia, seguridad jurídica y responsabilidad democrática– digamos, mediante la consolidación de los Tratados en forma de un texto unitario con la Carta de derechos fundamentales²⁰¹, una tabla sistemática de competencias²⁰² y el reforzamiento del Parlamento Europeo. Habida cuenta de las transformaciones internas del Estado en términos de *Estado cooperativo de administración*²⁰³ y de la creciente importancia de la sociedad civil en todos los planos, es el momento de traer a primer plano reflexiones orientadas a nuevas estructuras, por ejemplo, las discutidas bajo la rúbrica *governance* que complete la Administración jerárquica mediante autodirección social en redes cooperativas²⁰⁴. De ello debe tratarse, cuando Böckenförde demanda *instalar o desarrollar formas y disposiciones, que hagan experimentar a pueblos e individuos en Europa*

Solidarität auszuweiten. Dieser Prozeß macht eine Europäische Verfassung erforderlich...»; FISCHER: *Vom Staatenverbund zur Föderation -Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*, FCE-Special, 2/00, www.whi-berlin.de/fischer.htm, Apartado 56; CHIRAC: *Mit Deutschland und Frankreich eine «Avantgarde-Gruppe» bilden. Die Europa-Rede des französischen Staatspräsidenten Jacques Chirac vor dem Deutschen Bundestag in Berlin*, FAZ núm. 147, 28-6-2000, pgs. 10 y 11.

²⁰¹ El texto provisional está impreso en FAZ núm. 181, 12 de agosto del 2000, pg. 12; véase al respecto en la misma: TOMUSCHAT: *Manche Rechte bedürfen der Konkretisierung*, pg. 13; muy crítico SCHACHTSCHNEIDER: *Ein Oktroi, nicht die gemeinsame Erkenntnis freier Menschen von ihrem Recht*, FAZ núm. 206, del 5 de septiembre del 2000, pgs. 9 y siguientes; DÄUBLER-GMELIN: *Vom Marktbürger zum EU-Bürger*, FAZ núm. 7, 10 de enero del 2000, pg. 11; WEBER: *Die Europäische Grundrechtscharta-auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung*, NJW 2000, pg. 537; PERNICE: *Grundrechtscharta*, op. cit., pg. 847; HIRSCH: «Instituto «Walter Hallstein» de Derecho Constitucional (ed.), «Grundfragen der europäischen Verfassungsentwicklung», en *Eine Grundrechtscharta für Europa?*, 2000, pgs. 55 en adelante; DI FABIO: *Charta*, op. cit., pgs. 737 en adelante.

²⁰² Véase al respecto PERNICE: *Kompetenzabgrenzung im europäischen Verfassungsverbund*, *JuristenZeitung* 2000, pg. 737.

²⁰³ Véase SCHUPPERT: *Legitimation*, op. cit., pg. 78, con un comentario al respecto de la paralelidad del desarrollo en el «...Innenfront...» hacia un Estado cooperativo, y en el «... Aussenfront...» hacia un Estado constitucional cooperativo. Véanse también SCHULZE-FIELTZ: «Voigt (ed.), *Abschied vom Staat-Rückkehr zum Staat?*», en *Der Leviathan auf dem Wege zum nützlichen Haustier?*, 1993, pg. 119: «... Abschied vom Staat als Entwicklungsprozeß», que se refiere al cambio en el interior junto a los perdidos de la competencia hacia Europa, que «das Problem der pluralistischen Vielfalt in der (über) staatlichen Einheit ganz neu stellen...».

²⁰⁴ Al respecto, el Presidente de la Comisión, PRODI, había anunciado un libro blanco en la primavera del año 2001, «... Livre blanc sur la gouvernance: Approfondir la Démocratie en Europe...»; en la misma dirección véase también la recomendación: *Europäisches Beratendes Forum für Umwelt und nachhaltige Entwicklung* (éd.), «Zukunftsfähiges Regieren. Institutionelle und verfahrenstechnische Aspekte der Nachhaltigkeit», 2000.

INGOLF PERNICE

que la acción de las instituciones europeas, es decir, la política europea, no es algo lejano y extraño sino también asuntos en los que participan, a los que concurren a constituir y que están dentro de su control ²⁰⁵.

²⁰⁵ BÖCKENFÖRDE: *Staat*, op. cit., pg. 91. En cuanto a la discusión reciente sobre «Post-Nizza Prozess», véase la Audiencia pública del Bundestag alemán del 14 de Marzo de 2001: «... Zur Verfassungsdiskussion in der Europäischen Union...».