

# Estudios de Deusto

Vol. 53/2 Julio-Diciembre 2005

## Sumario

**La dimensión jurídica de la novela *El Proceso* de Franz Kafka**

José Andrés Álvarez Patallo

**El «resultado» en la obligación del médico.**

**¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?**  
Ricardo de Angel Yágüez

**Criterios y valoraciones políticas de la prensa**

Ignacio María Beobide Ezpeleta

**Cómputo de algunos plazos en el concurso de acreedores**

Fernando Gómez Martín

**Constitución, Constitucionalización y Constitucionalismo de la Unión Europea**

Luis Ignacio Gordillo Pérez

**Arbitraje y Derecho europeo de la competencia: Viejos problemas y nuevos dilemas**

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Juliana Rodríguez Rodrigo

Universidad de  
Deusto



# CONSTITUCION, CONSTITUCIONALIZACION Y CONSTITUCIONALISMO DE LA UNION EUROPEA

Luis Ignacio Gordillo Pérez

Profesor ayudante de Derecho Constitucional Comparado de la Universidad de Deusto  
Becario MEC-FPU, ref. AP2003-2394

*Sumario:* I. Sobre el término «Constitucionalización». II. ¿Qué es una constitución? 1. Aproximación al concepto de constitución. A. Orígenes. B. Aproximación al concepto de constitución desde la Teoría del Estado. a) El concepto racional-normativo. b) El concepto histórico. c) El concepto sociológico. d) El concepto mínimo. C. Recapitulación sumaria: el concepto de constitución en la doctrina europea actual. 2. Elementos esenciales o contenido mínimo. A. Estado de Derecho e imperio del Derecho. B. Derechos y libertades fundamentales. C. Separación de poderes. D. Principio democrático. 3. Tratado y constitución. A. Consideraciones preliminares. B. La debilidad argumentativa de los enfoques tradicionales. C. El argumento de los tipos de normas: aprobación, modificación y extinción de tratados y constituciones. D. Recapitulación sumaria. III. Constitucionalismo y Unión Europea. 1. La constitución de la UE. A. Consideraciones preliminares. B. Sector doctrinal que niega la existencia de una Constitución europea. C. Sector doctrinal que sostiene la existencia de una Constitución europea. a) Perspectiva formal: los Tratados constitutivos como constitución de la Unión Europea. b) Perspectiva material: la jurisprudencia como factor principal de constitucionalización de la Unión Europea. 2. El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

## I. Sobre el término «Constitucionalización»

El término *constitucionalización* se ha instalado rápidamente en las reflexiones doctrinales actuales del campo del Derecho constitucional, especialmente en relación con la evolución que está sufriendo el sistema jurídico e institucional de la Unión Europea. El vocablo parece ser de origen inglés (*constitutionalization*), es bien conocido en la doctrina germana (*Verfassungsentwicklung*), y resulta ciertamente familiar en español, sin embargo, su empleo en la lengua castellana sólo se ha generalizado —al menos en la jerga jurídica— a raíz del debate surgido en torno a la Unión<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Para un breve comentario sobre el origen de la palabra, que el autor sitúa en la lengua inglesa, *vide* CONSTANTINESCO, V., «La constitutionalisation de l'Union Européenne», en

A primera vista, la constitucionalización hace referencia al proceso por el cual una norma desprovista inicialmente de dicho carácter adquiere un valor constitucional, es decir, que se situaría por encima, en la misma cúspide, de la pirámide normativa del ordenamiento jurídico considerado. De este modo, la palabra *constitucionalización* «implica un proceso combinado y circular mediante el cual los tratados han sido interpretados con la ayuda de técnicas utilizadas por los textos constitucionales antes que con aquéllas utilizadas por los tratados multilaterales y, mediante estos procedimientos, los tratados (...) eran considerados el “Derecho superior”, de la misma manera que lo sería una constitución»<sup>2</sup>.

Así pues, la *constitucionalización* haría referencia a la adopción por parte de la Unión de procesos y técnicas constitucionales (imitando el funcionamiento jurídico-institucional de los Estados europeos, en cuanto al reparto y ejercicio del poder e incluso en lo referente a la protección de los Derechos fundamentales), convirtiéndolos en propios de la Unión, y prescindiendo así, en su funcionamiento *ad intra*, de las técnicas propias del Derecho internacional. Es decir, en la evolución de la Unión Europea, ésta, nacida siguiendo los procedimientos propios del Derecho internacional, ha ido dotándose de reglas de funcionamiento interno y de un cierto programa (el proyecto europeo) propios. Como fuentes de inspiración ha contado con la experiencia de las organizaciones internacionales y los Estados, por lo que dichas reglas y «cláusulas programáticas» resultarán ya conocidas o, al menos, familiares. En este debate, aderezado con opiniones no siempre estrictamente científicas, habida cuenta de los encontrados sentimientos que genera el «proyecto europeo», muchos han visto, con el notabilísimo ejemplo del propio Tribunal de Justicia, una constitución o «carta constitucional» de la Unión en los tratados constitutivos<sup>3</sup>. Además, para avivar la polémica, la Convención sobre el futuro de Europa, presidida por el ex presidente francés GISCARD D'ESTAIGN, aprobó

---

RIDEAU, J., *De la Communauté de droit à l'Union de droit: Continuités et avatars européens*, LGDJ, Paris, 2000, pp. 133 a 152, especialmente, p. 237.

<sup>2</sup> WEILER, J.H.H., «Supranationalism revisited. A retrospective: the European Communities after 30 years», en MAIHOFFER, W. (ed.), *Noi si mura*, European University Institute, Florence, 1986, p. 342.

<sup>3</sup> Así, el TJCE ha calificado los Tratados de «Carta constitucional de base» (STJCE de 23.04.1986, caso 294/83, *Partido ecologista «Los verdes» c. el Parlamento Europeo*, Rec. 1339) o incluso de «Carta constitucional de una comunidad de Derecho» (Dictamen 14.12.1991, *Proyecto de acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo*, Dictamen 1/91, párrafo 21, Rec. 1991, p. I-6079, § 21).

el proyecto reforma de los Tratados, que luego hizo suyo, con las oportunas modificaciones, el Consejo Europeo, con el nombre de *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*. La llamada constitución Europea, por algunos, o Tratado constitucional, por otros, según se quiera resaltar uno u otro aspecto, actualmente se encuentra en una situación de *impasse*, tras el «no» de Francia y de Holanda en sendos *referenda*. Pero ello no evita que se acuda a ella para intentar esclarecer algunas cuestiones, como la de su naturaleza o su posible evolución, bien hacia estructuras más constitucionales o intergubernamentales.

Al enfrentarse a la cuestión de si la UE tiene o no constitución, se corre el riesgo de caer en un interminable círculo vicioso, amén de nunca dar una respuesta adecuada. Y esto, fundamentalmente, por dos tipos de razones: la primera de ellas porque no existen definiciones unívocas ni para la UE ni para el término «constitución», y la segunda porque, con frecuencia, la doctrina reserva dicho texto legal sólo al Estado, en cuyo caso, además, sería un elemento definitorio del mismo, con lo que se caería en la tentación de argumentar, otra vez como una serpiente que se muerde la cola, que un Estado es Estado en la medida en que posee constitución y que una constitución es constitución sólo si se está en presencia de un Estado. Evidentemente, la UE no es un Estado, o al menos no un Estado en el sentido clásico del término, con lo que no podría tener una constitución con las mismas características y contenido que un Estado soberano. Pero sería quizá negar la evidencia obviar la indudable repercusión que tienen las normas constitucionales en el proceso de configuración de la Unión. Tampoco sería serio olvidar y reelaborar los conceptos que, con numerosas diferencias e innumerables matices de un autor a otro y de un país a otro, las tradiciones constitucionales occidentales han elaborado. Por ello, el presente análisis partirá de las definiciones elaboradas por la doctrina en el último siglo, para abordar a continuación las propuestas que permiten la calificación de «constitución» de textos legales no referidos a un Estado soberano, en el sentido tradicional del término, permitiendo un trasvase pacífico de los logros consolidados frente a la que ha sido la forma tradicional de organización social, hacia la nueva entidad en la que se está transformando Europa.

En este trabajo, forzosamente breve, se abordará el concepto de constitución desde el punto de vista de la dogmática clásica para, seguidamente, contraponerlo al de tratado internacional. A continuación se analizará hasta dónde ha llegado la *constitucionalización* de la Unión y cuáles son sus elementos esenciales.

## II. ¿Qué es una constitución?

### 1. *Aproximación al concepto de constitución*

#### A. ORÍGENES

Decía el profesor GARCÍA-PELAYO que el término constitución «es uno de esos conceptos simbólicos y combativos que hallan su *ratio* no en la voluntad de conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia con el adversario»<sup>4</sup>. Esta afirmación, que algún autor creía «exagerada» y limitada sobre todo al último tercio del siglo XVIII, en que se comienza a discutir sobre una realidad muchas veces no plasmada en ningún documento, sería plenamente válida en el debate actual sobre la Unión Europea al que se viene haciendo referencia<sup>5</sup>.

A pesar de las lógicas «controversias», en el Derecho constitucional histórico, poco a poco, fueron admitiéndose algunas características de la constitución, a saber:

- a) La constitución hace referencia a la organización del poder político, pero no a cualquier forma abstracta o configuración histórica de él, no al poder del tirano o del Estado despótico<sup>6</sup>. No se habla de constitución en relación con el poder en Estado puro ejercido como fuerza frente a quienes lo soportan, sino con el poder concebido como dominio o soberanía, regulado, de alguna manera, por el Derecho y ejercido sobre quienes con sus derechos limitan ese poder o incluso participan de él.
- b) La constitución es algo que viene del pasado, se legitima por su antigüedad y es emocionalmente recibido y vivido como herencia, o es algo proyectado hacia el futuro y legitimado por su racionalidad.
- c) La constitución obliga, tanto si se la entiende como tradición o como ley nueva, y tiene fuerza vinculante hasta para los titulares del poder político.

---

<sup>4</sup> GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1987, p. 33.

<sup>5</sup> Dicho autor es TOMÁS y VALIENTE, F., *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 29.

<sup>6</sup> Así, MONTESQUIEU llegó a escribir que en los Estados despóticos «no hay Ley», en su libro, *De l'esprit des lois*, XIX, 12, vide MONTESQUIEU, C. DE S., *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1995.

## B. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN DESDE LA TEORÍA DEL ESTADO

Es clásico el análisis realizado por el profesor GARCÍA-PELAYO y completado por TOMÁS y VALIENTE, entre otros, estudiando la «tipología de los conceptos de constitución»<sup>7</sup>. Dado su interés, se seguirá la misma estructura en este estudio.

### a) El concepto racional-normativo

Según un concepto racional-normativo, se puede definir la constitución como «un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La constitución es, pues, un sistema de normas»<sup>8</sup>.

Fueron dos sociedades en trance de ruptura, la norteamericana respecto de su metrópoli y la francesa frente al Antiguo Régimen, las que alumbraron una concepción de la constitución como ley nueva, sencilla, superior a cualquier otra, expresión de la voluntad constituyente de la nación (francesa) o del pueblo (de los Estados Unidos), e instrumento normativo que declara y garantiza «los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre»<sup>9</sup>.

La constitución es una ley nueva en tanto en cuanto rompe con el pasado. La francesa de 1791 dedica un solemne párrafo inicial a declarar la voluntad de la Asamblea Nacional a abolir irrevocablemente aquellas instituciones y privilegios del pasado «que dañaban la libertad y la igualdad de derechos».

Es una ley sencilla, tal y como corresponde a la intención ilustrada de claridad legislativa, y al propósito de que todo ciudadano la entienda, para que no ocurra como con la constitución de Inglaterra que «es tan desordenada y compleja que la nación puede sufrir sus defectos durante años sin que se pueda descubrir dónde residen»<sup>10</sup>. Debe ser, pues, obra del sentido común (*common sense*).

---

<sup>7</sup> GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., pp. 33 a 53, TOMÁS y VALIENTE, F., *Constitución: Escritos de introducción histórica*, op. cit., pp. 30 a 35.

<sup>8</sup> GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 34.

<sup>9</sup> Así reza el preámbulo de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789).

<sup>10</sup> PAINE, T., *Common Sense and other Writings*, Forum Books, New York, 1966, p. 57 (la cita se halla en su ensayo de 1776 titulado *Of the origin and design of government in general, with concise remarks on the English Constitution*).

La constitución reconoce «el principio de la soberanía del pueblo, es decir, la supremacía de la voluntad general sobre todas las voluntades particulares»<sup>11</sup>. Dicha soberanía se expresaría, pues, con un acto fundante del poder constituyente. Por eso algún autor apostillaría que la constitución «no tiene una existencia ideal, sino real»<sup>12</sup>. Es algo que antecede al gobierno, pues un gobierno no es más que la criatura de una constitución<sup>13</sup>. Más aún, tal y como defendía TOCQUEVILLE, no sólo la competencia de los órganos o instituciones, sino su misma existencia radica en la constitución<sup>14</sup>. La constitución de un país, de este modo, «no es el acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye su gobierno»<sup>15</sup>. De ahí arranca su superioridad normativa como obra de ese radical poder constituyente, y no de un derivado poder legislativo constituido u ordinario, del que procederán después las demás leyes<sup>16</sup>.

Por último, los derechos naturales que dentro del pensamiento pactista son el principio y fundamento del Estado, puesto que al pactar el nacimiento de éste los hombres pretenden conservar aquéllos, concebidos como libertades individuales que el Estado debe asegurar protegiendo su ejercicio, su disfrute. Ahora bien, se da la paradoja de que el mayor enemigo de la libertad individual no es el Estado, su garante, pero sí los oficiales encargados de ejercer dentro del Estado los diferentes ámbitos del poder político. De ahí que «la separación de todos los poderes públicos, así como una buena constitución sobre los mis-

<sup>11</sup> CONSTANT, B., «Principios de política», en *Escritos políticos*, traducción de M. L. SÁNCHEZ MEJÍA, CEC, Madrid, 1989, p. 7.

<sup>12</sup> La aseveración es de T. PAINE, comentando la revolución francesa. Citado en TOMÁS y VALIENTE, F., *Constitución: Escritos de introducción histórica*, op. cit., p. 33.

<sup>13</sup> CONSTANT, B., *Cours de politique constitutionnelle*, 3<sup>o</sup> ed., Bruxelles, 1837, p. 55, cit. en GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 35.

<sup>14</sup> Así, TOCQUEVILLE se preguntaba y respondía: «¿De quién recibe el rey sus poderes? De la constitución. ¿De quién los pares? De la constitución. ¿De quién los diputados? De la constitución... ¿En qué punto se han de colocar para cambiar la constitución? Una de dos: o son impotentes sus esfuerzos contra la Carta Constitucional, que continúa estando depositada en sus manos, y entonces continúan operando en su nombre, o ellos pueden cambiar la Carta, y en este caso la ley, en virtud de la cual ellos existían (como funcionarios), no existe ya, y ellos mismos se nulifican. Al destruir la Carta se destruyen a sí mismos», en TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América*, vol. I., (trad. de C. CERRILLO ESCOBAR), Ed. Daniel Jorro, Madrid, 1911, pp. 589 a 590.

<sup>15</sup> PAINE, T., *Common Sense and other Writings*, op. cit., p. 59.

<sup>16</sup> La expresión más radical de este pensamiento es KELSEN, para quien la soberanía es una propiedad del orden jurídico que se suponga como válido, o sea, como «vigente»; esta propiedad consiste en que sea un orden supremo, cuya vigencia no es derivable de ningún otro orden superior; es decir, cuando es un orden que deriva de una misma norma fundamental, o sea, de una misma constitución. Vide KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., UNAM, México, 1982, especialmente, pp. 232 a 235.

mos son la única garantía que puede preservar a la Nación y a los ciudadanos» de los abusos de aquellos mandatarios del Estado<sup>17</sup>.

## b) El concepto histórico

En los últimos decenios del s. XVIII se perfila el concepto histórico de la constitución, sobre todo, pero no exclusivamente, en Gran Bretaña, como reacción y antídoto contra el concepto revolucionario de la constitución triunfante en las colonias norteamericanas a punto de independizarse o en la Francia de 1789. En aquella época, YOUNG y BURKE defendieron apasionadamente la constitución histórica británica<sup>18</sup>. Desde la Carta Magna de 1215 hasta el *Bill of Rights* de 1689, la constitución británica se presenta ante los ojos del inglés como una «herencia» de sus «mayores», ciertamente no inmutable, pero en la que todas las reformas se han llevado a cabo respetando aquel espíritu, es decir, con arreglo al principio del respeto al pasado, lo cual implica, además, la obediencia a un sabio pragmatismo, porque «la ciencia práctica del gobierno» se basa en la experiencia y, por consiguiente, «sólo con infinitas precauciones se podría uno aventurar a destruir un edificio [la constitución Británica] que durante siglos ha cumplido de manera conveniente los fines generales de una sociedad»<sup>19</sup>.

Distintas versiones de este historicismo que sacraliza la historia, pero que paradójicamente convierte el pasado en foto fija que sólo admite retoques, y exige lealtades conservadoras de una constitución concebida como tradición, reaparecieron en distintos momentos de la historia europea: «así, está situado en el fondo del liberalismo doctrinario francés, del pensamiento de la Escuela histórica del Derecho y del romanticismo alemanes, y resucita con el renacimiento de cualquier nacionalismo que no puede olvidar la exaltación de unos fueros, o leyes, o costumbres —o todo ello— integrantes de una constitución histórica

---

<sup>17</sup> SIEYÈS, E., *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Alianza, Madrid, 1989, p. 183.

<sup>18</sup> YOUNG menciona con desprecio el uso que los franceses hacen de ese término, como si una constitución fuese «un *pudding* que se hace con un recipiente», YOUNG, A., *Arthur Young's Travels in France*, George Bell and Sons, London, 1909, (1789-4.32). La expresión aparece en la hoja correspondiente al 27 de junio de 1789. BURKE defendió con apasionamiento contrarrevolucionario la constitución como tradición: «Si deseáis conocer el espíritu de nuestra constitución (...) buscadlo en nuestras historias, en nuestros archivos, en las actas parlamentarias, en los diarios del Parlamento», en BURKE, E., *Reflections on the French Revolution*, Vol. XXIV, Part 3. The Harvard Classics, Collier & Son, 1909-14. New York, 2001, para. 51.

<sup>19</sup> BURKE, E., *Reflections on the French Revolution*, op. cit., paras. 51 y 79.



que fuerzas enemigas han procurado sin éxito destruir, porque en último término la constitución histórica permanece asociada de forma tan misteriosa como imperecedera a un “espíritu del pueblo” del que emana, o a unas “señas de identidad” en ella reflejada»<sup>20</sup>.

### c) El concepto sociológico

El concepto sociológico de constitución es la proyección del sociologismo en el campo constitucional. Siguiendo a la doctrina más autorizada, se entiende por tal una concepción científica y una actitud mental que de manera más o menos intensa y extensa relativiza la política, el Derecho y la cultura a situaciones sociales<sup>21</sup>. En lo que atañe a este trabajo, hay coincidencias inevitables entre los conceptos histórico y sociológico de constitución, pues, por una parte, es difícil, si no distinguir la Sociología de la Historia, sí que lo es distinguir la realidad social de la realidad histórica, ya que aquélla tiene lugar en el marco de ésta y en un tránsito de los precedentes a lo futuro; en segundo lugar, lo que interesa a un concepto histórico de constitución son siempre determinadas estructuras de poderes sociales concretos o de conciencias colectivas insertas en ellos. Por consiguiente, se hace necesario fijar de una manera precisa qué se entiende por concepto sociológico en su doble oposición al racional y al histórico<sup>22</sup>. Así, se entiende por tal aquél que se basa en las siguientes afirmaciones:

- a) La constitución es primordialmente una forma de ser y no de deber ser.
- b) La constitución no es resultado del pasado, sino inmanencia de las situaciones y estructuras sociales del presente, que para una gran parte del pensamiento del siglo XIX —y no solamente para MARX— se identifican con situaciones y relaciones económicas.
- c) La constitución no se sustenta en una norma trascendente, sino que la sociedad tiene su propia «legalidad», rebelde a la pura normatividad e imposible de ser dominada por ella; el ser, no de ayer, sino de hoy, tiene su propia estructura, de la que emerge o a la que debe adaptarse el deber ser.
- d) Si en lo que respecta al Derecho la concepción racional gira sobre el momento de validez, y la histórica sobre el de legitimidad, la concepción sociológica lo hace sobre el de vigencia.

<sup>20</sup> TOMÁS y VALIENTE, F., *Constitución: Escritos de introducción histórica*, op. cit., p. 31.

<sup>21</sup> GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 46.

<sup>22</sup> Profundizando en este aspecto, vide GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., pp. 46 a 47.

Tal concepto sociológico se encuentra, por ejemplo, en SISMONDI, cuando define a la constitución como «la manera de existir de una sociedad, de un pueblo o de una nación. (...) En este sentido sería imposible que existiese un Estado sin constitución, sin manera alguna de vida»<sup>23</sup>; por consiguiente, nada ha de ser más variable que la teoría de las constituciones, ya que el legislador debe «respetar la vida del cuerpo político, tal como existe» conservando aquello que le parezca adecuado al interés general, pero teniendo en cuenta que «los pueblos existen y no son ciertamente los legisladores quienes les dieron la vida: los pueblos existen y cada cual tiene una constitución en el sentido más lato de la palabra, por tanto, que existe. El legislador debe sólo tocar esta constitución, la lima, y nada indica un espíritu más superficial y más falso, al mismo tiempo, que la empresa de trasplantar la constitución de un país a otro, o de dar una nueva constitución a un pueblo, no según su genio o su propia historia, sino según algunas reglas generales»<sup>24</sup>. Para el citado autor, el problema constitucional radica en un equilibrio entre el ser y el deber ser, de manera que «cuando una constitución es racional, cuando está conforme con el verdadero desarrollo de la ciencia social, debe garantizarse a sí misma; preparando al mismo tiempo los medios de formarse [reformarse] y de acrecentarse, hasta llegar a lo que debe ser»<sup>25</sup>.

A la vista de estas breves pinceladas, es claro que el concepto preciso de constitución que mantengan los partidarios de esta tendencia (la sociológica) será función de la diversa concepción que se mantenga de lo social; de manera que en este punto son determinantes las diversas concepciones sociológicas, con toda la gama de sus diferenciaciones y contraposiciones. Ello no obstante, en lo que a este análisis se refiere, interesan no tanto las formulaciones científicas precisas como las concepciones ideales; y, en este sentido, las direcciones de esta tesis van desde la consideración de la constitución como la simple sistematización jurídica de los poderes fácticos, hasta la de concebirla como resultado de todo un conjunto de circunstancias ambientales de diverso orden. La primera tesis está representada por LASALLE para quien «la constitución es la suma de los factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momen-

---

<sup>23</sup> SISMONDE DE SISMONDI, M. J. C. L., *Estudios sobre la constitución de los pueblos libres*, Traducción de J. Amador de los Ríos, Alvarez y Cía., Sevilla, 1843, p. 14.

<sup>24</sup> SISMONDE DE SISMONDI, M. J. C. L., *Estudios sobre la constitución de los pueblos libres*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>25</sup> SISMONDE DE SISMONDI, M. J. C. L., *Estudios sobre la constitución de los pueblos libres*, *op. cit.*, pp. 37 a 38.

to, incorporados a un papel, no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en Derecho»<sup>26</sup>. Como ejemplo de la segunda, valga citar la definición —a mitad de camino entre MONTESQUIEU y el positivismo— dada por DE MAISTRE: «¿Qué es una constitución? ¿No es cierto que no es otra cosa que la solución del problema siguiente? Dadas la población, las riquezas, las buenas y las malas cualidades de una determinada nación, encontrar las leyes que le convienen»<sup>27</sup>.

En todo caso, es característica del concepto sociológico de constitución entender que la estructura política real de un pueblo no es creación de una normatividad, sino expresión de una infraestructura social, y que si tal normatividad quiere ser vigente ha de ser expresión y sistematización de aquella realidad social subyacente. Pero en cuanto que de hecho se puede dar una normatividad jurídico constitucional en desacuerdo con la estructura real, esta tendencia lleva implícita la escisión del concepto de constitución en dos partes, al distinguir entre una constitución real o sociológica y una constitución jurídico-política, la cual será tanto más vigente y eficaz cuanto más tienda a coincidir con la primera<sup>28</sup>.

#### d) El concepto mínimo

De las concepciones anteriormente expuestas deriva lo que se ha dado en llamar *concepto mínimo* de constitución, expuesto, por primera vez, en el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que dice así: «Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de

<sup>26</sup> LASALLE, F., *¿Qué es una constitución?*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 70.

<sup>27</sup> Vide DE MAISTRE, J. M., *Consideraciones sobre Francia*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 67.

<sup>28</sup> Esa concepción surge como concepto polémico mantenido por conservadores y socialistas contra el Estado liberal, atacando lo que constituía la clave jurídico-política de su sistema, es decir, la teoría racional de la constitución, y buscando en tal doctrina una base ideológica de sustentación a sus pretensiones políticas. Los principales representantes de ambas tendencias fueron VON STEIN y LASALLE. Así, sobre VON STEIN y su contraposición dialéctica Estado-Sociedad, presupuesto de sus reflexiones sobre la constitución, vide GARCÍA-PELAYO, M., «La teoría de la sociedad en Lorenz Von Stein», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 47, 1949, pp. 43 a 88. Para un entendimiento del concepto de constitución en LASALLE, vide LASALLE, F., *¿Qué es una constitución?*, *op. cit.*, especialmente, p. 97, donde asevera que «los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho sino de poder, la verdadera constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social». Hay que tener presente que en el concepto de constitución que se está exponiendo en este apartado no cabe hablar de soberanía abstracta y despersonalizada de la constitución, sino de poderes concretos.

los poderes, carece de constitución»<sup>29</sup>. Sin estos elementos, una ley podrá llamarse constitución, pero no lo será. Así pues, no es constitucional cualquier ordenación fundamental del Estado, sino precisamente aquella que reúne estas dos condiciones: la garantía de los derechos individuales y la división de poderes que sirve a la efectividad de aquéllos<sup>30</sup>. Asimismo, si bien éste era el mínimo indispensable, «de ahí hacia arriba, una constitución debía procurar la realización de la mayor carga utópica que fuera posible. Todo legislador constituyente debía poner su mayor entusiasmo para lograr “la más noble y pura constitución sobre la faz de la tierra”»<sup>31</sup>.

Mucho después, a mediados del siglo XX, K. LÖWENSTEIN, continuando esa línea de pensamiento, insistió en la existencia de unos requisitos fundamentales que bien se podría afirmar que siguen estando considerados «como el mínimo irreducible de una auténtica constitución»<sup>32</sup>. Estos serían:

- a) La diferenciación de las diversas tareas estatales y su asignación a diferentes órganos estatales u ostentadores del poder para evitar la concentración del poder en las manos de un único y autoritario detentador del poder.
- b) Un mecanismo planeado que establezca la cooperación de los diversos ostentadores del poder. Los dispositivos y las instituciones en forma de frenos y contrapesos —los *checks and balances*, familiares a la teoría constitucional americana y francesa—, significan simultáneamente una distribución y, por tanto, una limitación del ejercicio del poder político.
- c) Un mecanismo, planeado igualmente con anterioridad, para evitar los bloqueos respectivos entre los diferentes ostentadores del

<sup>29</sup> La expresión *concepto mínimo* aparece, por ejemplo, en TOMÁS y VALIENTE, F., *Constitución: Escritos de introducción histórica*, op. cit., p. 34.

<sup>30</sup> Sintomáticamente, casi todos los manuales franceses de Derecho constitucional comienzan su exposición de la noción de constitución con la redacción de este artículo, así, por ejemplo, CONSTANTINESCO, V. et PIERRÉ-CAPS, S., *Droit Constitutionnel*, PUF, Paris, 2004, p. 179. También los tratadistas alemanes estuvieron de acuerdo en considerar como constitución solamente a la que reuniera estas condiciones, pues aunque algunos admitieron un concepto «neutral» de constitución o algunos efectuaran una distinción entre «constitución» (*Verfassung*) y «constitución constitucional» (*Konstitutionelle Verfassung*), lo cierto es que sólo consideraron como constitucional aquel régimen que reunía los dos caracteres antes indicados. En este sentido, vide GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 39.

<sup>31</sup> Así lo resalta TOMÁS y VALIENTE citando a PAINE, vide TOMÁS y VALIENTE, F., *Constitución: Escritos de introducción histórica*, op. cit., p. 34.

<sup>32</sup> El *mínimo irreducible* aparece desarrollado en LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1976, pp. 153 a 154.

poder autónomos, con la finalidad de evitar que uno de ellos, caso de no producirse la cooperación exigida por la constitución, resuelva el *impasse* por sus propios medios, esto es, sometiendo el proceso del poder a una dirección autocrática. Cuando, finalmente, bajo el impacto de la ideología democrática de la soberanía popular del pueblo, el constitucionalismo alcanzó el punto en el cual el árbitro supremo en los conflictos entre los ostentadores del poder establecidos quedó encarnado en el electorado soberano, la idea originaria del constitucionalismo liberal quedó completada en la idea del constitucionalismo democrático.

- d) Un método, también establecido de antemano, para la adaptación pacífica del orden fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas —el método racional de la reforma constitucional— para evitar el recurso a la ilegalidad, a la fuerza o a la revolución.
- e) Finalmente, la ley fundamental debería contener un reconocimiento expreso de ciertas esferas de autodeterminación individual —los derechos individuales y libertades fundamentales—, y su protección frente a la intervención de uno o todos los ostentadores del poder. Que este punto fuese reconocido en una primera época del desarrollo del constitucionalismo es un signo de su específico *telos* liberal. Junto al principio de la distribución y, por lo tanto, limitación del poder, estas esferas absolutamente inaccesibles al poder político se han convertido en el núcleo de la constitución material<sup>33</sup>.

### C. RECAPITULACIÓN SUMARIA: EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN LA DOCTRINA EUROPEA ACTUAL

Los anteriores enfoques (histórico, sociológico, racional-normativo y mínimo) son tal vez excluyentes como «conceptos tipo» weberianos, pero son compatibles entendidos como perspectivas metodológicas a tener en cuenta a la hora de elaborar una constitución. En verdad no hay una sola receta para cocinar el *pudding* de A. YOUNG ni éste aparece como herencia vinculada como tradición intocable, sino que debe ser elaborado a partir de unos ingredientes mínimos sin los cuales el

---

<sup>33</sup> Como puede verse, los elementos *irreducibles* que LÖWENSTEIN enumera son un desarrollo de aquellos de 1789, a los que se une un mayor y explícito énfasis en el «electorado soberano», como expresión del constitucionalismo democrático de nuestro tiempo, la necesaria coordinación entre los poderes como complemento a su separación y equilibrio (*checks and balances*) y «un método racional de la reforma constitucional».

*pudding* no es tal, sino engañosa apariencia<sup>34</sup>. Pero también es prudente que el legislador constituyente tenga en cuenta la historia nacional, la constitución histórica recibida y la realidad económica, cultural, religiosa, lingüística, etc., de la sociedad política sobre la cual ha de construir un Estado democrático, para mejor garantizar la vigencia efectiva o material de la ley llamada constitución, que no es, desde luego que no, una ley como otra cualquiera sino superior a todas.

Por otro lado, dado el enfoque de este estudio, se hace necesario abordar la problemática de la concepción de la constitución desde una perspectiva europea. A este respecto, resulta evidente que la noción de constitución no puede ser definida a nivel europeo sin tener en cuenta las culturas políticas y constitucionales de los diferentes Estados europeos. No obstante, parece que, a pesar de las dificultades, la tradición del constitucionalismo occidental constituye una base común suficientemente homogénea del pensamiento constitucional. Esta base común del constitucionalismo descansa, principalmente, sobre la capacidad de limitación del poder y del carácter constitutivo del poder de las Constituciones<sup>35</sup>.

Estos dos aspectos resumen perfectamente la discusión doctrinal alemana dividida en dos escuelas: una, a la que se podría llamar *estatista*, y otra, que se podría denominar *contractualista*<sup>36</sup>.

Para la primera, la más clásica, por así decirlo, el Estado existe por sí mismo como hecho histórico o sociológico, y la constitución es, bien la decisión fundamental adoptada de una vez por todas sobre su estructura de base (SCHMITT), o bien —como la mayoría de los autores defiende— simplemente su ordenamiento jurídico de base adoptando la organización del poder y definiendo sus límites en relación con los ciudadanos (STERN y otros). Hay que resaltar que en este segundo caso, el ordenamiento jurídico de base adoptado es susceptible de modificaciones por el poder constituido<sup>37</sup>. Pero lo que caracteriza a la escuela *esta-*

<sup>34</sup> Sobre el *pudding* a que hacía referencia YOUNG, vide nota 18.

<sup>35</sup> A este respecto, vide GERKRATH, J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe: modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, éd. ULB, Bruxelles, 1997, especialmente, p. 33. Igualmente ilustrativo y en referencia al último paso, todavía no completado, de la adopción de la Constitución Europea, resulta el trabajo de ZILLER, J., «La función de los conceptos constitucionales de los Estados miembros en la nueva Constitución para Europa», en CARTABIA, M., DE WITTE, B., GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y PÉREZ TREMPES, P., *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, Tirant, Valencia, 2005, pp. 27 a 85.

<sup>36</sup> Para una visión en primera persona de ambas escuelas, vide PERNICE, I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, U. Pantheon-Assas-IHEI, Ed. A. Pedone, 2004, pp. 16 a 20.

<sup>37</sup> La existencia del Estado como hecho histórico o sociológico ya había sido analizada por el primer autor citado en su obra SCHMITT, C., *Verfassungslehre*, Duncker und Humblot,

*tista* es la idea de que el Estado preexiste y que la constitución se le otorga, a continuación. Así, la experiencia alemana sería una prueba: tras la segunda guerra mundial el Estado alemán continuaba existiendo pero hacía falta darle una (nueva) constitución<sup>38</sup>. La noción de Estado y la de constitución están estrechamente ligadas la una a la otra, llegando a estar la segunda condicionada por la primera. Por tanto, de acuerdo con esta concepción, no puede haber constitución sin que haya un Estado al que aplicarla y sin un pueblo que integre el poder constituyente<sup>39</sup>. La debilidad principal de esta posición es el valor explicativo que asigna a ejemplos históricos muy concretos como el de la Alemania de la posguerra donde, efectivamente, el Estado precedió a la constitución, sin que de ello, no obstante, se deduzca la infalibilidad de esta supuesta regla<sup>40</sup>.

La tesis contraria, llamada *contractual*, se fundamenta en el argumento de que no puede haber más Estado o, en otros términos, más poder público legítimo que el que establece o constituye la propia constitución (HÄBERLE). Esta concepción negaría, así, la existencia de todo poder, de toda autoridad pública legítima que no haya sido constituida, es decir, creada e investida de poderes, por la propia constitución<sup>41</sup>. La

---

München, 1928, pp. 20 a 24, donde distingue la ley constitucional que es susceptible de revisión por parte del legislador. Para la aplicación de las teorías de C. SCHMITT y R. SMEND a la UE, vide PERNICE, I., «Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration», *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 120, 1995, pp. 100 a 120. Sobre la teoría de la constitución como ordenamiento jurídico, vide STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl., C.H. Beck, München, 1984, pp. 83 a 93; GRIMM, D., «Vertrag oder Verfassung», *Staatswissenschaft und Staatspraxis*, Vol. 6/4, 1995, pp. 509 a 531.

<sup>38</sup> Este ejemplo lo aporta ISENSEE, J., «Staat und Verfassung», en ISENSEE, J. u. KIRCHHOF, P., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, pp. 594 y 636 a 637.

<sup>39</sup> ISENSEE, J., «Staat und Verfassung», *op. cit.*, p. 592. Algo más prudente es la definición de K. HESSE, que habla más generalmente del ordenamiento jurídico fundamental de la comunidad (*Gemeinwesen*), en HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 1995, pp. 10 a 11. Una crítica a este planteamiento puede encontrarse en SCHWARZE, J., «Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung - Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht», *Deutsches Verwaltungsblatt*, vol. 24, 1999, pp. 1677 a 1756, especialmente, vide p. 1682.

<sup>40</sup> En idéntico sentido, vide PERNICE, I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>41</sup> HÄBERLE, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 1998, p. 620. Más recientemente, HÄBERLE, P., *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 15 y 16. Esta concepción ya fue expresada anteriormente, vide ARNDT, A., «Umwelt und Recht», *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 1/2, 1963, pp. 24 y 25 donde asevera que la entrada en vigor de la constitución deroga todo poder preconstituido («in einer Demokratie gibt es an Staat nicht mehr, als seine Verfassung zum Entstehen bringt»).

constitución se convierte así en expresión del contrato social entre las personas que simultáneamente:

- a) Se constituyen en una comunidad en sentido clásico y organizan un nuevo poder público, crean los órganos a los que se confía este poder y las competencias que de él se derivan, determinando la composición y fijando los procedimientos de decisión.
- b) Se definen ellas mismas como miembros de esta comunidad o, en su caso, como los ciudadanos de un Estado así constituido y organizado y, de esta manera, se definen, ellas mismas, como poder constituyente de ese Estado.
- c) Fijan su estatus en esta comunidad, es decir, sus derechos y obligaciones respecto del poder público y de los órganos que lo ejercen, y sus derechos fundamentales, comprendidos los derechos de participación activa en el proceso político.

Esta concepción tiene, sin duda, relación con la filosofía política clásica de ROUSSEAU y la de LOCKE. Recuerda, en efecto, la célebre fórmula de un «plebiscito de todos los días» tal y como fue propuesta por E. RENAN en relación a la nación en su conferencia de 1882<sup>42</sup>. Dicha concepción es igualmente compatible con la definición de las funciones esenciales de una constitución, tal y como han sido expuestas, por ejemplo, por D. GRIMM, a saber, «determinación de la legitimidad de la existencia y de las condiciones del ejercicio del poder político, institución y organización de ese poder, y delimitación entre el poder político legítimo y las libertades individuales y la autonomía de la sociedad»<sup>43</sup>. La principal innovación del autor consiste en añadir la función creadora o «constitutiva» de la constitución; sin ella, no hay ni poder político (legítimo), ni poder constituyente, ni pueblo, ni incluso nación en sentido político<sup>44</sup>. El Estado es, según la definición propuesta por E. KANT, la reunión de un número mayor o menor de hombres bajo leyes de De-

---

<sup>42</sup> Vide RENAN, E., *¿Qué es una nación?*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas/CEC, Madrid, 1983, pp. 38, cuando dice «la existencia de una nación es (perdonadme esta metáfora) un plebiscito de todos los días, como la existencia de un individuo es una afirmación perpetua de vida» (traducción al castellano de *Qu'est-ce qu'une nation?*, Conferencia pronunciada en la Sorbona, el 11 de marzo de 1882).

<sup>43</sup> GRIMM, D., «Vertrag oder Verfassung», *op. cit.*, pp. 512 a 513. Igualmente, GRIMM, D., «Does Europe Need a Constitution?», *European Law Journal*, Vol. 1/3, 1995, p. 287. De la misma opinión, HABERMAS, J., «Remarks on Dieter Grimm's "Does Europe Need a Constitution?"», *European Law Journal*, Vol. 1/3, 1995, pp. 303 a 308.

<sup>44</sup> Para más detalles sobre la discusión de esta noción de constitución, vide PERNICE, I., «Europäisches Verfassungsrecht im Werden», en BAUER, H. u. HUBER, P. M., *Ius Publicum im Umbruch, XI. Deutsch-Polnisches Verwaltungsrechtskolloquium*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 2000, pp. 25 a 46.



recho<sup>45</sup>. No obstante, «el pueblo» se define por la ley (constitucional) que no sólo crea instituciones comunes y las inviste de poderes, sino que también instituye la ciudadanía de aquéllos que son el origen de la comunidad así creada, es decir, los «asociados»<sup>46</sup>. De esta manera, parecería más lógico pensar que la nación francesa no era un hecho natural o sociológico, sino, más bien, el producto de la Revolución, del acto común de liberación de los individuos contra la dominación del absolutismo, de las personas que, mediante la constitución, se declararon ellas mismas dueñas de su propio destino<sup>47</sup>.

La constitución es, desde entonces, la expresión del contrato social por el cual un grupo de personas, sobre un territorio determinado, acuerda darse la condición («*estatus*») de ciudadanos de un nuevo ordenamiento jurídico, de formar el pueblo que, mediante su poder constituyente, crea instituciones y procedimientos, derechos y obligaciones propias para cumplir determinadas obligaciones o funciones en interés de todos<sup>48</sup>. Es decir, de nuevo, no hay poder público que la constitución no constituya. En un sistema democrático, ésta parece ser una definición bastante certera de la función de la constitución<sup>49</sup>. Dicha definición, además, tiene la ventaja de no depender, esencialmente, de la existencia de un Estado, lo que permitiría excluir la existencia de una autoridad pública legítima fuera de una constitución. Permite también concebir la constitución como la expresión —continuamente renovada en la aplicación y evolución, es decir, revisión de la constitución— de un acuerdo de ciudadanos o, más generalmente, de «asociados» (o miembros) de otras formas y estructuras de organización política, bien por encima, bien por debajo del nivel estatal. Es, precisamente, el sentimiento continuado que se expresa en el discurso político y jurídico cotidiano, la fuente de la legitimidad de la constitución. Esta tiene

---

<sup>45</sup> KANT, E., *Principios metafísicos del Derecho*, Cajica, Puebla (México), 1962, p. 162.

<sup>46</sup> Vide, por ejemplo, STEIGER, H., «Der Vertrag von Amsterdam: Auf dem Weg zu einer europäischen Republik?», en WEICK, G., *Competition or Convergence. The Future of European Legal Culture*, Frankfurt am Main, 1999, pp. 31 a 46, especialmente, vide p. 40 donde hace depender la constitución de órganos representativos comunes a los pueblos de los Estados que son parte en los Tratados de la existencia de un pueblo europeo.

<sup>47</sup> Vide PERNICE, I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, op. cit., p. 18.

<sup>48</sup> Sobre el concepto de «estatus», en este caso se emplea como una situación jurídico-constitucional a la que corresponden determinados Derechos y obligaciones, vide SANTA-MARÍA PASTOR, J. A., *Principios de derecho administrativo*, 4.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 410.

<sup>49</sup> Para un análisis más profundo sobre la cuestión, vide PERNICE, I., MAYER, F. and WERNICKE, S., «Renewing the European Social Contract. The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism», *King's College Law Journal*, Vol. 12/1, 2001, pp. 61 a 74.

sus manifestaciones más importantes en las convenciones o en un texto determinado, pero queda expuesta a las modificaciones expresas o mutaciones implícitas producto de su aplicación, interpretación o enmienda<sup>50</sup>.

Quienes critican esta aproximación, se basan en una concepción estática de constitución que ignora el carácter procedural de la misma. Dicho carácter procedural viene a significar que el consentimiento no queda limitado al acto creador, sino que —en una suerte de procedimiento de ensayo y error— está sujeto a una crítica permanente de sus virtudes y a la aprobación implícita o explícita citada<sup>51</sup>. Abundando en la cuestión, parece que un modelo discursivo o comunicativo de la legitimidad constitucional, siguiendo los postulados de HABERMAS, describiría mejor el «proceso contractual» autorreflexivo de la sociedad que fundamenta la legitimidad que la distinción entre una legitimidad preexistente<sup>52</sup>.

Por tanto, últimamente está haciendo fortuna la concepción de la constitución como la expresión solemne y normativa de un consenso en la sociedad sobre el establecimiento de órganos, representados por personas seleccionadas conforme a procedimientos determinados y a los que algunos poderes le son confiados. Estos poderes se ejercerían en virtud de normas y procedimientos precisos, en función de los objetivos asignados y dentro del respeto a las disposiciones que definen el «estatus» de los particulares afectados, es decir, los ciudadanos de la comunidad así creada, en relación con los órganos constituidos y, especialmente, sus derechos fundamentales. Esta definición reflejaría, además, las condiciones que enuncia el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, ya citada, no solamente en lo que respecta a los derechos de los particulares que han de ser salvaguardados y la división de poderes que ha de ser respetada, sino que también evocaría la «sociedad» que tiene —o no— constitución, más que a la nación o al Estado<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Vide PERNICE, I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, op. cit., p. 19.

<sup>51</sup> La crítica a la que se ha hecho referencia puede encontrarse en PETERS, A., *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, p. 499 y 529 a 530.

<sup>52</sup> Sobre el modelo discursivo o comunicativo de la legitimidad constitucional de HABERMAS, vide HABERMAS, J., «Remarks on Dieter Grimm's "Does Europe Need a Constitution?"», op. cit., especialmente, pp. 305 a 307. Para una versión más desarrollada en la dogmática jurídica, vide PERNICE, I., «Die Dritte Gewalt in europäischen Verfassungsverbund», *Europarecht*, Heft 1, 1996, pp. 27 a 43. Más recientemente, vide DELLA VALLE, S., *Una Costituzione senza popolo?: la Costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come potere costituente?*, Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>53</sup> PERNICE, I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, op. cit., pp. 19 a 20.

## 2. Elementos esenciales o contenido mínimo

Una vez analizadas comparativamente las diferentes propuestas, y oteadas las nuevas sendas, es posible concretar los elementos esenciales que habría de tener una constitución. Antes de abordar el análisis, se hace necesario recordar que la noción de constitución es, como se ha visto, controvertida. Para unos es esencialmente organización, para otros equivale a legitimación, mientras otros inciden en su aspecto formal y normativo<sup>54</sup>. En este estudio se adoptará un planteamiento finalista, es decir, se concebirá a la constitución como el instrumento básico de protección de la libertad de los ciudadanos que forman la comunidad, mediante una doble vía, la garantía de unos derechos fundamentales y la limitación del poder, para lo que se hace necesaria la introducción del elemento democrático<sup>55</sup>.

Según FRIEDRICH, la constitucionalidad de un gobierno se establece en atención a que se dé algo que es consustancial a la constitución: la limitación del poder<sup>56</sup>. Sin embargo, ésta no es una finalidad *per se*, sino que apunta, en última instancia, a la «salvaguarda de cada miembro de la comunidad política en tanto que persona, que ser humano. Se entiende que cada hombre posee una esfera de genuina autonomía»<sup>57</sup>. Por consiguiente, no se trata en principio de organizar la comunidad política sin más, sino de hacerlo de forma que la libertad esté asegurada. Hoy, a esa limitación contribuyen tanto los derechos fundamentales y la separación de poderes como la participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder. Por tanto, el contenido constitucional es reconducible a dos clases de elementos constitucionales: los llamados «liberales» y los democráticos.

Para comenzar a hablar de los elementos constitucionales esenciales, hay que preguntarse qué hace que el funcionamiento de un gobierno o sistema político pueda ser calificado de constitucional. Como se ha visto, a ello se podría responder fácilmente que la existencia de una constitución formal. Sin embargo, a pesar de la importancia evidente de este factor, la mera existencia formal no significa limitación real del poder, y muchas veces, tampoco respeto a unos mínimos derechos fun-

<sup>54</sup> SCHMITT, C., *Teoría de la constitución*, op. cit., pp. 29 a 62.

<sup>55</sup> Realiza una análisis similar CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, Universidade, Santiago de Compostela, 2001, p. 167.

<sup>56</sup> FRIEDRICH, C. J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972, vol. I, p. 257.

<sup>57</sup> FRIEDRICH, C. J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, op. cit., vol. I, p. 39.

damentales. Tampoco se puede responder a la cuestión planteada que la mera existencia de instituciones políticas o de un sistema político entraña la existencia de una constitución. De esta forma, se ampliaría el concepto de constitución en exceso para concluir que toda comunidad política tiene constitución, siendo ésta entendida en sentido descriptivo e identificada con la particular forma de ser de cada comunidad política. No basta, pues, ni con una respuesta formalista ni con una de tipo sociológico o descriptivo.

Lo que permite afirmar que un gobierno o poder político es constitucional sería, más bien, que su ejercicio se realiza con sometimiento efectivo a límites políticos y jurídicos que, a veces, constan en un documento y, otras veces, se desprenden de la jurisprudencia, la costumbre, las convenciones o los usos. Para la garantía de ese sometimiento, al menos del jurídico, es necesaria la existencia de un tercero imparcial que dirima los conflictos entre gobernados y gobernantes<sup>58</sup>.

#### A. ESTADO DE DERECHO E IMPERIO DEL DERECHO

En términos genéricos, ambas nociones persiguen la solución de la clásica cuestión del gobierno de los hombres por hombres o por leyes, decantándose por éstas, entendidas en sentido amplio, como sinónimo de Derecho. Aunque tienen diferentes significados, las dos responden a la idea de evitar la arbitrariedad de los gobernantes<sup>59</sup>.

El Estado de Derecho hace referencia a una garantía constitucional de primer orden, a saber, aquélla que busca que el Derecho frene al poder político, evitando, o al menos reduciendo, sus posibles actuaciones abusivas o arbitrarias. Más en concreto, trata de que los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) estén sometidos al Derecho, y en especial el ejecutivo, que es el que entraña un mayor riesgo para la libertad y la seguridad física y jurídica de los gobernados. Supone, por tanto, no sólo que los poderes públicos, en particular el gobierno, deban actuar conforme a normas, principios y nociones jurídicas (justicia, imparcialidad...), sino que tampoco pueden amoldarlas para sí mismos. Así, al-

---

<sup>58</sup> Vide el apartado precedente «d) El concepto mínimo».

<sup>59</sup> En este estudio se emplearán indistintamente ambas denominaciones, aunque su significado sea diferente. La expresión «imperio del Derecho» es traducción de la inglesa «Rule of Law» e incluso de la francesa «règle de droit». Sobre la distinción entre ambas, vide PEREIRA MENAUT, C., «Rule of law» o Estado de Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2003. La diferencia principal radicaría en que en el Estado de Derecho, el propio Estado se autolimita, mientras que el *Rule of Law* presupone la existencia de un Derecho ajeno, no producido por el Estado (ya sea consuetudinario o judicial). Igualmente, sobre esta cuestión, vide el interesante trabajo de HEUSCHLING, L., *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, Paris, 2002.

gún autor ha aseverado que «para que se dé un auténtico imperio del Derecho es imprescindible que se reconozca alguna entidad jurídica sobre la que el gobernante carezca de jurisdicción, sea el *Common Law*, el Derecho natural o lo que fuere»<sup>60</sup>. En otras palabras, el Estado de Derecho no equivaldría exclusivamente a sumisión de la ley positiva, sino que reclama la existencia de límites jurídicos indisponibles para el poder legislativo y para el ejecutivo. En último extremo, cabe preguntarse, si desde el punto de vista del imperio del Derecho, éste se agota en la ley o es algo más<sup>61</sup>.

En cuanto a su contenido, hay que señalar que para algunos autores engloba el principio de legalidad, la separación de poderes y los derechos y libertades<sup>62</sup>. En todo caso, el Estado de Derecho significaría, al menos, la sumisión de los poderes a los derechos humanos (incluso el constituyente), a la constitución y la sujeción del poder ejecutivo a las leyes y a las sentencias judiciales<sup>63</sup>.

A pesar de no existir una concepción única (o unánime) del Estado de Derecho, es posible distinguir dos modalidades, la judicial y la legal. La primera, típica del mundo anglosajón, implica que el poder político queda sometido al Derecho por medio de los jueces que aplican las mismas reglas al poder público y a los ciudadanos (judicialismo); en la segunda modalidad, propia del Continente europeo, la ley es el medio de materializar esa sumisión (legalista). Sin embargo, para que el funcionamiento del Estado de Derecho sea efectivo no basta con la sola presencia de un Derecho independiente del poder. Es preciso, además, que alguien se encargue de su aplicación práctica y los llamados a hacerlo son los jueces<sup>64</sup>. Así, según LÖWENSTEIN, la independencia judicial implica que los jueces deben quedar al abrigo de posibles influencias de los otros dos poderes, el legislativo y el ejecutivo, en especial en los pleitos en los que éste último sea parte; en caso contrario, esa imparcialidad estaría, cuando menos, amenazada<sup>65</sup>. Hoy día, la inde-

---

<sup>60</sup> PEREIRA MENAUT, A. C. y MARTÍNEZ ESTAY, J. I., *Lecciones de Teoría Constitucional*, 3.ª ed., Colex, 1997, p. 69.

<sup>61</sup> Esta espinosa cuestión, que, por lo demás, no se analizará en este trabajo, es continuo objeto de estudio y revisión por parte del Derecho natural.

<sup>62</sup> Vide ALVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho constitucional*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 95.

<sup>63</sup> De igual forma, vide PEREIRA MENAUT, A. C. y MARTÍNEZ ESTAY, J. I., *Lecciones de Teoría Constitucional*, *op. cit.*, p. 109.

<sup>64</sup> Sobre la relevancia de los jueces en el Estado constitucional, especialmente en lo que atañe a su independencia, vide, por ejemplo, LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, *op. cit.*, 294 a 325.

<sup>65</sup> LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, *op. cit.*, p. 295.

pendencia judicial aparece como un dogma constitucional recogido formalmente en la mayoría de las Constituciones.

Por consiguiente, el imperio del Derecho se presenta como un elemento constitucional que existe allí donde hay un efectivo sometimiento del poder a ciertas normas, principios o valores jurídicos, es decir, al Derecho, garantizado por jueces imparciales.

## B. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

Al igual que con el «imperio del Derecho», los derechos y libertades fundamentales son otro clásico elemento constitucional de claro sesgo liberal que figuraba entre las primeras reivindicaciones del movimiento constitucionalista. Hablar de los derechos equivale a referirse al elemento nuclear de la constitución, hasta tal punto que se puede afirmar que son términos inseparables<sup>66</sup>. En general, los derechos fundamentales suponen otorgar a los individuos ciertos derechos subjetivos para proteger una esfera de autonomía frente a la actuación del poder.

En cuanto a su origen, aparte de la Carta Magna otorgada por Juan sin Tierra en 1215 a los barones ingleses, el primer reconocimiento de derechos en sentido moderno aparece en la Inglaterra del siglo XVII: la *Petition of Rights* (1627) y, posteriormente, el *Bill of Rights* (1688). Estas declaraciones son el resultado constitucional de las luchas entre el absolutismo y la tradición jurídico-política medieval. Fueron formuladas para hacer frente a necesidades prácticas, no como resultado de teorías o formulaciones abstractas. Eran derechos de los ingleses cuyo fundamento residía en el antiguo Derecho inglés y todavía poseían un resabio medieval. Por tanto, no responden aún al fundamento liberal de inspiración racionalista que caracteriza a los derechos en la época constitucional que los universalizará<sup>67</sup>. Ciertamente, la moderna fundamentación de los derechos está emparentada con la filosofía racionalista iusnaturalista que parte del presupuesto de que el hombre es titular de un conjunto de derechos anteriores al Estado. Además, éstos corresponden a todo hombre, a todo integrante de la comunidad política, con independencia de cualquier circunstancia política, económica, social, etc. La universalización de los derechos es el reflejo jurídico del principio de igualdad de todos los hombres<sup>68</sup>. A estos postulados responden

---

<sup>66</sup> LÓPEZ GUERRA, L., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant, Valencia, 1997, pp. 131 a 132.

<sup>67</sup> Vide GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado, op. cit.*, pp. 252 a 257.

<sup>68</sup> LÓPEZ GUERRA, L., *Introducción al Derecho constitucional*, Tirant, Valencia, 1994, pp. 101 y 102.

las primeras declaraciones de derechos que los universalizan: Declaración de Virginia (1776), Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y Declaración de la constitución belga (1831). A diferencia de las anteriores, son declaraciones sistemáticas de derechos atribuidos a todos los hombres sin atención a ninguna condición (sexo, religión, lengua, etc.), cuyo fundamento es el Derecho natural<sup>69</sup>.

Hoy está asentada la idea de que toda constitución debe contener una declaración formal de derechos<sup>70</sup>. Ello no obstante, difieren considerablemente a la hora de determinar cuáles merecen la consideración de «fundamentales». De todas formas, la doctrina acostumbra a distinguir entre los derechos que tratan de configurar parcelas inaccesibles al poder, de inspiración liberal, y los derechos que apuntan a la legitimación, participación y control del poder por los ciudadanos, de inspiración democrática<sup>71</sup>. En todo caso, hoy día se haría difícil calificar de tal una constitución que ignorase los derechos básicos recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>72</sup>.

Desde la perspectiva constitucional, se hace necesario destacar que, al menos en esta materia, es dudoso que la constitución tenga naturaleza constitutiva, por lo que de la ausencia formal de declaración de un derecho concreto no se deduce su inexistencia real. Por tanto, se trataría de derechos universales, es decir, que son predicables de todo hombre individualmente considerado frente al poder político, lo que constituye una nota distintiva<sup>73</sup>. En esta línea, además, hay que relativizar el aspecto formal de los derechos, dado que de su reconocimiento formal tampoco se sigue su efectivo respecto. Lo realmente importante es su defensa jurídica (medios procesales al alcance de los ciudadanos) y su defensa política. Así, como se verá, en la Unión Europea no existe una

<sup>69</sup> CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., p. 173.

<sup>70</sup> A pesar de ser un aspecto casi unánimemente aceptado, en la historia del constitucionalismo esto no siempre ha sido así: la constitución norteamericana de 1787 carecía de ella. Hubo que esperar hasta 1791 para que se incluyesen las diez primeras enmiendas, el llamado *Bill of Rights*, y la protección de esos derechos estuviese formalmente reconocida. En este sentido, vide GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 349.

<sup>71</sup> GARCÍA PELAYO, M., *Obras completas*, op. cit., p. 353. LÓPEZ GUERRA, por su parte, clasifica los derechos contenidos en la Constitución Española en atención a la garantía, en atención a la naturaleza y en atención al contenido. Así, vide LÓPEZ GUERRA, L., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, op. cit., pp. 136 a 139.

<sup>72</sup> Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

<sup>73</sup> Vide SCHMITT, C., *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 169, y PEREIRA MENAUT, A. C. y MARTÍNEZ ESTAY, J. I., *Lecciones de Teoría Constitucional*, op. cit., p. 321.

Declaración formal de Derechos incorporada expresamente al ordenamiento jurídico como tal de la que se siga una obligación general de respeto, pero el Tribunal de Justicia se ha encargado de irlos desarrollando (con anterioridad) e incluso de hacer mención a la Declaración existente (que fue «proclamada» y no adoptada) y, además, dicho documento cuenta con el respaldo político de haber sido proclamado simultáneamente por las instituciones de la Unión.

### C. SEPARACIÓN DE PODERES

Este es otro elemento indiscutiblemente constitucional. La misma expresión «separación de poderes» es controvertida pues algunos autores prefieren hablar de «separación de funciones». Así, algún autor señala que «lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los *poderes* estatales, es en realidad la distribución de determinadas *funciones* estatales a diferentes órganos del Estado»<sup>74</sup>. En este trabajo se empleará la expresión «separación de poderes», dada su consolidación política y académica, pero en su sentido funcional.

La separación de poderes surgió en el marco de las luchas entre el parlamento inglés y el monarca, pero no fue formulada teóricamente hasta LOCKE. En efecto, fue dicho autor quien propuso este mecanismo que acabó por convertirse en un dogma constitucional<sup>75</sup>. Su formulación, aunque incompleta pues no mencionaba el poder judicial, supuso una innovación porque concebía la separación de poderes como un mecanismo constitucional. No se trataba de una mera división o especialización del trabajo, sino de una forma de limitar el poder para preservar la libertad. Unos años más tarde, MONTESQUIEU formuló la clásica versión tripartita de la separación de poderes que alcanzaría difusión universal<sup>76</sup>.

Esta teoría clásica ha sido objeto de reformulaciones de las cuales la más conocida es la de CONSTANT que introdujo un cuarto poder: el neutro<sup>77</sup>. Su finalidad principal sería la de actuar como moderador de los otros tres para impedir que se extralimiten en sus tareas. Aunque este autor tenía ante sí una monarquía parlamentaria, la británica, su concepción es también aplicable a las repúblicas que no sean presidencialistas<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, op. cit., p. 55.

<sup>75</sup> LOCKE, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, especialmente, pp. 310 a 312, donde trata «Del poder legislativo, ejecutivo y federativo de la república».

<sup>76</sup> MONTESQUIEU, C. DE S., *Del espíritu de las leyes*, op. cit., libro XI, cap. III.

<sup>77</sup> CONSTANT, B., *Principios de política*, op. cit., pp. 20 a 35, especialmente, p. 21.

<sup>78</sup> Así lo cree CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., p. 179.



La separación de poderes nace, pues, en un contexto histórico determinado y con una finalidad específica: limitar el poder absolutista que pretendía instaurar la monarquía. El mérito de LOCKE y MONTESQUIEU es el de caer en la cuenta de que esa separación podía servir para preservar la libertad individual, es decir, constitucionalizan la división de funciones que siempre había estado presente en todo gobierno. Así, la separación de poderes se transforma en un principio general aplicable a todo Estado que se concibe como un «mecanismo constitucional destinado a impedir la concentración absolutista del poder y a garantizar la libertad de los ciudadanos»<sup>79</sup>. Su finalidad es política y coincide de lleno con la de la constitución: servir de límite a la actuación del poder. En este aspecto incide TORRES DEL MORAL cuando escribe que «la división de poderes no es ningún artilugio ingenieril para distracción de constitucionalistas sino que fue concebida desde el principio precisamente como una técnica de garantía de la libertad; la organización de los poderes públicos no tiene una justificación inmanente, sino que debe estar realizada de manera que, evitando el abuso y la irresponsabilidad del poder, facilite y garantice un ámbito de libertad e incluso la promueva»<sup>80</sup>. Su meta es lograr la limitación del poder por medio del poder para asegurar la libertad, no a través de una realidad ajena a él como sucede en el Estado de Derecho o en los derechos fundamentales. En consecuencia, «la utilización de este concepto carece de sentido allí donde no existe un poder político con incidencia directa sobre los ciudadanos capaz de hacer peligrar la libertad como sería una organización internacional»<sup>81</sup>.

Se acaba de indicar que hoy la separación de poderes es un dogma constitucional, que, sin embargo, está bastante desconectado de la realidad política, sin perder por ello su utilidad. Por esta razón, no faltan críticas doctrinales hacia este mecanismo constitucional. Para LÓPEZ GUERRA, por ejemplo, «la complejidad organizativa de los Estados modernos, [supone] comprender el concepto de “poder” como el de “conjunto o agrupación de órganos”. Así, el poder legislativo comprende o puede comprender varias Cámaras, y los órganos mediante los que éstas actúan (mesa, comisiones, etc.)». En segundo lugar, continúa dicho autor, «han surgido poderes no previstos en su clasificación (Tribunal Constitucional, Administración electoral, cuerpo electoral). Además de

<sup>79</sup> CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, UNAM, México, 1998, p. 743.

<sup>80</sup> TORRES DEL MORAL, A., *Introducción al Derecho constitucional*, Universidad Complutense, Madrid, 1996, p. 91.

<sup>81</sup> CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, *op. cit.*, p. 180.

producirse un reparto territorial del poder en los Estados federales o regionales». En tercer lugar, la misma formulación inicial de la separación de poderes no fue entendida en sentido radical, pues, «en último término, ello significaría que cada poder sería absoluto en su área, con lo que un poder no podría “frenar a otro”. Por ello, los diversos sistemas constitucionales han establecido fórmulas de control y colaboración entre los diversos poderes, de manera que el grado de separación entre ellos varía notablemente»<sup>82</sup>.

Al margen de estas críticas, también hay que tener en cuenta que este principio originariamente respondía a la idea de equilibrio, de pesos y contrapesos, inspirada en la filosofía mecanicista. Hoy, en vez de ese equilibrio, se asiste a un claro predominio del ejecutivo sobre el parlamento que, por ejemplo, pierde su clásica función a favor de aquél. Al tratar de la separación de poderes y, concretamente, de la relación entre el legislativo y el ejecutivo, es preciso referirse a las dos principales formas de gobierno: el parlamentarismo y el presidencialismo<sup>83</sup>. El criterio seguido para adscribir una concreta forma de gobierno a una de las categorías es la mayor o menor separación existente entre ambos poderes. En el caso del presidencialismo, es absoluta, ya que ambos poderes emanan directamente de la voluntad popular. En el parlamentarismo la separación es relativa porque el ejecutivo descansa en la confianza del legislativo. Junto a estos modelos la realidad política proporciona otros como el sistema francés, a medio camino entre ambos.

En definitiva, es probable que la separación de poderes en su formulación clásica esté superada, pero lo que es inadmisiblemente es la concentración o la monopolización del poder. A la mentalidad constitucional le repugna esta idea. Una garantía frente a ella parece ser el pluralismo institucional, tal y como, según se verá, sucede en la Unión Europea de hoy.

#### D. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Hasta este momento se han expuesto los elementos constitucionales que configuran la que se ha calificado de dimensión liberal de la constitución, es decir, aquella que busca primariamente la preservación de la libertad individual. Pero, la constitución, tiene otra dimensión no

---

<sup>82</sup> LÓPEZ GUERRA, L., *Introducción al Derecho constitucional*, op. cit., p. 73.

<sup>83</sup> Para una síntesis de estas dos formas de gobierno, vide LÓPEZ GUERRA, L., *Introducción al Derecho constitucional*, op. cit., pp. 91 a 98. Para un estudio en profundidad, vide GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit. pp. 249 a 456.

menos importante: la democrática. En términos generales, ésta apunta a la legitimación del poder político, a la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones y, en última instancia, al control y a la exigencia de responsabilidad política a los gobernantes<sup>84</sup>.

Aunque hoy las constituciones contienen esta dimensión democrática, e incluso en ocasiones emplean la expresión «democracia» y sus derivados como sinónimo de constitucional, lo cierto es que constitución y democracia son conceptualmente diferenciables. Además, históricamente, no siempre han ido de la mano. En efecto, puesto que en el siglo XIX se inicia lo que la doctrina ha llamado «proceso de democratización del constitucionalismo», que ha llegado hasta el día de hoy<sup>85</sup>.

En la actualidad, la democracia conlleva la admisión del sufragio universal, libre, igual y directo de quienes componen una comunidad política, de manera que, como escribe FRIEDRICH «únicamente la democracia ofrece un fundamento aceptable para el ejercicio del poder político»<sup>86</sup>. Así pues, el principio democrático cumple una función legitimadora del poder político, que sólo es reputado legítimo si cuenta con el consentimiento de los ciudadanos<sup>87</sup>.

Pero además, el principio democrático implica que los ciudadanos participan indirectamente (salvo cuando lo hacen directamente a través del referéndum o de la iniciativa legislativa popular) en la toma de decisiones políticas a través de representantes, dando origen a la democracia representativa. Estos representan al conjunto de la comunidad política, no a cada uno de sus miembros, lo cual nos sitúa ante el importante concepto de la representación política y el punto clave para el funcionamiento de todo sistema democrático: la elección de representantes<sup>88</sup>.

Por otra parte, en relación con la elección de los representantes y con la universalización del sufragio está el nacimiento de los partidos políticos, que se han convertido en un instrumento imprescindible para

---

<sup>84</sup> CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., pp. 183 a 184.

<sup>85</sup> Vide FRIEDRICH, C. J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, op. cit., vol. I, pp. 81 a 84. Paulatinamente, el principio democrático fue encontrando acomodo en las distintas constituciones: primero bajo la fórmula de la representación estamental, luego con el sufragio censitario y, finalmente, universal.

<sup>86</sup> FRIEDRICH, C. J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, op. cit., vol. I, p. 107.

<sup>87</sup> Cosa que no sucedía en los Estados socialistas, donde las llamadas «democracias socialistas» buscaban la legitimación del poder, aunque fuese autoritario.

<sup>88</sup> Sobre la representación política, vide, por ejemplo, FRIEDRICH, C. J., *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, op. cit., vol II, pp. 13 a 38.

el funcionamiento de las democracias contemporáneas donde hay que llegar a un electorado masivo. Hoy, resulta imposible comprender el funcionamiento de los sistemas democráticos sin el concurso de los partidos políticos, por ello, se han acuñado expresiones como «Estado de partidos», «democracia de partidos» o «partitocracia» para poner en evidencia el importante papel que juegan en la vida política y en el parlamento<sup>89</sup>.

Además, cabría decir, en línea con LÖWENSTEIN, que el electorado constituye, a su vez, la válvula de escape ideal ante situaciones de falta de cooperación entre poderes, ya que como depositario de la legitimidad puede ser llamado a pronunciarse sobre un simple cambio en los titulares de los órganos (elecciones) o, incluso, sobre una alteración en el sistema de equilibrio entre ellos (reforma constitucional). De esta manera, aparecen íntimamente unidos los conceptos de separación de poderes y democracia, de tal suerte que, en la actualidad, ésta se convertiría en presupuesto casi indispensable de aquélla, ante la inexistencia misma, o la imposibilidad de maniobra del poder neutro de CONSTANT, expuesto *supra*<sup>90</sup>.

### 3. Tratado y constitución

#### A. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A primera vista, parecería que existen diferencias, incluso determinantes, entre los tratados internacionales y las constituciones y, aún peor, que esa diferencia es clara e incuestionable. Ahora bien, analizando la cuestión con detenimiento, se cae en la cuenta de que la diferencia entre ambos conceptos es bastante menos evidente de lo que parece<sup>91</sup>. Por otra parte, no hay que perder de vista la finalidad de este breve *excursus* en el presente trabajo: preguntarse por la diferencia entre tratado internacional y constitución sólo tiene sentido en un contexto de estructuras compuestas. Sería poco útil, por ejemplo, indagar si la constitución francesa es algo distinto de un tratado internacional, pero no lo sería tanto plantear esa cuestión con respecto a la constitución de los Estados Unidos, la Confederación Helvética o en el caso de la Re-

<sup>89</sup> Para un estudio en profundidad sobre el tema, *vide* GARCÍA-PELAYO, M., *El Estado de partidos*, Alianza, Madrid, 1986.

<sup>90</sup> *Vide* LÖWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, *op. cit.*, p. 153.

<sup>91</sup> En la doctrina española, uno de los trabajos más serios sobre la cuestión es DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., «¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, 2001, pp. 85 a 101.

pública Alemana. La dificultad de distinguir entre constitución y tratado internacional no surge en los Estados unitarios, sino precisamente allí donde una serie de entidades políticas independientes se han integrado en una estructura superior. Este ha sido el caso, en un momento u otro, de la mayor parte de las experiencias federales clásicas<sup>92</sup>. En otro orden de cosas, los tratados internacionales que interesan en el presente escrito son aquéllos constitutivos de estructuras multilaterales, con lo que tampoco tendría sentido preguntarse si hay alguna diferencia entre un tratado bilateral de delimitación de fronteras y una constitución. Así pues, la pregunta a la que se estaría intentando aportar alguna luz sería: ¿qué diferencia hay entre un tratado internacional institutivo de una organización internacional y una constitución?

Por otra parte, como ya se ha visto en el caso del análisis del concepto de constitución, la autocalificación de un texto normativo no es en absoluto decisiva a la hora de determinar su naturaleza<sup>93</sup>.

## B. LA DEBILIDAD ARGUMENTATIVA DE LOS ENFOQUES TRADICIONALES

Siguiendo a Díez-PiCAZO, del contraste entre los significados generalmente aceptados de tratado internacional y de constitución se sigue que las diferencias entre uno y otra no son en absoluto tan palpables<sup>94</sup>. Por «tratado internacional» se entiende todo acuerdo entre sujetos de Derecho internacional destinado a producir efectos vinculantes entre las partes<sup>95</sup>. El término «constitución», como se ha visto, es mucho menos unívoco. En lenguaje estrictamente jurídico y adoptando una actitud positivista, que elimine en la medida de lo posible los elementos valorativos, puede decirse que lo más frecuente es identificar constitución con norma suprema o fundamental de un ordenamiento jurídico.

<sup>92</sup> Así, por ejemplo, EE UU o Suiza. Para un estudio en profundidad sobre el nacimiento de ambos Estados, *vide infra* nota 97.

<sup>93</sup> Así, por ejemplo, si dos entidades federadas (o subestatales) de un mismo Estado suscriben un acuerdo denominado «Tratado» o «Convenio», resulta claro que nos encontraremos ante algún protocolo de cooperación o texto de naturaleza contractual, pero en ningún caso ante un Tratado Internacional. Tal caso, podría darse en el caso del artículo 91b de la Ley Fundamental de Bonn (que prevé convenios entre los *Länder* para la gestión de asuntos comunes) e incluso en el caso del artículo 118 (que establece la firma de un Tratado de delimitación territorial entre dos *Länder*). En el caso español, existen los convenios entre Comunidades Autónomas que, parece ocioso decirlo, no revisten la naturaleza de acuerdos internacionales (*vide*, por ejemplo, artículo 145.2 de la Constitución Española).

<sup>94</sup> Díez-PiCAZO GIMÉNEZ, L.M., «¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?», *op. cit.*, pp. 86 a 88.

<sup>95</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., *Curso de Derecho internacional público: introducción a su estructura, dinámica y funciones*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 103.

Así las cosas, «habría que concluir que nada impide que la norma suprema de un ordenamiento jurídico sea de naturaleza convencional, de manera que uno o varios tratados internacionales puedan ser calificados de constitución»<sup>96</sup>.

Frente a esta afirmación no resultaría demasiado convincente argüir que una constitución no es la norma suprema de cualquier ordenamiento jurídico, sino únicamente de los ordenamientos jurídicos estatales. La constitución equivaldría, así, a norma suprema del Estado, cuya misión consistiría en establecer la organización política del mismo. Pero esta idea, según la cual sólo puede hablarse con propiedad de constitución en relación con los Estados, tiene un punto débil: la evolución histórica de la idea misma de Estado. En este sentido, y a título meramente ejemplificativo, el nacimiento de los Estados Unidos de América o de la Confederación Helvética se debió a un acuerdo firmado entre entidades independientes para gestionar conjuntamente algunas de sus competencias<sup>97</sup>.

Así pues, de los significados generalmente admitidos entre los juristas no se desprende una distinción tajante y clara entre tratado (institutivo de una organización internacional) y constitución (federal). Y «tampoco cabría —siguiendo a DíEZ-PICAZO—, acudir a otras características, tales como la adhesión a postulados liberal-democráticos, el estilo de redacción o los métodos de interpretación»<sup>98</sup>. En cuanto a lo primero, no se trata sólo de que haya países a mitad de camino entre la democracia liberal y el autoritarismo, sino que muy a menudo se usa la palabra «constitución» en regímenes inequívocamente autoritarios (Cuba, por ejemplo). A ello se podría oponer que se trata de un abuso del lenguaje, pero, en todo caso, está totalmente implantado en el lenguaje coloquial y en el periodístico. En cuanto al estilo, es cierto que las constituciones suelen ser más breves que los tratados y, a diferencia de éstos, tienden a estar escritas con un lenguaje austero y lapidario; pero hay constituciones muy largas y, por ello mismo, escasamente so-

---

<sup>96</sup> Quien así opina es DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?*, *op. cit.*, p. 87, que, a continuación, apostilla «esto es precisamente lo que sucede en el Derecho comunitario si se acepta, como no puede ser menos, que los Tratados de París de 1952 y Roma de 1957 han dado vida a un ordenamiento jurídico diferenciado», *ibidem*, p. 87.

<sup>97</sup> Sobre la formación de ambos Estados, *vide* GARCÍA-PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, *op. cit.* pp. 325 a 340 y 522 a 533. Además, sobre los orígenes del federalismo suizo, *vide* FAVRE, A., *Droit constitutionnel suisse*, 2. ed., Editions Universitaires de Fribourg (Suisse), Fribourg, 1970, pp. 28 a 29.

<sup>98</sup> DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?*, *op. cit.*, p. 87.

lemnes<sup>99</sup>. Y, por lo que se refiere a los métodos de interpretación, conviene hacer dos observaciones. Por una parte, que las constituciones federales dejaran de ser interpretadas con criterios propios del Derecho internacional fue, en sí mismo, un logro<sup>100</sup>. Por otra, cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas enseñan que tratados institutivos de organizaciones internacionales pueden ser sistemáticamente interpretados con criterios propios del Derecho constitucional<sup>101</sup>.

### C. EL ARGUMENTO DE LOS TIPOS DE NORMAS: APROBACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE TRATADOS Y CONSTITUCIONES

Tras el análisis precedente, parece que el único enfoque viable para determinar las diferencias entre tratado y constitución consiste en comparar los rasgos distintivos del tratado internacional y de la constitución como tipos de normas. Ello exige analizar, aunque sea someramente, la aprobación, la modificación y la extinción de tratados y constituciones.

La aprobación de cualquier tratado internacional requiere siempre el consentimiento de las partes. De ahí que un Estado no pueda quedar convencionalmente vinculado contra su voluntad<sup>102</sup>. La aprobación de las constituciones federales requiere, asimismo, el consentimiento de los Estados afectados, al menos en su origen. Esta última matización es crucial, pues indica «que no se puede crear una estructura superior que

---

<sup>99</sup> En el constitucionalismo histórico español, tenemos el caso de la Constitución de Cádiz de 1812 con 384 artículos, o los ejemplos actuales de Austria e Italia, donde es posible aprobar leyes de rango constitucional. Sobre el sistema constitucional austríaco, *vide* HAUSMANINGER, H., *The Austrian Legal System*, 2nd ed., Kluwer Law, The Hague, 2000, pp. 22 a 23 y sobre el italiano, *vide* VIVIANI SCHLEIN, M. P., *Rigidità costituzionale*, G. Giappichelli, Torino, 1997, pp. 170 a 176.

<sup>100</sup> La experiencia norteamericana es muy ilustrativa a este respecto, ya que hasta la Guerra Civil existió una importante corriente de pensamiento según la cual la constitución de 1787 era un mero pacto entre Estados, cuya interpretación última debería corresponder, en consecuencia, a ellos mismos. Sobre esta cuestión, *vide* SCHWARTZ, B., *The Reins of Power (A Constitutional History of the United States)*, Hill and Wag, New York, 1963, pp. 20 a 28.

<sup>101</sup> *Vide* KOOPMANS, T., «The Court of Justice and national legal traditions», *La Cour de Justice des Communautés européennes 1952-2002: bilan et perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 15 a 23.

<sup>102</sup> Ello es consecuencia de la confluencia de dos rasgos del Derecho internacional: primero, el carácter inorgánico y descentralizado de la sociedad internacional, que carece de una autoridad legislativa central; segundo, el principio de igualdad de los Estados, por el que la voluntad de uno no es jurídicamente superior a la voluntad de otro, *vide* CARRILLO SALCEDO, J. A., *Curso de Derecho internacional público: introducción a su estructura, dinámica y funciones*, *op. cit.*, pp. 139 a 142.

englobe una pluralidad de Estados hasta entonces independientes sin el consentimiento de éstos»<sup>103</sup>. Pero ello no impide que la constitución o el tratado esté vigente para los sujetos que la hayan aprobado. En el caso de EE UU, por ejemplo, de conformidad con el artículo 7 de la constitución de 1787, «la ratificación por las convenciones de nueve Estados bastará para que esta constitución entre en vigor por lo que respecta a los Estados que la ratifiquen». Igualmente, en el caso de la Ley Fundamental de Bonn, el artículo 144.1 dispone que «la presente Ley Fundamental requiere la aceptación por las representaciones populares en las dos terceras partes de los *Länder* alemanes donde ha de regir desde ya». Es más, la Ley Fundamental nunca ha sido ratificada por Baviera, lo que no ha impedido que también allí esté vigente<sup>104</sup>. De este modo, tendría razón DíEZ-PICAZO cuando afirma que «el establecimiento de una federación implica ya la creación de una unidad política y, por tanto, la eventual aprobación de nuevas constituciones en un momento ulterior, no pasa necesariamente por el consentimiento de todas las entidades federadas»<sup>105</sup>.

Por lo que hace a la modificación, ninguna duda surge con respecto a las constituciones federales. Toda reforma o revisión constitucional ha de realizarse según el procedimiento previsto por la propia constitución. De lo contrario, más que una verdadera reforma constitucional, habría un nuevo acto de ejercicio de poder constituyente; lo que, en todo caso, implicaría una ruptura con el orden preexistente<sup>106</sup>.

Normalmente, las constituciones federales suelen exigir para su reforma la ratificación por una mayoría cualificada de las entidades federadas<sup>107</sup>. En Alemania, en cambio, los *Länder* no están llamados a pronunciarse directamente, pero dado que se exige la aprobación por mayoría de dos tercios de cada cámara, y en el *Bundesrat* están presentes los representantes de los gobiernos de los *Länder*, en la práctica, el resultado es parecido<sup>108</sup>. Curiosamente, las cosas no son muy distintas

---

<sup>103</sup> DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?*, *op. cit.*, p. 88.

<sup>104</sup> Sobre la formación y evolución del federalismo en Alemania, *vide* POLONI, B., *Histoire constitutionnelle de l'Allemagne*, Ellipses, París, 2000, especialmente, pp. 113 a 120.

<sup>105</sup> DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>106</sup> CONTRERAS, M., «Sobre el Título X de la Constitución Española: de la reforma constitucional», *Revista de Derecho Político*, n.º 37, 1992, pp. 303 a 317 y GARCÍA-ATAN-CE GARCÍA, M. V., «La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad», *Revista de Derecho Político*, n.º 37, 1992, pp. 319 a 329.

<sup>107</sup> Así, artículo 5 de la constitución de EE UU de 1787, artículo 123 de la constitución suiza de 2000.

<sup>108</sup> *Vide* artículo 79 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.



para los tratados institutivos de organizaciones internacionales. Aunque se tienda a creer lo contrario, a veces los tratados institutivos de organizaciones internacionales no exigen la unanimidad de todas las partes para su modificación, pudiendo ésta incluso resultar vinculante para aquellos Estados que no han dado su consentimiento<sup>109</sup>. Ello parecería chocar con el principio general del Derecho internacional según el cual no hay tratado sin consentimiento. No obstante, es posible la vinculación de los Estados a una norma convencional que no han consentido ex artículo 40 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969<sup>110</sup>. Por tanto, si se desea salvaguardar ciertos derechos básicos de los Estados en el seno de la organización, lo mejor es excluirllos de la posibilidad de modificación sin consentimiento del afectado<sup>111</sup>. En suma, tampoco desde el punto de vista de su modificación hay diferencias radicales entre las constituciones federales y los tratados institutivos de organizaciones internacionales.

En cuanto a la extinción, el problema verdaderamente crucial no es tanto si una constitución o tratado pueden perder su vigencia en general (lo cual es evidente), sino si puede dejar de estar en vigor para una parte. Es decir, se trata de esclarecer si en las constituciones federales y en los tratados institutivos de organizaciones internacionales cabe la retirada unilateral o secesión.

A primera vista, parecería que mientras que la retirada de una organización internacional es siempre un derecho, la secesión de una federación está siempre excluida; y la razón sería que en las organizaciones internacionales los Estados mantienen su independencia, al

---

<sup>109</sup> Más aún, la posibilidad de modificación no unánime dista de ser algo excepcional entre los tratados institutivos de organizaciones internacionales, *vide* artículo 108 de la Carta de Naciones Unidas, el artículo 17 C del Estatuto del Fondo Monetario Internacional o el artículo 36 de la Organización Internacional del Trabajo. Sobre la posibilidad de reforma no unánime de los tratados institutivos de organizaciones internacionales, *vide* DUPUY, R. J., *Manuel sur les organisations internationales*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, pp. 42 a 43.

<sup>110</sup> Dicho precepto, que se refiere a la modificación de tratados multilaterales, establece como regla supletoria que los Estados que no hayan prestado su consentimiento no quedarán vinculados a las modificaciones de los tratados multilaterales en que sean parte. Ahora bien, esta regla tiene precisamente carácter supletorio y, por ello, sólo se aplica si el tratado multilateral en cuestión no dispone otra cosa. La explicación más frecuente entre los internacionalistas de este fenómeno es que la adhesión a un tratado implica la aceptación del mismo en todos sus extremos, incluidas las eventuales cláusulas relativas al procedimiento para su modificación, *vide* DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?*, *op. cit.*, p. 93.

<sup>111</sup> En este sentido, por ejemplo, el artículo 18 D del Tratado de la Agencia Internacional de la Energía Atómica concede la posibilidad de retirada al Estado disconforme con la modificación.

contrario de lo que sucede en las federaciones. No obstante, esta creencia supone una notable simplificación de la realidad, que es mucho más matizada.

Así, la idea de que cualquier Estado tiene absoluta libertad para denunciar un tratado internacional del que es parte, dando así por terminada su vinculación al mismo, es jurídicamente falsa. La denuncia o retirada unilateral sólo es jurídicamente lícita si concurren las condiciones impuestas por el Derecho internacional, es decir, que esté prevista en el propio tratado o que medie el consentimiento de todas las partes en el mismo<sup>112</sup>. Fuera de estas dos hipótesis, habría que aplicar el artículo 56 del Convenio de Viena, que establece la norma general supletoria en la materia. Esta disposición admite la denuncia o retirada sólo si consta que fue intención de las partes admitir dicha posibilidad o que la denuncia o retirada pueda inferirse de la naturaleza del tratado. Además, el artículo 60 del Convenio de Viena contempla una posibilidad extraordinaria de terminación de los tratados por «violación grave»<sup>113</sup>. Por consiguiente, fuera de estos supuestos, la retirada unilateral de un tratado multilateral sería antijurídica y, de producirse como hecho consumado, daría lugar a la responsabilidad internacional del Estado. Por tanto, no existe, así, una libertad general e incondicionada de retirarse unilateralmente de las organizaciones internacionales.

En otro orden de cosas, «tampoco es del todo cierto que en las federaciones la pérdida de independencia de las entidades federadas comporte siempre la ilicitud de la retirada unilateral»<sup>114</sup>. Sobre este particular, efectivamente, existen algunos ejemplos en el constitucionalismo comparado. Uno de ellos es el de la constitución soviética de 1977, cuyo artículo 70 la definía como una «unión voluntaria», y, a continuación, el artículo 72 hacía surgir un «derecho a la libre secesión». Es indudable que la intención de los redactores del texto soviético era más bien un ejercicio de retórica, pero, avatares del destino, en el caso de las Repúblicas Bálticas, la separación de la Unión Soviética adoptó como fundamento formal ese reconocimiento constitucional del derecho de secesión<sup>115</sup>.

Vistas estas excepciones, parece que, en definitiva, lo normal en una federación es que las entidades federadas carezcan de derecho a la

---

<sup>112</sup> Vide artículo 54 del Convenio de Viena de 1969.

<sup>113</sup> Vide PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, p. 129.

<sup>114</sup> DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>115</sup> Vide SUKSI, M. «Ondate baltiche? L'evoluzione costituzionale di Estonia, Lettonia e Lituania», *Quaderni costituzionali*, vol. 3/92, 1992, pp. 491 a 526, especialmente, *vide* p. 510.

retirada unilateral. Dado que no son Estados independientes, «un derecho a la retirada unilateral no puede dársele el Derecho internacional, sino sólo el correspondiente ordenamiento interno»<sup>116</sup>.

#### D. RECAPITULACIÓN SUMARIA

Como se ha visto, por lo que se refiere a su aprobación, modificación y extinción, no hay una línea de separación absolutamente nítida entre constituciones federales y tratados institutivos de organizaciones internacionales. Ciertamente, en estas últimas los Estados tienden a conservar un grado mucho mayor de libertad; pero ello no significa que la diferencia sea radical ni, sobre todo, necesaria. Ante esta situación Díez-PICAZO reflexiona «¿habría que concluir, entonces, que no hay diferencia esencial alguna entre ambos tipos de normas? Tal vez... pero ello no deja de chocar con los presupuestos generalmente arraigados en nuestra cultura jurídica: una cosa es un tratado y otra una constitución»<sup>117</sup>.

Seguramente, la razón última de tanta perplejidad radica en que el concepto de tratado es puramente formal, mientras que el concepto de constitución, como se ha visto, no lo es. La identificación de los tratados, en efecto, depende de características externas (sujetos, procedimiento, ciertas solemnidades, etc.). Como se ha señalado, cualquier acuerdo entre sujetos de Derecho internacional destinado a producir efectos vinculantes entre las partes es un tratado, cualquiera que sea su contenido. Para identificar las constituciones, en cambio, es preciso a menudo hacer consideraciones sobre contenido, es decir, materiales. Es verdad que, según la definición más extendida, una constitución es la norma fundamental de un ordenamiento jurídico, pero como se ha visto, además, es necesario que su contenido refleje un mínimo (separación de poderes y garantía de derechos). Además, la experiencia histórica demuestra que a veces la norma fundamental de un ordenamiento jurídico está recogida en costumbres, en leyes ordinarias o en tratados internacionales<sup>118</sup>. En estos supuestos, sólo la sustancia —esto es, ser norma fundamental de un ordenamiento jurídico— permite identificar a

<sup>116</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>117</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *¿Qué diferencia hay entre un tratado y una constitución?*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>118</sup> Incluso, como en el caso de Canadá hasta 1982, en una ley de otro país: la *British North American Act* de 1867, aprobada por el Parlamento de Westminster. Vide HOGG, P. W., *Constitutional law of Canada*, 4th ed., Carswell, Toronto, 1997, pp. 4 a 7.

las constituciones. De todo ello era plenamente consciente Kelsen, quien afirmaba que «los conceptos de tratado y constitución, de constitución y ley no son excluyentes (...). El Estado federal, pues, puede basarse en una constitución y, sin embargo, haber nacido en virtud de un tratado»<sup>119</sup>. Igualmente, el autor austriaco afirmaba que «normalmente, un Estado federal adquiere existencia por medio de un tratado internacional concluido por Estados independientes»<sup>120</sup>.

### III. Constitucionalismo y Unión Europea

#### 1. *La constitución de la UE*

##### A. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La pregunta a la que se intentará responder es, lisa y llanamente, la de si la Unión tiene, hoy por hoy, una constitución y en qué se basan quienes defienden una u otra aseveración.

Desde la firma del Tratado de Maastricht se ha sucedido un verdadero aluvión de publicaciones que intentaban responder a esta cuestión, aunque no fuese en absoluto novedosa. Ya en la década de los sesenta, recién firmados los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o EURATOM), algunos autores comenzaron a hablar de la «constitución de la Comunidad» al amparo de ciertas características especiales que ofrecían<sup>121</sup>. Pero, estas referencias al carácter constitucional de los Tratados no fueron patrimonio exclusivo de la doctrina, sino que también se encuentran en la jurisprudencia. En concreto, a mediados de la década de los cincuenta, ya se puede observar en alguna sentencia del Tribunal de Justicia referencias a la naturaleza constitucional del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero<sup>122</sup>. En similar sentido se pronunció el Tribunal Constitucional federal alemán,

<sup>119</sup> Kelsen, H., *Teoría General del Estado*, Comares, Granada, 2002, pp. 327 a 328.

<sup>120</sup> Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995, p. 379.

<sup>121</sup> En 1963, MÜNCH examinó la presencia de elementos constitucionales en los Tratados constitutivos, como la separación de poderes o un tribunal constitucional, así, *vide* MÜNCH, F., «Prolégomènes à une théorie constitutionnelle des Communautés Européennes», *Rivista di Diritto Europeo*, n.º 2, 1961, pp. 127 a 137.

<sup>122</sup> *Vide* las conclusiones del abogado general en Asunto 8/55, donde sostenía, respecto del TCECA que, a pesar de haber sido concluido bajo forma de tratado internacional, «desde un punto de vista [puede ser caracterizado] como la Carta de la Comunidad», STJ 29.11.1956, Asunto 8/55, *Fédération charbonnière de Belgique v. Haute Autorité*, Rec.1955, p. 291.

quien señaló que «el Tratado CEE representa en cierto modo la constitución de la Comunidad»<sup>123</sup>.

Sin embargo, el detonante definitivo de este debate constitucional fue la proclamación por el Tribunal de Justicia de varios principios fundamentales del Derecho comunitario como el de efecto directo y el de primacía. A éstos hay que sumar otras cuestiones como la protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo o la delimitación de las competencias de las Comunidades Europeas<sup>124</sup>.

Más adelante, el Proyecto Spinelli de 1984 y el Acta Unica Europea de 1986 sirvieron de aliciente para mantener viva esta polémica política y doctrinal. Esta alcanzó su punto más álgido con la aprobación del Tratado de la Unión Europea en 1992 y tuvo su traducción al terreno académico al desencadenar una auténtica explosión de publicaciones que, de forma directa o indirecta, abordaban la existencia, en unos casos, y la necesidad, en otros, de una Constitución europea. Después, también el Proyecto Hermann de 1994 ha contribuido, aunque en menor medida, a este debate. En 1997, el Tratado de Amsterdam lo ha reavivado, quizá más por sus omisiones que por sus logros. Y, por último, entre las contribuciones a ese debate, figura el Tratado de Niza, que recientemente ha entrado en vigor, y que ha sido sucedido por el proceso de elaboración y ratificación del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, de momento congelado tras el rechazo en sendos *referenda* de Francia y de Holanda<sup>125</sup>.

<sup>123</sup> Sentencia del TCFA n.º 22 de 18 de octubre de 1967, BVerfGE 22, 293 (296), «Der EWG-Vertrag stellt gewissermaßen die Verfassung dieser Gemeinschaft dar».

<sup>124</sup> Vide, por ejemplo, CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., pp. 246 a 247.

<sup>125</sup> BITSCH, M.T., *Histoire de la construction européenne*, Complexe, Paris, 2001, pp. 265 a 305. Sobre el proceso de ratificación del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, el fracaso de los *referenda* precitados, sus consecuencias y las posibles soluciones, vide, por ejemplo, BORRELL, J., «La encrucijada francesa», *El Periódico*, 02.05.2005, GLUCKSMANN, A., «El narcisismo francés y la atracción del abismo», *El Mundo*, 26.05.2005, DE ARISTEGUI, G., «Bofetada a la francesa», *El Mundo*, 30.05.2005, MÉNDEZ DE VIGO, I., «Y Francia utilizó la metralleta...», *ABC*, 30.05.2005, ORTEGA, A., «Por una nueva Mesina», *El País*, 31.05.2005, ESTELLA, A., «“Plan B”», *El País*, 31.05.2005, COLOMBANI, J-M., «El callejón sin salida», *El País*, 31.05.2005, JULY, S., «Un desastre general», *El Mundo*, 31.05.2005, NAÏR, S., «El “no” abre la Caja de Pandora», *El Periódico*, 01.06.2005, MÉNY, Y., «L’Europe désorientée, la France débousolée», *Le Monde*, 31.05.2005, GLUCKSMANN, A., «Euronihilismo», *El País*, 01.06.2005, CARRILLO, S., «Interpretación del voto francés», *El País*, 01.06.2005, FINI, G., «¿Quo vadis Europa?», *El Mundo*, 01.06.2005, STEYN, M., «La UE no aceptará un “no” por respuesta», *Gees*, 02.06.2005, ANDREANI, J-L., «Les raisons d’un rejet», *Le Monde*, 06.06.2005, HABERMAS, J., «Cataclismo en Europa: ¿estímulo o paralización?», *El País*, 09.06.2005, HURD, D., «Con perdón de España, el Tratado está muerto», *ABC*, 09.06.2005., SCHMIDT, H., «Debemos ser valientes», *La Vanguardia*,

En definitiva, desde hace ya varias décadas el debate doctrinal sobre las cuestiones jurídico-institucionales de las Comunidades —hoy, de la Unión—, ha discurrido por carriles constitucionales. En este sentido, conviene señalar que paradójicamente las primeras contribuciones fueron obra de expertos internacionalistas, no de constitucionalistas<sup>126</sup>.

La división entre los autores que han tratado el tema es manifiesta. En gran medida, proyecta el enfrentamiento político acerca de la orientación futura del proceso de integración europea, aunque también esconde diferencias teóricas. A pesar de que los escritos sobre el tema son muy abundantes, metodológicamente, conviene encuadrarlos en dos grandes grupos o sectores doctrinales antagónicos, aun a riesgo de simplificar un tanto el pensamiento de los diferentes autores. Estos grupos son: uno, el de quienes rechazan la existencia de la Constitución europea; otro, el de aquellos que defienden su existencia, si bien dentro de éste se hará una doble distinción. La selección de autores no es, en absoluto exhaustiva. Sólo se incluyen aquéllos que reflejan y exponen con mayor claridad cada una de las tesis.

#### B. SECTOR DOCTRINAL QUE NIEGA LA EXISTENCIA DE UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Los autores incluidos en este grupo, para negar la existencia de la constitución de la Unión, hacen hincapié, bien en la falta de un Estado a escala europea, bien en el carácter incompleto o en el origen no democrático de los Tratados constitutivos. Es necesario advertir que sólo se hará referencia a autores que tratan expresamente este tema. Se excluyen, por tanto, a quienes sostienen que los Tratados y, en general, el Derecho comunitario tienen naturaleza jurídico-internacional sin pronunciarse sobre la Constitución europea.

El profesor KIRCHHOF es, probablemente, quien con más rotundidad expone su parecer. Sostiene el catedrático y ex presidente del Tribunal Constitucional alemán que «allá donde no hay Estado, no hay constitución y donde no hay un pueblo, no hay Estado»<sup>127</sup>. De aquí deduce que

---

10.06.2005, LÓPEZ-ESCOBAR, E. «El coma constitucional europeo: Algunas posibles consecuencias», *ABC*, 10.06.2005, DIEDRICHS, U. y WESSELS, W., «Soluciones para el futuro de Europa», *La Vanguardia*, 16.06.2005, BARÓN CRESPO, E., «Democracia y Constitución europea», *El País*, 12.07.2005, TORREBLANCA, J. I., «Un pacto con los ciudadanos», *El País*, 29.09.2005, MISSÉ, A., «Entrevista a Javier Solana», *El País*, Domingo, 28.11.2005, D'ALEMA, M. *et alii*, «Por una iniciativa de la izquierda europea», *El País*, 14.01.2006.

<sup>126</sup> Así, por ejemplo, MÜNCH, F., *Prolégomènes à une théorie constitutionnelle des Communautés Européennes*, *op. cit.*

<sup>127</sup> KIRCHHOF, P., *EU-Nachrichten*, n.º 18/19, de 9 de mayo de 1994, p. 3.

actualmente no cabe sostener la existencia de un pueblo europeo, lo que, por consiguiente, impide hablar de un Estado europeo y de una Constitución europea. El punto de partida de este autor es la vinculación entre el Estado y la constitución, lo que le leva a afirmar que la Unión Europea no es un Estado y, en consecuencia, no puede tener una constitución<sup>128</sup>.

En esta misma línea, aunque en un tono menos académico y más político, se pronuncia HOWE, para quien no existe una Constitución europea, pues «los diversos tratados son sólo eso, tratados internacionales entre Estados. Por el contrario, las Constituciones son los fundamentos legales de los Estados mismos». Y concluye, «sólo si alguien se atreviera a argumentar que la UE es ya un Estado, podría empezar a afirmar que disfruta ya de una constitución»<sup>129</sup>.

La principal laguna de estas tesis es la dificultad que encuentran para explicar la erosión sufrida por las Constituciones internas como consecuencia de la transferencia de poderes a las instituciones europeas. Aunque la justificación jurídico-política de esta transferencia hay que buscarla en los distintos textos constitucionales, hay que recordar que existe un auténtico poder público de ámbito europeo, organizado al margen de los tradicionales esquemas estatales, que incide directamente sobre los ciudadanos y cuyas normas priman sobre las estatales, incluidas las constitucionales. Sólo así es posible comprender, por ejemplo, por qué el Tribunal de Justicia ha tenido que reconocer y tutelar los derechos y libertades fundamentales a nivel europeo para satisfacer las alegaciones de los particulares y las presiones de los tribunales constitucionales nacionales o la consagración del principio de subsidiariedad ante el temor de los Estados miembros a la pérdida de poder a favor de las instituciones europeas<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> Vide KIRCHHOF, P., «Der deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration», en ISENSEE, J. u. KIRCHHOF, P., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 870 a 873. Para una crítica a la visión de KIRCHHOF, vide MANCINI, G. F., «Europe: The Case for Statehood», *European Law Review*, vol. 4/1, 1998, pp. 29 a 42, especialmente, pp. 34 y 35, y sus conclusiones, pp. 41 a 42.

<sup>129</sup> HOWE, G., «La construcción de Europa de abajo arriba: argumentos en contra de la Constitución europea», *Cuadernos del Philip Morris Institute for Public Policy Research*, n.º 10, 1996, p. 29.

<sup>130</sup> Son muchos los autores que emplean el término de «poder público europeo», así, vide, KOTZUR, M., «Federalismo, regionalismo y descentralización local como principios estructurales del espacio constitucional europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 1, 2004, pp. 47 a 74, especialmente, pp. 51 a 55; o PERNICE, I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, op. cit., pp. 29 a 30. En la doctrina española, vide Díez-PICAZO, L. M., «Reflexiones sobre la idea de Constitución europea», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, CEC, Madrid, 1993, pp. 533 a 559.

En definitiva, parece que negar la existencia de una constitución europea a causa de la naturaleza no estatal de la Unión, además de adolecer de cierto formalismo, equivale a reconocer que las constituciones internas habrían autorizado su propia «desconstitucionalización» o vaciamiento, es decir, que habrían permitido el ejercicio directo sobre los ciudadanos de ciertos poderes o facultades públicas, que de otra manera estarían sometidos a ellas<sup>131</sup>.

Desde otro punto de vista, para LECHELER es innegable que la Comunidad posee una estructura jurídica fundamental que rige las relaciones en el marco del sistema comunitario<sup>132</sup>. Ahora bien, este autor se pregunta si es merecedora esta estructura del calificativo de constitucional en el sentido estatal. Desde el ángulo estatal, la constitución, como ya se ha visto, «es el supremo principio normativo de la comunidad» que rige la «totalidad política» de modo permanente, no sólo una parte de la vida estatal o social<sup>133</sup>. Este argumento le permite negar el carácter constitucional del Tratado de Maastricht, a pesar de la ampliación de competencias que realiza a favor de la Unión Europea, pues no comprende esa «totalidad política» al estar abierto a futuros complementos<sup>134</sup>. Este argumento parece poco consistente porque, desde una posición realista, tampoco las constituciones de los Estados miembros cumplirían hoy esta exigencia después de la transferencia de poderes a favor de las instituciones europeas. Además, ésta no es una característica constitucional; existen constituciones que no pretenden regir la totalidad de la vida política y social<sup>135</sup>.

Tampoco para GRIMM es posible hablar de una constitución europea, aunque por distintas razones. Este autor cuestiona la naturaleza constitucional de los Tratados constitutivos llegando a la conclusión de que carecen de ella. Según él, la negación de este carácter se sustenta no en el hecho de que la Unión no sea un Estado, sino en la falta de legitimación popular de los Tratados, ya que provienen de la voluntad de

<sup>131</sup> Así opina, entre otros, CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., p. 250.

<sup>132</sup> LECHELER, H., «Braucht die “Europäische Union” eine Verfassung? Bemerkungen zum Verfassungsentwurf des Europäischen Parlaments vom 9. September 1993», en RANDELZHOFFER, A., SCHOLZ, R. u. WILKE, D., *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, CH Beck, München, 1995, pp. 393 a 407, especialmente, p. 397.

<sup>133</sup> LECHELER, H., «Braucht die “Europäische Union” eine Verfassung? Bemerkungen zum Verfassungsentwurf des Europäischen Parlaments vom 9. September 1993», op. cit., pp. 397 a 398.

<sup>134</sup> LECHELER, H., «Braucht die “Europäische Union” eine Verfassung? Bemerkungen zum Verfassungsentwurf des Europäischen Parlaments vom 9. September 1993», p. 398.

<sup>135</sup> CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., p. 251.



los Estados miembros. En concreto, tras constatar la existencia de un poder público en el nivel europeo, señala que esos Tratados, aunque cumplen funciones constitucionales, «no son una constitución en el sentido pleno del término. La diferencia reside en la referencia a la voluntad de los Estados miembros y no al pueblo de la Unión»<sup>136</sup>.

Sin restar importancia en términos generales a la legitimación democrática de las Constituciones, un rápido vistazo a otros sistemas constitucionales revelará que es posible encontrar Constituciones que no han tenido un origen popular directo. Es el caso de la constitución de Nueva Zelanda, la de Australia o la de Canadá (ésta última brevemente analizada *supra*) que fueron obra del Parlamento de Westminster o la Ley Fundamental de Bonn. Por otra parte, los partidarios de los postulados de GRIMM han de tener en cuenta que estos Tratados cuentan con la aprobación de los parlamentos nacionales y, en algunos casos, con la de los ciudadanos a través de *referenda*, lo que restaría importancia a esa crítica. A esta legitimación popular indirecta, los Tratados suman la que han obtenido las instituciones europeas gracias a la consecución de ciertos objetivos como la convivencia pacífica entre los Estados europeos durante casi medio siglo, la estabilidad y el bienestar económicos, etc., es decir, que contarían con una cierta legitimidad de ejercicio<sup>137</sup>.

En cuanto a la doctrina española, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA afirma que la Unión Europea no es un Estado «porque no es una organización política que pueda referirse al ejercicio soberano del poder constituyente de un pueblo único». Y concluye, «la base jurídica de la Unión, por tanto, no es una verdadera constitución como acto único fundante de un orden político soberano de un pueblo, sino los Tratados Internacionales de los Estados que la integran, los cuales no se han unido en una unión estatal, sino en un orden común, al que se encuentran sometidos pero del que pueden salir»<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> GRIMM, D., *Does Europe Need a Constitution?*, *op. cit.*, p. 291. Igualmente, *vide* HABERMAS, J., *Remarks on Dieter Grimm's «Does Europe Need a Constitution?»*, *op. cit.*, pp. 303 a 308.

<sup>137</sup> CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, *op. cit.*, p. 252.

<sup>138</sup> SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración europea», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 90, 1995, pp. 45 a 68, especialmente, pp. 47 a 48. En sentido similar se expresa RUIPÉREZ ALAMILLO, J., *La «Constitución europea» y la teoría del poder constituyente: algunas reflexiones críticas desde el derecho político*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, p. 100. No obstante, hay que tener en cuenta las matizaciones sobre la absoluta libertad del abandono de la Unión, que, hasta el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, no estaba reconocido expresamente, así, sobre el régimen que estaría vi-

Esta reflexión es importante tanto por su contenido, es decir, por negar la existencia de la Constitución europea, como por ser un claro exponente de la concepción doctrinal dominante en el panorama jurídico-constitucional español<sup>139</sup>. Sin entrar ahora en el estudio detallado de sus respectivas concepciones constitucionales, es posible concluir, en términos genéricos, que entienden la constitución como una norma suprema que regula la producción de las demás normas jurídicas, que resulta de la obra de un poder constituyente legitimado democráticamente y que posee carácter constitutivo. Esta atiende esencialmente a la organización del Estado de acuerdo con unos principios o valores (derechos fundamentales o separación de poderes...). Por consiguiente, constitución y Estado son conceptos inseparables. Desde el punto de vista del Derecho, la constitución es omnicompreensiva o plena, esto es, encierra todo el Derecho y proporciona los criterios formales y materiales para su válida formación, en una palabra, legitima la totalidad de las normas aplicables en el territorio español, incluso las que le preceden. De aquí se deriva que la infracción de la constitución por una norma inferior entraña su nulidad que puede ser declarada por el Tribunal Constitucional en exclusiva<sup>140</sup>.

### C. SECTOR DOCTRINAL QUE SOSTIENE LA EXISTENCIA DE UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA

En este apartado se realizará una distinción entre los autores que adoptan una perspectiva formal, lo que quiere decir que acuden principalmente a los Tratados constitutivos y aquellos otros que, desde una

---

gente, *vide* JACQUE, J. P., *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Dalloz, 2<sup>e</sup> edition, Paris, 2003, pp. 104 a 106.

<sup>139</sup> Así, entre las obras que han contribuido a conformar el panorama jurídico-constitucional español, merecen ser reseñadas, ALVAREZ CONDE, E., *Curso de derecho constitucional*, 4.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2003, DE OTTO Y PARDO, I., *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1995, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1983, TORRES DEL MORAL, A., *Principios de derecho constitucional español*, 5.<sup>a</sup> ed., Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2004, RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder (Escritos sobre la constitución)*, CEC, Madrid, 1993.

<sup>140</sup> Así, el Tribunal Constitucional ha declarado en múltiples ocasiones que el Derecho comunitario tiene carácter «infraconstitucional», así, *vide* SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 7; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4; 120/1998, de 17 de julio, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero de 2002, FJ 2. Esta postura, duramente criticada por otro sector de la doctrina, habría cambiado, según su más contundente portavoz, tras la DTC 1/2004, al abandonar la tesis del artículo 93 CE como un precepto meramente «orgánico-procedimental». Así, *vide* MANGAS MARTIN, A., *La constitución Europea*, Iustel, Madrid, 2005, p. 167.

perspectiva material, sostienen su existencia al amparo de la presencia de ciertos elementos constitucionales en el Derecho de la Unión<sup>141</sup>.

a) Perspectiva formal: los Tratados constitutivos como constitución de la Unión Europea

En general, la identificación de los Tratados con la Constitución europea presupone la adopción de una concepción constitucional que presta atención a su aspecto constitutivo y organizativo. En concreto, para fundamentar sus tesis, los autores incluidos en este apartado acuden a aquellos preceptos de los Tratados que crean las instituciones comunitarias, que delimitan sus funciones, que regulan sus relaciones mutuas y que rigen la producción normativa comunitaria. A continuación se expondrán las tesis más significativas.

Entre los representantes de este grupo, está BERNHARDT, para quien la «constitución de la Comunidad» es como su ley fundamental obligatoria. Este autor juzga adecuado el uso de esta expresión, de una parte, porque permite recoger las particularidades del ordenamiento jurídico comunitario y, de otra, por su connotación política, puesto que evoca la idea de una «unión cada vez más estrecha»<sup>142</sup>. No obstante, surgen las dificultades a la hora de precisar su contenido. En términos generales, «la constitución, en cuanto fuente del derecho comunitario designará (...) por un lado las normas obligatorias para todas las instituciones comunitarias y para los Estados miembros, sobre las que éstos no tienen ningún poder, y que se encuentran principalmente en los Tratados comunitarios, y, por otro, a título excepcional, las normas plasmadas por ciertos actos cualificados de las instituciones comunitarias o que pueden ser obligatorias en cuanto derecho constitucional no escrito»<sup>143</sup>.

En concreto, la constitución de la Comunidad, en su mayor parte, está integrada por los Tratados comunitarios, completada por otros actos jurídicos emanados, bien de los Estados miembros, bien de las instituciones comunitarias, aunque su inclusión no está clara para el autor.

<sup>141</sup> Por su parte, Díez-PICAZO distingue cuatro posiciones doctrinales de acuerdo con el objeto con que la identifican: la jurisprudencia del Tribunal, la regla fundamental del ordenamiento comunitario, la creación y la organización de un poder público comunitario y el establecimiento de una estructura cuasi-federal, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Reflexiones sobre la idea de Constitución europea*, op. cit., pp. 538 a 543.

<sup>142</sup> BERNHARDT, R., «Las fuentes del derecho comunitario: la “constitución de la Comunidad”», *Treinta años de Derecho comunitario*, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1981, p. 73.

<sup>143</sup> BERNHARDT, R., «Las fuentes del derecho comunitario: la “constitución de la Comunidad”», op. cit., p. 74.

Para despejar esta duda, BERNHARDT acude a una especie de principio general conforme al cual «deben considerarse parte del derecho constitucional de la Comunidad únicamente aquellos otros actos previstos por los mismos Tratados, como capaces de modificar o sustituir el derecho anterior del Tratado»<sup>144</sup>. Así, según este criterio las decisiones adoptadas por los Estados miembros en el seno del Consejo (entendido como conferencia intergubernamental), los tratados entre Estados miembros y aquéllos que concluye la Comunidad y/o los Estados miembros con terceros países, formarían parte de la constitución de la Comunidad<sup>145</sup>.

También incluye dentro de esta constitución algunas normas no escritas pero desarrolladas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular, los principios generales del Derecho extraídos de los ordenamientos de los miembros comunitarios que complementarían al Derecho constitucional escrito (por ejemplo, la protección de los derechos fundamentales desarrollada por el Tribunal). Por último, el Derecho constitucional comunitario estaría complementado por las normas de Derecho internacional público de *ius cogens* y por sus normas fundamentales<sup>146</sup>.

En conclusión, este autor sostiene que «el derecho constitucional de la Comunidad está compuesto por los Tratados comunitarios [el Derecho comunitario originario], por las modificaciones y adiciones al derecho comunitario originario autorizadas por los Tratados y, como complemento, por los principios fundamentales del Derecho de los Estados miembros y por las normas fundamentales del derecho internacional»<sup>147</sup>.

En opinión de CANCELA OUTEDA esta concepción merece algunas matizaciones. En primer lugar, la amplitud del contenido de la Constitución europea es excesiva. No todo el contenido de los Tratados constitutivos tiene relevancia constitucional como —por citar sólo dos ejemplos— la regulación en materia de agricultura o de libre competencia. En segundo lugar, tampoco tiene sentido incluir en esa constitución normas de Derecho internacional público, cuya naturaleza obviamente es distinta. Y, en tercer lugar, llamaría la atención la escasa

---

<sup>144</sup> BERNHARDT, R., «Las fuentes del derecho comunitario: la “constitución de la Comunidad”», *op. cit.*, p. 76.

<sup>145</sup> CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, *op. cit.*, p. 256.

<sup>146</sup> BERNHARDT, R., «Las fuentes del derecho comunitario: la “constitución de la Comunidad”», *op. cit.*, p. 77.

<sup>147</sup> BERNHARDT, R., «Las fuentes del derecho comunitario: la “constitución de la Comunidad”», *op. cit.*, p. 78.

importancia que atribuye al Tribunal de Justicia, a pesar de que la incorporación de algunos principios generales del Derecho al ordenamiento comunitario sean obra suya<sup>148</sup>. BERNHARDT, por su parte, apostilla que «el Tribunal en teoría no hace más que aplicar el derecho preexistente; explicita la constitución de la Comunidad, pero no crea derecho constitucional propiamente dicho»<sup>149</sup>.

Una tesis semejante a la anterior respecto de la existencia de la Constitución europea es la defendida por RODRÍGUEZ IGLESIAS, para quien está integrada «fundamentalmente por los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y los tratados modificativos de aquéllos»<sup>150</sup>. Así, tal y como sostiene el ex presidente del TJCE, los Tratados poseen una serie de elementos característicos de cualquier constitución propia de un Estado: la jerarquía normativa, el reconocimiento de una serie de Derechos fundamentales, principios generales de Derecho constitucional y normas de reparto de competencias entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros<sup>151</sup>. Fueron éstos quienes crearon este ordenamiento legal y al mismo tiempo limitaron su soberanía. Estos elementos serían:

- a) La jerarquía normativa. Esta característica implica que los Tratados están en una posición superior a la de las demás normas integrantes del Derecho comunitario. La garantía de esa superioridad es de carácter jurisdiccional y se atribuye en exclusiva al TJCE. El control de la legalidad-constitucionalidad, amparado en el artículo 173 TCE, se extiende: a los actos del Consejo y de la Comisión, a los actos del Parlamento, a las normas comunitarias. Igualmente, se ha admitido la tutela judicial cautelar.
- b) El reconocimiento de Derechos fundamentales. Entre ellos, es posible destacar: las libertades reconocidas en los Tratados, especialmente, las de circulación y de servicios, que deberán ser interpretadas como libertades fundamentales; el principio de cooperación leal, artículo 10 TCE; el principio de subsidiariedad, artículo 5 TCE.

<sup>148</sup> CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, *op. cit.*, p. 257.

<sup>149</sup> BERNHARDT, R., «Las fuentes del derecho comunitario: la “constitución de la Comunidad”», *op. cit.*, p. 77.

<sup>150</sup> RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «La constitución de la Comunidad Europea», *Noticias CEE*, n.º 100, 1993, p. 93.

<sup>151</sup> En este sentido, *vide* RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., *La dimensión constitucional del Derecho comunitario europeo*, Discurso de ingreso en la Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1998, citado, entre otros, por MUÑOZ MACHADO, S., *Constitución*, 1.ª edición, Iustel, Madrid, 2004, p. 231.

- c) Principios generales comunes de los sistemas jurídicos de los Estados miembros, como el régimen de responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias (artículo 228 TCE) o el reconocimiento de los Derechos fundamentales en el ámbito de la Comunidad Europea (artículo 6 TUE)<sup>152</sup>.

Otro autor que desde la perspectiva formal considera los Tratados como la Constitución europea es LOUIS. Su contenido lo conformarían los principales instrumentos normativos comunitarios: los Tratados de París y de Roma y sus posteriores modificaciones, entre las que destaca el Acta Unica Europea, los Tratados y las Actas de adhesión de los nuevos estados miembros y el Tratado de la Unión Europea<sup>153</sup>. Para él, los Tratados son la constitución de la Comunidad porque «determinan el ámbito de aplicación del Derecho comunitario en el tiempo y en el espacio. Atribuyen competencias a las instituciones y enuncian los principios y los procedimientos que éstas deben respetar. Garantizan este respeto mediante un control jurisdiccional, que se ejerce tanto sobre los actos de las instituciones en el ámbito interno como sobre las relaciones exteriores»<sup>154</sup>.

Otro autor interesante a este respecto es STEIN. Su tesis afirma la existencia de una constitución «parcial» de la Unión Europea. En su opinión, la Unión posee una constitución porque los Tratados constitutivos, al igual que sucede en las organizaciones internacionales, han creado un conjunto de órganos, han establecido sus competencias y sus procedimientos decisorios y han fijado un mecanismo para su reforma. Además, los Tratados han introducido principios y postulados que convierten a la Unión Europea en una forma de integración supranacional distinta de otras organizaciones<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., *La dimensión constitucional del Derecho comunitario europeo*, *op. cit.*, pp. 231 a 233. Igualmente, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «La constitución de la Comunidad Europea», *op. cit.*, pp. 93 a 99.

<sup>153</sup> LOUIS, J-V., *El ordenamiento jurídico comunitario*, 5.ª ed., Servicio de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1995.

<sup>154</sup> LOUIS, J-V., *El ordenamiento jurídico comunitario*, *op. cit.*, p. 94. En particular, el autor precitado pone el acento en el carácter constitucional de las disposiciones comunes del Tratado de la Unión Europea (antiguos artículos A-F) que contendrían los principios constitucionales comunes a los tres pilares de la Unión: el principio de subsidiariedad, el de coherencia y continuidad de las acciones llevadas a cabo para la consecución de los objetivos comunitarios y, en especial, el de coherencia del conjunto de la acción exterior, el de respeto a la identidad nacional de los Estados miembros que deben tener sistemas de gobierno basados en los principios democráticos, el de respeto a los derechos fundamentales y el de adecuación de los medios necesarios para conseguir sus objetivos, *vide* pp. 94 a 95.

<sup>155</sup> STEIN, T., «La Constitución europea: pasado, presente y futuro», *Anuario Jurídico de la Rioja*, n.º 2, Universidad de la Rioja, Logroño, 1996, pp. 235 a 254, en concreto, *vide* p. 240.

En resumen, para este sector de la doctrina, los Tratados, pese a su origen internacional, son la constitución de la Comunidad o Unión Europea. De forma genérica, se podría concluir que conciben la constitución como una ley o *norma normarum*, es decir, creadora y fundamentadora de todo un ordenamiento jurídico. Pero ello podría llevar a concluir que cualquier documento que cree instituciones, que establezca sus facultades y procedimientos de actuación y regule la producción de normas es merecedor del calificativo de constitucional. Además, relativizan el hecho de que los Tratados creen una entidad diferente del Estado (casi ninguno de ellos considera a la Unión Europea un Estado) e insisten, en contraposición con algunos autores ya vistos, en la separación entre constitución y Estado<sup>156</sup>.

Las tesis anteriormente expuestas han recibido las críticas de la doctrina, aunque por diferentes razones.

Así, para Díez-PICAZO los Tratados no son una constitución en el sentido pleno del término debido a la existencia de dos lagunas: la limitación de los fines de la Unión Europea al terreno económico y el profundo déficit democrático del que adolece la Unión (tanto desde un punto de vista decisonal como organizativo)<sup>157</sup>.

CANCELA OUTEDA, por su parte, descarta que estos argumentos automáticamente desvistan del apelativo de constitucional a los Tratados Comunitarios, pero llega a la misma conclusión debido a otras razones. En primer lugar, la negación de este carácter responde a la finalidad que persiguen los propios Tratados. Así, cualquier constitución merecedora de tal denominación debe apuntar a la efectiva limitación del poder, a la protección de los individuos frente a eventuales arbitrariedades y abusos provenientes del poder público. Es decir, la constitución, en esencia, se conforma con la pasividad del poder. Por el contrario, los Tratados están orientados a la consecución de ciertos fines comunes a los Estados pactantes, razón por la que, no sólo no tienden a limitar el poder, sino que, al contrario, incentivan la actuación de las instituciones comunitarias. Por ello, desde el punto de vista teleológico, constitución y Tratados están enfrentados. Por otro lado, la afirmación de que los Tratados constitutivos son la constitución de la Unión porque han creado un sistema institucional provoca una ampliación desmesurada del concepto de constitución hasta, en palabras del citado autor, «des-

---

<sup>156</sup> Salvo MANCINI, aunque, como se ha dicho, considera que la Unión posee características propias de un Estado, más matizadamente, *vide* MANCINI, G. F., *Europe: The Case for Statehood*, *op. cit.*, pp. 29 a 42.

<sup>157</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Reflexiones sobre la idea de Constitución europea*, *op. cit.*, pp. 550 a 552.

virtuarlo»<sup>158</sup>. De esta ampliación, resultaría, continuando con dicha argumentación, que cualquier organización internacional dispondría de una constitución y que cualquier Estado la tendría, aunque sus gobernantes ejercieran el poder de forma autoritaria. Otro argumento en contra sería el hecho de que en los Tratados abundan las disposiciones de nulo contenido constitucional<sup>159</sup>. Finalmente, añade el académico, existe un argumento que hace referencia a la relación que guardarían los Tratados (eventual constitución de la UE) con las Constituciones de los Estados miembros. Este vendría a decir que es imposible que ambas categorías (Constituciones nacionales y la de la UE) compartan simultáneamente tal carácter dado que ambas no pueden ser al tiempo la cúspide de un sistema normativo en el que conviven normas emanadas de los Estados y de las instituciones de la Unión<sup>160</sup>.

b) Perspectiva material: la jurisprudencia como factor principal de constitucionalización de la Unión Europea

Lo que se ha llamado *perspectiva material* hace referencia a un enfoque constitucional que atendería al funcionamiento real y al contenido de esta estructura jurídico-institucional a la que se llama Unión Europea. Este planteamiento les permite descubrir ciertos elementos constitucionales dispersos en los Tratados, en la jurisprudencia del TJCE e, incluso, en las constituciones de los Estados miembros.

De este modo, HALLSTEIN se refirió muy tempranamente a la existencia de una constitución de la Comunidad. Para él, la Comunidad, en cuanto unión de Estados, dispone de una constitución «no escrita», esto es, que no está formalizada en un único documento, sino que es una suma de reglas y principios obligatorios, que se hallan en parte en los Tratados constitutivos o en los Reglamentos y, en parte, en la costumbre. En concreto, la Comunidad estaría dominada por dos principios: el de Derecho (*Rule of Law*) y el democrático<sup>161</sup>.

También sigue este enfoque SCHWARZE, para quien una característica de la Comunidad Europea es el desarrollo constitucional que vive. A

---

<sup>158</sup> CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., p. 266.

<sup>159</sup> En este sentido, también, HARTLEY, T., «Constitutional and Institutional Aspects of the Maastricht Agreement», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 42, 1993, pp. 213 a 237.

<sup>160</sup> CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., p. 265 a 268.

<sup>161</sup> HALLSTEIN, W., *Die Europäische Gemeinschaft*, Econ Verlag, Düsseldorf, 1973, pp. 42 a 43.



diferencia de las constituciones estatales, los Tratados se caracterizan por su apertura, elasticidad y flexibilidad debido a que el objetivo último que persiguen es la integración. De esta manera, el desarrollo constitucional se ha nutrido de las siguientes fuentes: los Tratados, la acción de los Estados miembros y de las instituciones europeas y la interpretación que el Tribunal de Justicia, a modo de Corte Constitucional, ha ido haciendo del Derecho comunitario<sup>162</sup>. De esta aproximación interesa, sobre todo, destacar la incapacidad del concepto formal de constitución para explicar los diversos elementos constitucionales existentes en la Comunidad Europea<sup>163</sup>. En relación con estas tesis, CANCELA OUTEDA concluye que «los elementos constitucionales no son el fruto de un único poder constituyente»<sup>164</sup>.

En la misma línea, MANCINI sostiene que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se orientó, prácticamente desde su creación, hacia el establecimiento de una constitución para la Comunidad. Así, los primeros jueces de la alta instancia judicial, se encontraban ante una organización internacional de características muy peculiares, pero, a pesar de ello, los Tratados fundacionales no podían ser considerados una constitución. Con este panorama, «el Tribunal trató de constitucionalizar el Tratado [de la CEE], es decir, formar un sistema constitucional para una estructura de tipo federal en Europa»<sup>165</sup>. Entonces, el autor diferencia varias etapas en el camino de la constitucionalización de la Unión: el primero fue la proclamación del principio de efecto directo o aplicabilidad inmediata del Derecho de la Comunidad; el segundo consistió en el establecimiento del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el interno; el tercer paso lo constituyó el principio de preclusión (*preemption*), de amplia repercusión en el reparto competencial

<sup>162</sup> SCHWARZE, J., «Constitutional Developments in the European Community: Definition and Foundations», *Law and State*, vol. 32, 1985, pp. 106 a 112.

<sup>163</sup> Sobre esta concepción que bebe mucho de las teorías de «activismo judicial» importadas de EE UU, *vide* ALTER, K. y MEUNIER-AITSAHALIA, S., «Judicial Politics in the European Community: European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision», *Comparative Political Studies*, vol. 26, 1994, pp. 535 a 561, especialmente, pp. 397 a 423; ALTER, K., *The Making of a Rule of Law: The European Court and the National Judiciaries*, Department of Political Sciences, Ph.D. dissertation, MIT, Massachusetts, 1996 y ALTER, K., «Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration», en SLAUGHTER, A.M., STONE SWEET, A. y WEILER, J.H.H. (eds.), *The European Courts & National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal change in its social context*, Hart, Oxford, 1998, pp. 227 a 252.

<sup>164</sup> CANCELA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, *op. cit.*, p. 271.

<sup>165</sup> MANCINI, G. F., «The Making of a Constitution for Europe», *Common Market Law Review*, vol. 26, 1989, pp. 595 a 614, la cita aparece en la p. 596.

entre los estados y la Comunidad y que complementó al de primacía; y el cuarto paso fue el referido a la creación de un sistema de control de la adecuación de las normas estatales a las disposiciones de los Tratados<sup>166</sup>.

En otro orden de cosas, pero en la línea argumental de las tesis expuestas, el profesor BIEBER defendía la existencia de una constitución en la Unión. Para ello separaba los conceptos de constitución y de Estado, aduciendo que éste no es la única forma de organización política, social y económica de los hombres en un determinado territorio y añade que la falta de una referencia expresa al Estado en los Tratados significa que la Comunidad debe encontrar su propia estructura para ejercer su autoridad<sup>167</sup>.

Otros autores también hablan la Constitución europea a pesar de que no exista un documento calificado como tal, pero sí una normas según las cuales sería posible «tener constitución» sin «tener una constitución». Así, HÄBERLE, opina que «Europa vive ya [en 2004] bajo un conjunto de constituciones parciales escritas y no escritas»<sup>168</sup>. PERNICE, por su parte propuso el término de *Verfassungsverbund* («confederación constitucional») y, recientemente, ha afirmado que «la Unión Europea dispone ya de una constitución en sentido amplio, si bien separándola del concepto de Estado»<sup>169</sup>.

<sup>166</sup> MANCINI, G. F., *The Making of a Constitution for Europe*, op. cit., pp. 595 a 604.

<sup>167</sup> BIEBER, R., «Verfassungsentwicklung und Verfassungsgebung in der Europäischen Gemeinschaft», en WILDENMANN, R., *Staatswerdung Europas?: Optionen für eine Europäische Union*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1991, pp. 393 a 414.

<sup>168</sup> HÄBERLE, P., «Europa como comunidad constitucional en desarrollo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 1, 2004, p. 12. Es más, el autor germano añade «en mi opinión, se puede hablar de una “comunidad constitucional” sui generis. Los actuales Tratados son constituciones parciales o tratados constitucionales sectoriales. Revelan típicos temas y funciones constitucionales y sustraen ámbitos clásicos a las constituciones nacionales, de tal manera que éstas en algunos aspectos se convierten, a su vez, en constituciones parciales en el contexto de la Unión (por ejemplo “Schengen” aleja las “fronteras estatales” de la teoría tradicional de los elementos del Estado: las naciones participantes son ya interior: “naciones amigas”). El concepto de “Derecho constitucional común europeo” propuesto por mí en 1991, con todos sus principios jurídicos, desarrollados en parte pretorialmente en la jurisprudencia del TJCE, en parte formulados textualmente en el CEDH, es “constitutional european law in public action”, un “aglutinante” constitucional que tiene efectos a lo largo de Europa y que debemos ganar para un Derecho comparado cualificado», p. 13.

<sup>169</sup> El concepto de *Verfassungsverbund* aparece en la dilatada obra de PERNICE, aunque el término que ha hecho fortuna ha sido su traducción al inglés, *multilevel constitutionalism*, por ejemplo, en PERNICE, I., «Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European constitutionmaking revisited?», *Common Market Law Review*, vol. 36, 1999, 703 a 750, especialmente, vide p. 707, donde emplea el término en alemán. Sobre la existencia de una Constitución europea en «sentido amplio», vide PERNICE, I., *Fundements du droit constitutionnel européen*, op. cit., p. 8 y 22 a 27.

Igualmente, el profesor CONSTANTINESCO ha escrito muy recientemente que «en el actual estadio cabe estimar, sin forzar la realidad, que los tratados que instituyen la Unión y la Comunidad, junto con los actos sucesivos que revisan tales tratados, las constituciones nacionales (...) y las interacciones de éstas con los tratados comunitarios, sin olvidar las obligaciones derivadas de la Convención Europea de Derechos Humanos, forman a escala europea una verdadera *red constitucional europea compuesta de diversos niveles normativos* (...) abiertos a las interpretaciones de una pluralidad de jueces nacionales y europeos»<sup>170</sup>.

Por tanto, el hecho de que la constitución, al igual que en el caso del Reino Unido, no esté plasmada y codificada ordenadamente en un único documento es la clave para entender la posible existencia de una constitución Europea<sup>171</sup>. Algún autor (francés) ha hablado de la existencia de un bloque de constitucionalidad, que él entiende a la manera francesa, es decir, un conjunto de normas, principios y resoluciones jurisprudenciales que formarían la *Grundnorm* del sistema de la Unión<sup>172</sup>.

## 2. El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa

En el momento actual, el proceso de ratificación del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa se encuentra, al menos para algunos países, en suspenso. Ello, unido a las declaraciones de muchos líderes en el sentido de que es necesario renegociar el Tratado, hacen muy difícil, si no imposible, saber si el también llamado Tratado Constitucional entrará algún día en vigor y, si lo hace, si sus disposiciones serán las mismas que las del texto sometido a referéndum, por ejemplo, en España<sup>173</sup>.

No obstante, dada la volatilidad de las opiniones y los tiempos en el entramado comunitario, parece interesante analizar, si quiere someramente, si la Unión Europea tendría una constitución con la eventual entrada en vigor del Tratado Constitucional.

<sup>170</sup> CONSTANTINESCO, V., «El proyecto de tratado que establece una constitución de la Unión Europea, entre el derecho internacional y el derecho constitucional», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 15, 2005, p. 75.

<sup>171</sup> En idéntico sentido, vide CANCELADA OUTEDA, C., *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*, op. cit., p. 269; TEMPLE LANG, J., «The Development of European Community Constitutional Law», *The International Lawyer*, vol. 25, 1991, pp. 455 a 470; WEATHERILL, S., *Law and Integration in the European Union*, Clarendon Press, Oxford, 1995, especialmente, pp. 184 a 187.

<sup>172</sup> Así, vide GERKRATH, J., *L'urgence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, op. cit., especialmente, pp. 349 a 351.

<sup>173</sup> Como ejemplo de las declaraciones de algún líder europeo, vide LANGELLIER, J-P., «Tony Blair invite les Européens à réfléchir au non français», *Le Monde*, 01.06.2005.

Ciertamente, comenzando por su título mismo («Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa»), éste evoca simultáneamente las tensiones habidas (Tratado o constitución) y la solución finalmente adoptada. Así es, como se ha visto, un Tratado simplemente rige las relaciones en una organización internacional, mientras que una constitución supone un paso más, en el sentido de introducir un elemento nuevo, el de una comunidad política a la que está organizando<sup>174</sup>. En realidad, esta fórmula expresa bien la originalidad de la empresa de la reforma. Así, el Tratado sería el vector que soporta a la constitución<sup>175</sup>. Por tanto, se trataría, de un lado, de establecer con mayor claridad la estructura jurídica fundamental para los ciudadanos europeos (que es a lo que tiende siempre una constitución); por otro, la entrada en vigor de esta constitución depende de la voluntad unánime de los Estados concernidos, que se expresará en un tratado internacional. Una vez el Tratado esté concluido, «desaparece para dejar lugar al orden constitucional que implanta»<sup>176</sup>.

Pero la cuestión de base sería, ¿instaura realmente el Tratado una constitución? Dejando de un lado la problemática sobre la existencia o no de un *demos* europeo, la posibilidad de una nación europea o que el sistema institucional sea idéntico al de los Estados, es posible, al menos, desgranar los elementos esenciales a toda constitución reunidos en el Tratado Constitucional.

Una constitución debe, en primer lugar, organizar el poder en una Comunidad política. De este modo, el Tratado Constitucional contiene, en el plano horizontal, el establecimiento de órganos y la descripción de las relaciones entre ellos; y, en el plano vertical, dispone una descripción precisa de las competencias atribuidas a la Unión.

Otro punto fundamental es la posición jerárquica de la constitución respecto del Derecho de los Estados miembros. En este sentido, el ar-

---

<sup>174</sup> Por todos, *vide* DONY, M. et BRIBOSIA, E., «De Rome à Rome: du traité à la Constitution?», *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Ed. ULB, Bruxelles, 2005, p. 440.

<sup>175</sup> Así, JACQUE, J.P., «Les principes constitutionnels fondamentaux dans le Projet de Traité établissant la Constitution Européenne», en ROSSI, L. S., *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne: le projet de Traité Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 50; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., «Le projet de Constitution: une avancée pour l'Europe», *Regards sur l'actualité*, vol. 294, 2003, p. 12. En el mismo sentido, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., «¿Tratado o constitución? El valor de la constitución Europea», en ALVAREZ CONDE, E., GARRIDO MAYOL, V., GARCÍA COUSO, S., *Comentarios a la constitución Europea. Vol I. La Unión Europea, el derecho de la Unión, competencias de la Unión, las instituciones*, Tirant, Valencia, 2004, p. 69, cuando concluye «la idea de constitución hace referencia mas a un contenido que a un continente».

<sup>176</sup> *Vide* DONY, M. et BRIBOSIA, E., «De Rome à Rome: du traité à la Constitution?», *op. cit.*, p. 440.

título I-6 es determinante al declarar que «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros»<sup>177</sup>.

Siguiendo el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, toda constitución debe contener un sistema de garantías de los derechos y obligaciones de las personas que componen la comunidad<sup>178</sup>. En este sentido, hay que añadir que la constitucionalización de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, lejos de ser un acto aislado, constituye un paso fundamental en la constitucionalización de la Unión<sup>179</sup>. Es más, en el artículo I-9.2, el Tratado Constitucional prevé, incluso, la posibilidad de que la Unión ratifique la Convención Europea de los Derechos del Hombre<sup>180</sup>.

Además, la constitución debe establecer una conexión entre la organización institucional y las personas que la componen. Aquí se llega a un punto ampliamente criticado por la doctrina, cual es el de la ausencia de legitimidad democrática de la Unión. En tanto que pacto social rusioniano, parecería fuera de toda discusión la necesidad de una

---

<sup>177</sup> No es este el lugar de entrar a analizar el alcance de tan importante disposición, baste recordar, sobre el significado de esta disposición que, por su rotundidad, desborda lo meramente jurídico, la «Declaración sobre el artículo I-6», que dispone «La Conferencia hace constar que el artículo I-6 refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia». Para un comentario doctrinal, *vide* PÉREZ TREMPES, P., «La constitución Española ante la constitución Europea», en ALBERTÍ ROVIRA, E., ROIG MOLÉS, E., *El Proyecto de nueva constitución Europea*, Tirant Monografías 314, Valencia, 2004, pp. 485 a 526; y REESTMAN, J. H., «Primacy of Union Law», *European Constitutional Law Review*, vol. 1, 2005, pp. 104 a 107. Ambos autores hablan del artículo I-10 del Proyecto de constitución, que tras la reenumeración operada a resultas de las modificaciones introducidas en la Conferencia Intergubernamental, pasó a ser el I-6.

<sup>178</sup> MANZELLA, A., «La Constitution Européenne: une véritable Constitution?», en ROSSI, L.S., *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne: le projet de Traité-Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 63 a 76.

<sup>179</sup> LEBAUT-FERRARESE, B. et KARPENSCHIF, M., «La «constitutionnalisation» de la Charte: un acte fondamental pour l'Union européenne», en PHILIP, C. et SOLDATOS, P., *La Convention sur l'avenir de l'Europe. Essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 125 a 162.

<sup>180</sup> Recuérdese sumariamente que la posibilidad de que las Comunidades se adhiriesen a la Convención fue descartada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, *Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rec. 1996, I-1759). Sobre la adhesión de la UE, tras la constitución Europea, a la Convención, *vide* MANIN, P., «L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales», en ROSSI, L.S., *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne: le projet de Traité-Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 247 a 264.

convención elegida directamente por la ciudadanía de la comunidad que elaborase un texto sometido posteriormente al electorado (*vide supra*). JACQUE, por su parte, considera que dado que la Unión no es un Estado, sino un pacto de asociación entre pueblos que conservan su propia identidad, es lógico que la aprobación de la constitución se haga en cada Estado siguiendo sus propios procedimientos<sup>181</sup>. No obstante, esta cuestión conduce todo análisis prospectivo de la UE a la ineludibilidad de plantearse la necesidad de un espacio público europeo para cubrir la legitimidad de la Unión. En este sentido, la Constitución europea aporta su grano de arena. Por ejemplo, el artículo I-1 menciona los ciudadanos antes que los Estados. Por otra parte, la incorporación plena y efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea supone no sólo un plus de protección al individuo sino que, además, los derechos allí recogidos se proyectan en la escena política<sup>182</sup>. Esto viene a significar que representan, efectiva-

<sup>181</sup> JACQUE, J. P., *Les principes constitutionnels fondamentaux dans le Projet de Traité établissant la Constitution Européenne*, *op. cit.*, p. 52, así, escribe el jurisconsulto «le réflexe stato-centrique ne doit pas conduire à exiger que la Constitution d'un ensemble fédéral soit adoptée selon des procédures qui conviennent aux Etats-nations».

<sup>182</sup> La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue «proclamada solemnemente» por el Consejo, el Parlamento y la Comisión Europea en Niza, el 7 de diciembre de 2000. El texto de la Carta está publicado en el DOCE C 364/1, de 18.12.2000. Sobre la eficacia real de la Carta, *vide* MATIA PORTILLA, F. J., «La eficacia de la Carta de Niza», en *La protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 123 a 167, donde se dice, por un lado, que «algunas disposiciones constitucionales pueden dotar de cierta significación jurídica, de índole interpretativa, a sus disposiciones. Esto ocurre, claramente, con el artículo 10.2 CE, que consagra a los tratados y acuerdos internacionales relacionados con los derechos humanos como fuente interpretativa para delimitar el contenido y alcance e los derechos constitucionales», p. 140. A renglón seguido, concluye el autor que «para que ésta despliegue efectos jurídicos (...) no es necesario» que quede integrada formalmente en los Tratados. Así, citando una fuente de la Comisión, sentencia que «se puede lógicamente esperar que la Carta, en cualquier hipótesis, resulte vinculante a través de su interpretación por el Tribunal de Justicia como principios generales del Derecho comunitario», p. 142. Aunque, inicialmente, el TJCE no siguió estos derroteros, los abogados generales, desde muy pronto, ya lo intentaron, así, *vide* las Conclusiones Generales de J. MISCHO (20.09.2001, asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00, *Booker Aquaculture Ltd et alii v. The Scottish Ministres*, puntos 125 y siguientes, y el 22.02.2001, asuntos acumulados C-122/99 P y C-125/99 P,D y Reino de Suecia contra Consejo de la Unión Europea, punto 97), C. STIX-HACKL (13.09.2001, asunto C-459/99, *Mouvement contre le racisme vs. l'Etat belge*, punto 64, y en la misma fecha, asunto C-60/00, *Mary Carpenter vs. Secretary of State for Home Department*) y F. G. JACOBS (14.06.2001, asunto C-377/98, *Reino de los Países Bajos vs. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, puntos 197 y 210; 22.03.2001, asunto C-270/99P, *Z. vs. Parlamento Europeo*, punto 40), todos ellos citados por el autor, p. 141, nota 56. Recientemente, por ejemplo, puede verse como el Tribunal de Primera Instancia, por ejemplo, ha aceptado la definición de un derecho tal y como está redactada en la Carta y refiriéndose a dicho documento

mente, juicios comunes en materia de valores de una sociedad plenamente transnacional<sup>183</sup>.

Un punto importante y que, probablemente, es uno de los más débiles de la Constitución europea es su modo de revisión. Los Estados miembros, colectivamente, siguen siendo los «señores de los Tratados», ya que se exige la unanimidad para la revisión. Según algunos autores, en la medida en que se necesita unanimidad y no una cierta mayoría cualificada, se estaría ante un Tratado y no ante una constitución<sup>184</sup>. En este sentido, el vice-presidente de la Convención que redactó la constitución europea, G. AMATO, sentenció «E un maschio», lamentando la falta de audacia de la Convención en este punto<sup>185</sup>.

Por consiguiente, al menos, sería posible concluir que la constitución europea es un proyecto híbrido, que sería fruto de un compromiso entre visiones opuestas y muchas veces enfrentadas sobre la construcción europea. Sin contar los intereses nacionales y los defensores de una mayor actuación de las instituciones de la Unión, la Convención fue campo de batalla de distintos proyectos para el futuro de Europa<sup>186</sup>.

---

como un texto de indudable repercusión jurídica. Así, *vide* STPI 13.07.2005, caso T-242/02, *The Sunrider Corp. v. OAMI*, § 51.

<sup>183</sup> MAGNETTE, P., *Le régime politique de l'Union européenne*, Presses de sciences-politiques, Paris, 2003, p. 234.

<sup>184</sup> En la doctrina española, por ejemplo, ha constatado este particular, GARCÍA GESTOSO, N., «Una prueba del carácter confederal de la Unión Europea: el mantenimiento de la unanimidad Estatal en el proceso de revisión del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 15, 2005, pp. 342 a 344 (el artículo está también publicado, con algunas modificaciones, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 112, 2005, pp. 111 a 156).

<sup>185</sup> «Es un niño», que quiere decir «es un Tratado» (también masculino), por oposición a «una niña», que sería una constitución. Esta frase se encuentra citada, por ejemplo, en DONY, M. et BRIBOSIA, E., *De Rome à Rome: du traité à la Constitution?*, *op. cit.*, p. 443.

<sup>186</sup> *Vide* ZILLER, J., *La nouvelle Constitution européenne*, La Découverte, Paris, 2004, p. 25, quien identifica cuatro: el proyecto federalista, el proyecto funcionalista, el proyecto intergubernamental y el proyecto soberanista, que se opone a los tres primeros.