

## El proceso constitucional en Europa\*

PETER HÄBERLE\*\*

### INTRODUCCIÓN

**PRIMERA PARTE:** EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN EN EL ESTADO NACIONAL CLÁSICO (PROCEDIMIENTOS Y CONTENIDOS); DESARROLLOS CONTEXTUALES

1. EL PROCESO CONSTITUCIONAL CLÁSICO
2. PROCEDIMIENTOS DE ELABORACIÓN CONSTITUCIONAL —PLURALISTAS— MÁS RECIENTES: EL EJEMPLO ESPAÑOL (1978)

**INCURSIÓN A:** LA CONTROVERTIDA VÍA HACIA LA UNIDAD ALEMANA: ADHESIÓN DE LA AÚN RDA Y/O CONSTITUCIÓN COMÚN ALEMANA

3. CONTENIDOS Y FUNCIONES DE UNA CONSTITUCIÓN DE ESTADO CONSTITUCIONAL

**INCURSIÓN B:** “DERECHO CONSTITUCIONAL NACIONAL EUROPEO”: EL DÉFICIT ESPAÑOL

**SEGUNDA PARTE:** PROCESO DE ELABORACIÓN CONSTITUCIONAL NACIONAL EN EL CONTEXTO DE EUROPA, EN SENTIDO AMPLIO Y RESTRINGIDO: LA APERTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL, EUROPEIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN. PROCEDIMIENTOS Y CONTENIDOS

1. LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL NACIONAL: APERTURA A LA COOPERACIÓN REGIONAL (EUROPEA) Y A LA COOPERACIÓN MUNDIAL

2. IRRADIACIONES DESDE EL PLANO DE LA UE
3. CONSECUENCIAS: CONFORMACIÓN PREVIA DE ESTRUCTURAS CONSTITUCIONALES EN EL PLANO COMÚN EUROPEO

**TERCERA PARTE:** EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE LA UE: DESDE LOS TRATADOS DE ROMA HASTA LA ACTUALIDAD (PROCEDIMIENTOS Y CONTENIDOS)

1. LA “VIEJA” CEE O BIEN UE/CE —PROCEDIMIENTOS Y CALIFICACIÓN JURÍDICA
2. LOS “NUEVOS” PROCEDIMIENTOS UE/CE Y SU CUALIFICACIÓN JURÍDICA: EL MODELO DE LA CONVENCION
3. CONTENIDOS CONSTITUCIONALES EN EL PLANO DE LA UE

---

\* *Discurso pronunciado por el Prof. Peter Häberle con ocasión de su nombramiento como Doctor honoris causa de la Pontificia Universidad Católica del Perú el 17 de Febrero del 2004.*

\*\* *Profesor jubilado de Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho y Canónico en la Universidad de Bayreuth (Alemania) y profesor visitante de filosofía del Derecho en la Universidad de St. Gallen (Suiza). Doctor honoris causa por la Universidad Aristóteles Tesalónica (Grecia) y por la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre otras.*

- 3.1 LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE (2000) COMO VALIOSA CONSTITUCIÓN PARCIAL; SU INFLUJO E IRRADIACIÓN POLÍTICO-CONSTITUCIONAL
- 3.2 17 PROYECTOS EN EL BANCO DE PRUEBAS
- A. “EXHIBICIÓN” Y “COMPETICIÓN” DE LOS MÁS JÓVENES PROYECTOS CONSTITUCIONALES —MI PROPIO ENFOQUE—
- B. ASPECTOS COMUNES DE LOS PROYECTOS
- C. EN PARTICULAR: EL PROYECTO CONSTITUCIONAL DE D.L. GARRIDO. (SEPT/OCT. DE 2002)
- 3.3 EL PROYECTO CONSTITUCIONAL “DEFINITIVO” DE LA UE (2003): DE MOMENTO, ÚLTIMA ETAPA TEXTUAL

**INCURSIÓN C: UN ENFOQUE PROPIO:** EL “JURISTA EUROPEO” EN EL TALLER CONSTITUCIONAL ACTUAL DE EUROPA: NUEVE TESIS SOBRE “EL ESPÍRITU DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA”

#### PERSPECTIVA Y CONCLUSIONES

## PRÓLOGO

Las primeras palabras de esta introducción son de agradecimiento a esta facultad que me ha conferido el título de Doctor *honoris causa*. Tan honrosa distinción refuerza más lazos con su Universidad y con su país, y representa para mi una gran alegría, tanto más si se tiene en cuenta que he forjado con sus docentes de derecho constitucional D. García Belaunde y C. Landa —conocidos también en Europa— una sólida y duradera relación, tanto humana como académica. La ciencia —en tanto “eterna búsqueda de la verdad”, aquí al servicio del Estado constitucional— nos une bajo la égida de la justicia y el bien común. Desde hace muchos años, soy “observador y participe” de la lucha peruana por forjar un estado constitucional moderno. De tanto en tanto fui objeto de sonrisas condescendientes cuando sacaba a relucir en Alemania la anterior Constitución peruana de 1979 como un modelo a seguir en mis ensayos de derecho comparado; por ejemplo, su Preámbulo es digno de elogio como obra maestra que se atiene a todos los preceptos académicos, lingüísticos y literarios de esta rama del saber, sin por ello dejar de ser muy innovador (tómese en cuenta el pasaje en el que se coloca a la economía al servicio de la persona y no al revés, o el clásico texto sobre la “sociedad abierta” o la declaración en pro de la “integración de los pueblos latinoamericanos”, o la cláusula sobre la identidad cultural). También deseo hacer referencia explícita al Artículo 19 (protec-

ción del discapacitado en relación con su dignidad como persona), al Artículo 21 (derecho a la educación y la cultura), el Artículo 22 (con su preclara concepción sobre los derechos humanos como metas educativas de la Constitución), al Artículo 22 (con su preclara concepción sobre los derechos humanos como metas educativas de la Constitución), al Artículo 28 y también al Artículo 34 (protección de las culturas indígenas). Hace poco me alegré de enterarme de que la vicuña había sido declarada “patrimonio nacional” digno de protección. La caracterización de los partidos políticos como “expresión del pluralismo democrático” (Artículo 68), la cláusula de integración en el Artículo 100 como punto de partida para el desarrollo de un derecho constitucional pan-americano, la clasificación de los acuerdos de derecho internacional público por encima de los derechos humanos en el rango constitucional (Artículo 105), y en especial sobre el desarrollo de los derechos fundamentales en el Artículo 4, todos éstos son pasajes de gran envergadura y valor permanente en el derecho constitucional, que demuestran cuán intensivamente participa el Perú desde hace ya un buen tiempo en el “taller mundial donde se forja el estado constitucional”. Por motivos evidentes, paso por alto la Constitución de Fujimori de 1993, porque ya desde el punto de vista de su texto constituye un retroceso (por ejemplo, carece de preámbulo), y más aun por su realidad constitucional, y en vez de ello quisiera referirme a los actuales esfuerzos de reforma, que se reflejan magistralmente en el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, elaborado en 2002.

Dicho texto (sin importar su versión final) puede aspirar desde ya a constituirse en modelo de Constitución, tanto por su forma como por su contenido por su forma, debido a la perfección lograda en la redacción del Preámbulo y los Principios, por su contenido, debido a que los dos conjuntos de normas representan un “concentrado” de los textos que les siguen, y se mantienen a la vanguardia en el Perú y América Latina. Basta con señalar algunos pasajes, como la clásica “inventario die”, la cláusula del bien común, y las declaraciones a favor del pluralismo y la tolerancia, de la integración latinoamericana, de la diversidad y la unidad de la cultura (“pluricultural” y “pluriétnica”, véase también el Artículo 20). También el capítulo III (Artículos 55 a 64) es muy valioso, pues aquí se procede por primera vez de modo *sistemático* al reunir las conclusiones de la evolución en materia de constituciones, lo cual muestra que han dado resultado los trabajos de *D. García Belaunde* y *C. Landa*. Incluso el humanismo de la antigua Europa se encuentra reflejada en este esbozo (**Título Preliminar VIII**), y en general se percibe un remanente del espíritu de Goethe, de los hermanos *Von Humboldt* y de *Kant*. No quisiera entrar aquí en mayores detalles (aunque tal vez deba criticar el concepto de la “transparencia”, **Título Preliminar IV**, porque oculta la clásica relación entre “res pública”, “bien público” y “libertad pública”). Los libertados de América Latina, y nosotros los alemanes y europeos, podemos ver con beneplácito el Artículo 85 (“comunidad latinoamericana de naciones”, véase también el **Título Preliminar VIII**). No puede aquí referirme a las diferentes etapas del proceso de forjar una Constitución, pero he elegido conscientemente el tema de mi próxima conferencia: ela-

boración de constituciones en *Europa*. Mi objetivo es en parte proponer un ejemplo y modelo para una futura etapa en América Latina con miras a su posible integración, y en parte incidir sobre las semejanzas (véase la protección del contenido esencial en los derechos fundamentales, Artículo 51 del (véase la protección del contenido esencial en los derechos fundamentales, Artículo 51 del esbozo) y las diferencias (en Europa no existe todavía una estructura que integre los valores constitucionales y las metas educativas, ni tampoco contamos con una cláusula de *desarrollo* de los derechos fundamentales) con la elaboración actual de una constitución nacional en el Perú.

## INTRODUCCIÓN

La actualidad del tema que tratamos no precisa apenas demostración: el “Proceso constitucional Europeo” fascina en la actualidad a todas las comunidades científicas nacionales, a sectores de la opinión pública europea constituida por políticos, partidos, medios de comunicación y asociaciones, también a la cultura.

El tema de “la Constitucionalización europea” sería, ciertamente, demasiado amplio para mí solo, pero en la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales presentes en este Congreso de Bilbao podría afrontarse en común.

Primeramente, unas palabras aclaratorias para “comprensión previa y elección del método”.

Suele diferenciarse entre la Europa en sentido *estricto* de la UE de los 15, o bien de los 25, y la Europa en sentido *amplio* del Consejo Europeo y de la OSCE (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa). Si aquí han surgido constituciones parciales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), desarrolladas pretorianamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de Estrasburgo, vivas y sujetas a intensos procesos de crecimiento (en la actualidad está formado por 45 miembros del Consejo de Europa y 55 de la OSCE), allí, esto es, en la Europa en sentido estricto, han surgido, desde hace tiempo, estructuras constitucionales extraordinariamente densas, presentes en las respectivas estaciones de los Tratados CEE/Maastricht/Ámsterdam/Nizaflesalónica o Roma, así como en los principios generales del derecho y en la jurisprudencia del TJCE (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas). Está, por tanto, justificado el uso de la expresión “espacio constitucional europeo”, del que dan cuenta una diversidad de culturas. La afirmación de que el espacio público europeo está constituido por arte, ciencia, cultura y Derecho Constitucional no es ninguna exageración. Por muy difícil que sea captar en sus justos términos lo que es “Europa” —un concepto abierto, geográfico, histórico y culturalmente definido—, está ya constituida con diferentes niveles de consolidación, aunque es preciso seguir ahondando en los atributos esenciales de la “Constitución”, toda vez que incluso en el derecho internacional siguen aún madurando nuevas estructuras constitucionales (derechos humanos, Naciones Unidas, intervenciones humanitarias, Tribunal Penal Internacional, tribunales de las Naciones Unidas).

El proceso constitucional europeo requiere métodos cognoscitivos dados a conocer públicamente y máximas de actuación conscientemente acatadas. Una buena política constitucional es oficio y es arte. Aunque, en el plano nacional, se trata del Estado constitucional secular, en su caso en unión con los *Länder*, los cantones, las regiones o bien las comunidades autónomas, y, en el plano europeo, de “constituciones parciales” o bien de una “comunidad constitucional”, o quizá de un “Estado federal incompleto”, en la línea de *W. Hallsteiner*, aunque el día a día con todas sus dificultades y compromisos falsos y genuinos es, y en grado sumo, “de este mundo”, la Constitución incide, en parte, en una dimensión trascendente, cuasi-teológica en el debate actual sobre el “si y el cómo” de una cláusula de referencia a Dios en la Constitución Europea, esto resulta tan perceptible como presente en el conocimiento empírico que se nos ha transmitido desde la Antigüedad: Licurgo y Empédocles no iniciaron el retorno, una vez cumplida su tarea —concluidas sus Constituciones—, sino que desaparecieron o bien se precipitaron al Etna. A los actuales constituyentes europeos no debe deseárseles este mismo destino, aunque deberían tener muy presente la alta responsabilidad que trae consigo cada fragmento de la Constitución. 17 proyectos constitucionales de la UE y el texto “definitivo” de la Convención merecen mucho reconocimiento (sobre esto se tratará más adelante).

A todo ello ayuda el conocimiento empírico acumulado en textos clásicos, desde *Aristóteles* pasando por *Montesquieu* hasta *H. Jonas* (“El principio responsabilidad”). Nosotros, en sentido literal, leemos nuestras Constituciones “con los ojos” de estos clásicos antiguos y modernos (la “sociedad abierta” de *Popper* se encuentra en el Preámbulo de la Constitución peruana de 1979), pero no es preciso esperar al *annus mirabilis* de 1989 (que debe soportar, súbitamente, el *annus horribilis* del 2001) para empezar a encontrar, en el tiempo y en el espacio, abundante material para la resolución de problemas. En lo concerniente al Estado constitucional, el mundo es, en general, y Europa, en particular, un gran “taller” con muchos instrumentos y materiales. El gran número de revisiones totales, tanto cantonales como federales, que desde 1968 y hasta la actualidad se han sucedido en la pequeña Suiza (en último lugar en Schaffhausen. y en breve en Zúrich y Friburgo), justifican hablar del “taller suizo”. Una Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura que opere comparativamente en el tiempo y en el espacio puede buscar y encontrar algo más que simples materiales de construcción con ayuda de la triada formada por textos, teorías y jurisprudencia, y lo procura sirviéndose del Derecho comparado, entendido como “quinto” método interpretativo o bien como método de etapas textuales, para dotar así a Europa, tanto en lo pequeño como en lo grande, de una “Constitución”. Las producciones y recepciones a escala mundial bajo el signo del Estado constitucional no son calles de dirección única, sino que viven de procesos recíprocos. La llamada “vieja Europa”, y como tal debe concebirse siempre, puede aprender también de los llamados “países en desarrollo”. Por ejemplo, se ha contemplado con mucho respeto las innovaciones de la Constitución de Colombia (1991) (así en lo tocante a los recursos de inconstitucionalidad a

iniciativa popular y también, por lo que respecta a México, su Artículo 30 sobre educación, tan ejemplarmente adelantado. Igualmente ciertas innovaciones en la antigua Constitución de Perú de 1979, sobre todo la idea del Art. 22 inciso 3 de calificar de metas educativas los derechos humanos. Véase también el Art. 72 de la Constitución de Guatemala de 1980 —en la actualidad, Pena maneja un buen Proyecto de reforma constitucional—. A la inversa, América Latina puede aprender de la Constitucionalización en y para Europa: esto incluye desde las cláusulas multiétnicas y multiculturales latinoamericanas hasta las cláusulas relativas a la integración, bajo el signo de Mercosur y NAFTA, y también de la Comunidad Andina, que tienen un equivalente en el Derecho constitucional nacional de Europa, por ejemplo en la nueva redacción del art. 23 de la Ley Federal, y también el concepto de un Derecho constitucional común europeo (1991), que, a mi modo de ver, debe desarrollarse hasta convertirse en el derecho constitucional común latinoamericano (2003).

El taller de Estado constitucional que ahora mismo está abierto a escala mundial vive, y no en último término, del pequeño: por debajo de los Estados constitucionales nacionales, y relativizándolos, es necesaria una teoría constitucional comparativa de las regiones y comunidades autónomas. Desde Sicilia y de su anterior Estatuto Regional, aun anterior a la Constitución italiana (1946), deberían tirarse las líneas hacia Andalucía, Galicia, Cataluña y el País Vasco, incluyendo quizá, a largo plazo, incluso la “Isla de la República”, Córcega, en tanto en ésta, tras la huella de un Pasca/ Paoli, llegue a alcanzarse en algún momento un estatuto de autonomía constitucional. “Regionalismo diferenciado”, pequeñas Constituciones con fuentes emocionales propias de consenso, como banderas, himnos, lengua, etc., y, sobre todo, con una cultura creadora de identidad (por ejemplo, en preámbulos), y estructuras racionales, gracias, por ejemplo, a un catálogo de derechos fundamentales y a Tribunales constitucionales propios, deberían concienciar de hasta qué punto el Estado nacional, en su estado evolutivo actual necesita separar verticalmente los poderes por medio de estructuras federales o, por qué no, prefederales. Las regiones, lo mismo que los municipios, son una “forma constitucional europea” del presente y del futuro. Necesitamos “Regionalistic Papers” congeniales con los “Federalist Papers” de los nacientes EE.UU. (1787). Euroregiones como el Tirol o Egrensis y Basiliensis suponen un acicate.

Tras esta puesta a tono (*aif venía verbo*) a modo de preámbulo, siguen las tres partes de mi exposición. Proceden, ciertamente, de nuestra pluma en tanto que “juristas europeos”, juristas humanistas. Pero deberíamos tener siempre claro que nuestro oficio de jurista está siempre al servicio del ciudadano. A la larga, el jurista europeo no puede ser ni hacer nada al margen del panorama o del *foro conjunto de la sociedad abierta de los constituyentes y de los intérpretes* constitucionales. La sociedad europea de ciudadanos es nuestro primer y último foro y sujeto de imputabilidad personal. Esto exige humildad, pero procura también legitimación. Con ello queda formulado el concepto de la dignidad humana como premisa antropológica cultural del Estado constitucional, del derecho fun-

damental a la democracia como medida de los Derechos Humanos (1997): la Constitucionalización europea sólo es posible en este contexto. Derechos humanos, democracia y desarrollo forman un todo, como se tiene también presente en la nueva Carta de Derechos Humanos de los extranjeros del 2002.

## **PRIMERA PARTE: EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN EN EL ESTADO NACIONAL CLÁSICO (PROCEDIMIENTOS Y CONTENIDO): DESARROLLOS CONTEXTUALES**

Aunque el Proceso de construcción constitucional Europeo es algo único y sin parangón —desde los Tratados de Roma (1957) hasta la Convención Constitucional de la UE (2003), como evolución progresiva— y aunque en modo alguno vaya a darse una “nación europea supranacional, a construcción constitucional clásica, propia del Estado nacional queda como una conquista cultural sobre la que se erige toda la Constitución común europea. Pasemos a recordarla en unos pocos conceptos clave.

### **1. EL PROCESO CONSTITUCIONAL CLÁSICO**

El punto de partida son los textos clásicos de la Revolución Francesa: la nítida distinción de Sieyés entre “*pouvoir constituant*” y “*pouvoirs constitués*” (1739), la teoría rousseauiana de la soberanía popular (1764), con su posterior texto de 1792, según los cuales una Constitución que no haya sido aceptada por el pueblo no es una Constitución, y el Art. 16 de la Declaración francesa de 1789, según el cual una Constitución que no garantice derechos y establezca una separación de poderes no es una Constitución. Como textos constitucionales, tanto en sentido estricto como amplio, estos textos son clásicos del Estado constitucional entendido éste como tipo, casi al nivel de los dogmas (como la Declaración de Independencia de los Estados de la Unión, de 1776). Podrán darse muchas variantes nacionales en el espacio y en el tiempo, pero como “*bloc des idées incontestables*” (M. Hauriou) han escrito, sin duda, algo más que sólo historia constitucional europea. Con todo, fueron necesarios desarrollos dogmáticos. Merece recordarse la distinción de G. Jellinek entre Constitución, reforma y mutación constitucional (1906); la primera referida a la modificación escrita del texto constitucional en determinados procedimientos, y que incluye la modificación no escrita del contenido constitucional, por ejemplo, el Derecho Procesal Constitucional. Pudiera admitirse el concepto de “mutación constitucional”, ya que se trata siempre de la interpretación de una Constitución -abierta. Se aprecian también, por ejemplo, importantes distinciones entre la revisión total y la revisión parcial (Suiza), y también la “modificación total” de la Constitución (Austria), e igualmente destacan los límites de la modificación constitucional (Alemania, Portugal y también España) desarrollados a partir de 1814 (Noruega): significativamente, la remisión al Estado se mantiene en todo proceso constituyente (nacional); de hecho, es una idea fija, hasta el presente,

de ciertos catedráticos alemanes de Teoría del Estado pensar el Estado antes que la Constitución (sin duda, una reliquia tardoabsolutista, pues no hay más Estado que el que la Constitución constituye). Durante mucho tiempo ha sido un credo de las Teorías Generales del Estado entender el proceso constituyente como emanación total, en un único acto de la —frecuentemente hipostatizada como unidad— voluntad popular. Los ciudadanos como personas con dignidad propia no aparecen como tales, pese a que casi todas las Constituciones incluyan catálogos de derechos fundamentales.

## 2. PROCEDIMIENTOS DE ELABORACIÓN CONSTITUCIONAL —PLURALISTAS— MÁS RECIENTES: EL EJEMPLO ESPAÑOL (1978)

El proceso clásico de elaboración constitucional, al que ya se ha hecho referencia, corresponde al Estado nacional y al pueblo, que se ha transformado en época reciente. En el centro, se encuentra el pluralismo de quienes toman parte, formal e informalmente, en la elaboración constitucional, la sociedad abierta de los constituyentes, aun cuando al inicio o al final se halle el referéndum. La prehistoria de la tan justamente celebrada Constitución española conoce de muchos participantes en su nacimiento: desde los partidos políticos hasta grandes personalidades, así los llamados “padres de la Constitución”, como Sánchez Agesta o G. Peces Barba, desde los sindicatos hasta las Iglesias, desde asesores extranjeros (como algunos especialistas alemanes en Derecho eclesiástico del Estado) hasta el Rey y sus asesores. El milagro de la incruenta “Transición” española culmina con el inicio del proceso constituyente, que se extiende hasta 1978 y, por lo demás, hasta el presente. Desde entonces sólo se han acometido unas pocas modificaciones constitucionales (¿cuatro en total?), mientras que, por ejemplo, la muy elogiada *Grundgesetz* o Ley Fundamental (LF) alemana ha sido modificada 55 veces desde 1945 (a diferencia de la Constitución Federal de EE.UU., que sólo ha “precisado” de 28 enmiendas desde 1787). Si incluimos la fuerza creadora pretoriana de las grandes decisiones, como, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (así en materia de derechos fundamentales o de constitución pluralista de los medios de comunicación) o el *Conseil Constitutionnel* francés (por ej., en materia de preámbulos o de derechos humanos), casos ambos que permiten hablar de un acto constituyente material concreto, se puede comprobar hasta qué punto son multiformes hoy en día los procesos de “desarrollo constitucional”, en los que el acto constituyente inicial es tan sólo una fase entre otras.

### INCURSIÓN A: LA CONTROVERTIDA VÍA HACIA LA UNIDAD ALEMANA; ADHESIÓN DE LA AÚN RDA Y/O CONSTITUCIÓN COMÚN ALEMANA

Para muchas cuestiones relativas a la Constitución en el plano nacional, se asemejaba prácticamente a un “campo de maniobras” el desafío que ofrecía la oportunidad —aprovechada sobre todo por *Helmut Kohl*— de la Reunificación



alemana de 1989/90. Controvertidas eran, sin duda, las vías procedimentales correctas a adoptar: ¿adhesión de la aún RDA a la Ley Fundamental según el Art. 23 o, más bien, un acto constituyente común alemán sobre la base de la Ley Federal, o quizás una combinación de ambos procedimientos a modo de “tercera vía”? A mi modo de ver, esta última hubiese sido la forma ideal de proceder un referéndum concluyente del conjunto del pueblo alemán, toda vez que la LF de 1949 nunca fue aprobada por el pueblo, un “defecto congénito” —este demasiado poco censurado— y que sólo puede corregirse en tanto la LF sea efectivamente vivida por todos, aprobada con gran aceptación y se recupere como “*plebiscite de tous les jours*”. Posiblemente, el enorme apremio de tiempo fuera, también, lo que decidió a los políticos a la pura y simple adhesión, en aplicación del Art. 23 de la Ley Federal. A título de compromiso, se negoció el Art. 146 - nueva redacción, que remite a un nuevo proceso de elaboración constitucional común para Alemania, con la aprobación del pueblo entero en libre decisión. Probablemente, no se alcance nunca esto. En primer plano se encuentra, actualmente, de todos modos, la progresiva europeización de la Ley Federal, que relativiza La soberanía en aspectos esenciales y la convierte en una Constitución *parcial* nacional, pero que, en el marco del “consorcio” europeo, adquiere nueva fuerza normativa, nuevas posibilidades y propaga variadas influencias. La Ley Federal europeizada no es la Constitución “acabada” uno *actu*, sino la amplia, profunda y ya largamente vivida Constitución de los alemanes.

### 3. CONTENIDOS Y FUNCIONES DE UNA CONSTITUCIÓN DE ESTADO CONSTITUCIONAL

Eso por lo que respecta a los procedimientos. A continuación, se trata la parte de contenidos, sirviéndose también de un punto de vista comparativo, con “intención cosmopolita”. Comencemos por los conjuntos de normas positivas y por grupos de textos. La gran fuerza legitimadora de las Constituciones escritas se alimenta, primordialmente, de sus textos, emparentados, desde el punto de vista científico-cultural, con las tres “religiones del Libro”. La teoría constitucional es ciencia jurídica de los textos y de la cultura, que, sin duda, se revitaliza y nutre a partir de los contextos y, de ahí, la gran importancia de la hermenéutica como comprensión de un texto escrito o hablado, en la línea que abarca desde *Schleiermacher* a *Gadamer* a este propósito, sirven también de ayuda los textos constitucionales más recientes de Estados vecinos, que incorporan la posterior *realidad* constitucional de los textos y conceptos que les preceden en el tiempo (el “paradigma de las etapas textuales”).

En lo que hace al contenido, las Constituciones en el Estado Constitucional suelen estructurarse, en general, en las siguientes partes: comienzan con los preámbulos, que, formulados en términos próximos al ciudadano, hablan un lenguaje solemne y recuerdan a prólogos, overturas y preludios (los más bellos ejemplos de estos “concentrados” se encuentran, ahora, en Polonia, Sudáfrica, en la nueva Constitución Federal Suiza y, en este preciso momento, en la Consti-

tución en proyecto de la UE; anteriormente, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2000)). A dichos preámbulos les siguen, con frecuencia, artículos de principio, de índole general o cláusulas sobre valores fundamentales (así en el Proyecto Constitucional de Perú (2003) o en la Constitución Polaca de 1997). Después suelen figurar, en general, catálogos de derechos humanos y, por último, disposiciones organizativas que versan sobre la democracia, la separación de poderes, el federalismo o el regionalismo y la descentralización, y la jurisdicción (constitucional). Las disposiciones finales o las disposiciones transitorias constituyen una categoría de normas constitucionales, con frecuencia bastante ricas en contenido. Ahora bien, la lista de temas está abierta “al curso del tiempo”: así, por ejemplo, la protección del medio ambiente o el derecho de las minorías y, en Argentina, ahora mismo, la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra.

Esta relación sumaria no agota el tema. Es importante “comprender” correctamente el conjunto de normas. Como material para la, en mi opinión, “concepción mixta de la Constitución” que se ofrece, se mencionan algunas concepciones constitucionales de relieve: la Constitución como “estímulo y límite” (*R. Smend*), como “norma y tarea” (*U. Scheuner*), como “ordenamiento jurídico fundamental del Estado” (*D. Schindler*), como “límite y racionalización del poder” (*H. Ehmke*), como ordenamiento jurídico básico del Estado y de la sociedad, como autorización al ejercicio del poder fiduciario, como proceso público, como Constitución del pluralismo y Constitución de la cultura, por mencionar algunas teorías propias. Con frecuencia, estas concepciones se han absolutizado en la teoría alemana de Derecho del Estado. Sin embargo, contienen sólo verdades *parciales*, y deben referirse, de diversas maneras, a las diferentes partes de una Constitución escrita. Así, por ejemplo, en los derechos fundamentales, figura en primer plano la limitación del poder estatal —y, en parte, también del poder social— (efecto hacia terceros); en las normas que instauran espacio público (carácter público del Parlamento y de los tribunales, obligación pública de rendición de cuentas de los partidos políticos, publicación de los informes del Tribunal de Cuentas, etc.), se pone de relieve el pensamiento de la Constitución como “proceso público”: las normas que versan sobre las competencias autorizan el ejercicio del poder, y también lo controlan; lo mismo es aplicable a la jurisdicción constitucional. Las cláusulas sobre valores fundamentales, reconocibles también en catálogos de derechos fundamentales, justifican la concepción de la “Constitución como cultura”: esto destaca con especial vivacidad en muchos preámbulos, en el Derecho Constitucional cultural, en derechos fundamentales culturales, desde la libertad religiosa clásica hasta la protección de las minorías culturales —en tanto estas últimas se interpreten, en afortunada expresión húngara, como “factores de integración del Estado”—. La fuerza normativa de la Constitución (*K. Hesse*) se manifiesta en el concepto, en los últimos tiempos bastante presente, de “primacía de la Constitución”, y la noción de “estímulo”, desarrollada por *Smend*, puede encontrarse en muchas tareas constitucionales en relación con los ámbitos social, científico y cultural.

Todas estas funciones de los grupos normativos de una Constitución escrita de la presente etapa evolutiva se complementan, interactúan de forma múltiple y diversa, y justifican, cuando menos para la Constitución nacional, a partir de una concepción ‘mixta’ de la Constitución. Lo que de ello puede aplicarse a Europa y a su —en parte ya cumplido y en parte en ciernes— Derecho Constitucional (será discutido más adelante). Para lo primero sería suficiente con este resumen, que debería completarse con las concepciones constitucionales desarrolladas por otras comunidades científicas nacionales, como la española.

#### INCURSIÓN B: “DERECHO CONSTITUCIONAL NACIONAL EUROPEO”: EL DÉFICIT ESPAÑOL

No sólo como “transición” a las Partes Segunda y Tercera se está analizando la nueva creación de Constituciones nacionales, en la que éstas apuntan más allá de sí mismas. Además de las normas que se abren a todo el mundo, o bien a la comunidad del Derecho internacional (*cf.* Art 24 LF, §~ 93 a 97 de la Ley Fundamental de Finlandia de 1999), y que transforman el Estado constitucional en el “Estado constitucional cooperativo” (1978) —vía derechos humanos, responsabilidad humanitaria hacia el mundo—, sobre todo en Suiza (Preámbulo, artículos 54 a 56 de la Nueva Constitución Federal), aquí merecen ser comentados aquellos artículos constitucionales que pueden diferenciarse como categoría propia y que cabe encontrar en múltiples variantes: me refiero al “Derecho Constitucional nacional de Europa”. Se trata de los llamados “artículos sobre Europa”, que presentan la unificación europea como meta estatal, que son receptores de derechos fundamentales, como el CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos), que hacen de Europa la tarea estatal; que posibilitan la renuncia parcial a la soberanía nacional o la colaboración con regiones europeas, etc. Los ejemplos son tanto más importantes cuanto que España no tiene, hasta la fecha, ningún artículo sobre Europa en su Constitución.

### **SEGUNDA PARTE: PROCESO DE ELABORACIÓN CONSTITUCIONAL NACIONAL EN EL CONTEXTO DE EUROPA, EN SENTIDO AMPLIO Y RESTRINGIDO: LA APERTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL, EUROPEIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN. PROCEDIMIENTOS Y CONTENIDOS**

#### **1. LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL NACIONAL: APERTURA A LA COOPERACIÓN REGIONAL (EUROPEA) Y A LA COOPERACIÓN MUNDIAL**

A continuación, se esbozan apenas algunos conceptos clave en torno a la transformación que caracteriza al Estado constitucional y, con ello, también a su Proceso constituyente. Sustituyendo al concepto clásico de soberanía de un *Bodin* y del Estado nacional del S. XIX (“blindaje de la soberanía”), entra en escena el “Estado constitucional cooperativo”. “Estatalidad abierta”, “europei-

zación” e “internacionalización” son los conceptos clave. El constituyente deja constancia de ello en muchos textos; así, por ejemplo, en el aspecto de la transmisión de derechos de soberanía a instancias supranacionales o bien en la renuncia parcial a la soberanía, en el reconocimiento de la responsabilidad hacia el mundo o bien por cometidos humanitarios, en la declaración en favor de la colaboración transfronteriza (por ejemplo, con o en regiones europeas), en la remisión a las declaraciones universales de derechos humanos, etc. (por mencionar tan sólo algunos ejemplos desarrollados a modo de etapas textuales y que pueden documentarse, en el tiempo y en el espacio, en el Derecho comparado valorativo). Si consideramos, por ejemplo, el principio de “amistad (entre los pueblos) del Derecho Internacional” que ha sido desarrollado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional Federal para la Ley Fundamental, se comprueba la profunda transformación que ha registrado el tipo de “Estado constitucional”. El tradicional dogma “exterior/interior” ha quedado obsoleto. La Constitución nacional está “supraestatalmente condicionada” (*W. von Simson*), y múltiples entrelazamientos impregnan tan intensamente el Estado constitucional que el constituyente nacional ha dejado de estar ya “autoreferido”. En la medida en que incluye al otro” (al vecino), a la comunidad regional de responsabilidades, a la comunidad mundial, se “co-constituye” a sí mismo. Esta recíproca “inclusión” del otro —Estado constitucional— ya en los procesos y temas mismos de la Constitución es parte del descubrimiento de la propia identidad. Esto es especialmente palpable en la estrecha y amplia comunidad de responsabilidades que llamamos “Europa”.

## 2. IRRADIACIONES DESDE EL PLANO DE LA UE

Casi de forma dramática se expresa la “Europeización de la elaboración constitucional nacional” en el consorcio, en la “Comunidad constitucional” de la UE. La UE se transforma en el *constituyente indirecto* de los Estados nacionales miembros o de los candidatos a la adhesión. Así, la disputa interalemana sobre el asunto “mujeres en la Bundeswehr”, que ha sido resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en favor de las mujeres, ha conducido a la posterior modificación de la Ley Fundamental (Art. 17a inciso 4, nueva redacción): el TJCE pasó a ser el constituyente “proactivo” concreto. En Austria, de hecho, se habla de “doble Constitución” (racional/UE). Los criterios de adhesión de Copenhague (1993/2000) exigen previamente a los candidatos la recepción de ciertos contenidos constitucionales materiales, tales como derechos fundamentales, protección de las minorías, democracia, etc. Los 10 nuevos Estados constitucionales candidatos a la adhesión han seguido estos deseos: la UE/CE se acredita como “constituyente indirecto”, aun cuando, desde el punto de vista formal, en la mayoría de los casos quizá obligue sólo a modificaciones constitucionales. Aun más patente resulta la europeización de la Constitución nacional en el caso turco. Candidato, por principio, a la adhesión a la UE, Turquía viene esforzándose, paso a paso, por asumir principios

constitucionales que le son “fijados” por la UE. Piénsese en la reducción de la aplicación de la pena de muerte —si bien, no abolición como exige el Consejo de Europa—, en el refuerzo de la protección de las minorías culturales (kurdos), o en otros elementos del Estado de derecho. Las llamadas “leyes de reforma” de Turquía, de gran alcance, son, por lo que hace a “Europa”, leyes constitucionales que le son exigidas.

La Europa en sentido amplio del Consejo de Europa y de la OSCE (ésta, ahora con 55 miembros) incluye, igualmente, a los constituyentes nacionales: esto se aplica, especialmente, al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que en Austria, por ejemplo, está en vigor con rango constitucional; otro tanto sucede en Suiza; en Alemania, aunque, desde el punto de vista formal está aún por “debajo” de la Ley Fundamental, desde el punto de vista interpretativo, produce un positivo efecto de irradiación “hacia arriba”. Gracias al CEDH y a las actividades pretorianas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha ido surgiendo en Europa una “Comunidad de derechos fundamentales”, que se está constituyendo a partir de 45 países y que “dirige” intensivamente a los constituyentes nacionales o, mejor dicho, que restringe en gran medida su margen de configuración.

### 3. CONSECUENCIAS: CONFORMACIÓN PREVIA DE ESTRUCTURAS CONSTITUCIONALES EN EL PLANO COMÚN EUROPEO

Lo que la UE ha logrado en cuanto a “densas” estructuras constitucionales (ver a continuación) no tiene aún, en sentido amplio, correspondencia en Europa. Así y todo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es ya, en mi opinión, una “Constitución parcial”, a través de la cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) vela en toda Europa en calidad de “Tribunal constitucional europeo”. A esto se suman la CSE (Carta Social Europea) de 1961, el Convenio Cultural Europeo de 1950, los textos de la CSCE (Conferencia sobre Seguridad y Cooperación Europea) y de la OSCE (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa), así como la Carta de París (1990). Aunque estos textos sean también únicamente *soft law*, no cabe duda de que despliegan fuerza normativa a largo plazo y de que gobiernan muchos procesos constituyentes o de modificación constitucional. Su sello sería perceptible sobre todo en los países del este de Europa y en sus Constituciones. En estos, operan, como mínimo, como elementos “preconstitucionales”. El resto del espacio europeo puede ya calificarse de “espacio constitucional”. La Constitución nacional va siendo integrada. Ha dejado de ser el “;señor de la casa!”.

Por lo que respecta a los contenidos, son, sobre todo, los derechos humanos, el postulado de la democracia, el principio del Estado de Derecho y la diversidad de culturas, los elementos que se abren paso y se hacen valer como directivas para todos los constituyentes nacionales. A ello hay que añadir los principios de la economía de mercado social abierto y de la protección del medio ambiente. Sometiendo a examen estos contenidos, cada uno de los cons-

tituyentes nacionales trabajan hoy en día “mancomunadamente” en toda Europa: la “casa” es común (con habitaciones independientes). Y esto es así, especialmente, para la cada vez más intensa comunidad regional de responsabilidades de la UE/CE.

### **TERCERA PARTE: EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE LA UE: DESDE LOS TRATADOS DE ROMA HASTA LA ACTUALIDAD (PROCEDIMIENTOS Y CONTENIDOS)**

#### **1. LA “VIEJA” CEE O BIEN UE/CE - PROCEDIMIENTOS Y CALIFICACIÓN JURÍDICA**

La “vieja” Comunidad Europea —entendiendo por tal desde los Tratados de Roma (1957), pasando por Maastricht/Ámsterdam (1982/97) hasta Niza (2000/2001) que se continúa escribiendo— poco a poco al modo de etapas textuales, está imbuida por una “constitucionalización”, que la comunidad científica europea no ha logrado, hasta el presente, “poner en claro” ni nacional ni internacionalmente. Sobre lo que esta “Constitución-obra inacabada”, sea desde el punto de vista jurídico no se ha podido lograr ningún consenso, pese a que en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se hablara ya tempranamente, y con posterioridad de forma ininterrumpida, de “Constitución” (Gent y Loos, 1963, Costa ENEL, 1964). Desde el punto de vista formal, no ha tenido lugar un proceso de “constitucionalización” en el sentido nacional clásico. Se dieron tan sólo continuas nuevas modificaciones de los Tratados sobre la base de consensos intergubernamentales previos, pese a que el Derecho europeo creado había pasado a ser un ordenamiento jurídico autónomo. En ocasiones, diferentes etapas evolutivas, en distintos países miembros, fueron aprobadas por el pueblo, como en los casos, por ejemplo, del Tratado de Maastricht en Francia y Dinamarca, o a última hora de “Niza” en Irlanda, o con ocasión de la adhesión de Polonia y Eslovaquia. Sin duda, han de ser aceptadas también grandes decisiones jurisprudenciales de diversos tribunales constitucionales; incluso la controvertida Sentencia de Maastricht del Tribunal Constitucional Federal Alemán (E 89, 155) o las respectivas sentencias de los tribunales de justicia de Madrid o París. Desde el punto de vista material, por parte de los Estados miembros se ejecutó con ello una parte específica de la elaboración constitucional o de la interpretación constitucional. En conjunto, sin embargo, el pueblo en tanto que comunidad de ciudadanos quedó “excluido” del plano europeo, pese a que los temas de contenido fueron madurando cada vez más hasta convertirse en temas típicamente constitucionales: desde el viejo Derecho Constitucional Económico de la CEE clásica (Roma, 1957) hasta el Derecho constitucional social y cultural de la UE/CE de Maastricht/Ámsterdam: (recuérdese las cinco libertades económicas fundamentales, pero también el muy pretoriano Derecho de los derechos fundamentales de Luxemburg), desde la igualdad de derechos hasta la libertad religiosa, desde la garantía de propiedad hasta la pro-

tección jurídica efectiva y la responsabilidad del Estado. El “Derecho Constitucional común europeo” que se estaba desarrollando, una noción ésta de los años 1983/1991, fue, en mi opinión, haciendo suya cada vez más la tesis de que se estaría ante una “Constitución parcial”, una “comunidad constitucional”. Se trataba, sin embargo, de propuestas teóricas que no disfrutaban del acuerdo de la llamada “opinión dominante”, si es que, de hecho, existía una tal. Ésta distraía energías en muchos intentos de creación conceptual: “unión de Estados” (BVerfG), “ordenamiento fundamental europeo de la unión” (*D. Tsatsos*), “sistema de múltiples niveles”, “división de la soberanía”, entre otros muchos. Sobre la UE/CE como “comunidad de derecho”, como “comunidad de derechos fundamentales” se estaba de acuerdo, después de que hubiera perdido importancia el concepto algo técnico de “asociación supranacional de intereses” del gran europeísta *H.P. Ipsen*. Procedimentalmente, se mantuvo, en realidad, sin embargo, en el puro recorrido del Tratado, no apareciendo el pueblo en el plano UE/CE, por mucho que casi se quisieran imponer un gran número de contenidos constitucionales en desarrollo. El tan recordado déficit de legitimación democrática no pudo tampoco compensarse ni mediante las elecciones europeas directas (1979) ni por el Parlamento Europeo, que iba adquiriendo, paso a paso, nuevas competencias. El contraste entre el inexistente proceso constitucional, en los sentidos formal y procedimental, y la Constitución en proceso de intensificación y ampliación, en sentido material, continuaba siendo grande, e incluso parece haberse ido agrandando a medida que en el plano de a UE/CE crecían elementos y dimensiones de la Constitución material. Piénsese en los “principios generales del Derecho”, en todas las formas en que se expresa el “Derecho Constitucional común europeo” y, sobre todo, en el “Estado de derecho”. Al mismo tiempo, las naciones recuperaban nuevamente en el plano comunitario, bajo la forma de unión, temas que habían perdido en el plano nacional: si bien es cierto que sus Constituciones propias se “encogían”, crecía, en cambio, la Constitución de la Comunidad. Pero, para ir al fondo de la cuestión, ¿podía, y puede, permanecerse en esta Europa de los gobiernos, de los tribunales de justicia, de la “burocracia de Bruselas” y de los ciudadanos como simples ‘titulares’ —no co-gestores— de derechos fundamentales? ¿De qué forma y mediante que procedimientos debería la naciente Constitución llevarse o, mejor dicho, desarrollarse hasta el plano de la UE, sobre todo en vista de la próxima gran ampliación a 10 nuevos candidatos?

## 2. LOS “NUEVOS” PROCEDIMIENTOS UE/CE Y SU CUALIFICACIÓN JURÍDICA: EL MODELO DE LA CONVENCION

Aquí es preciso hablar, por tanto, de la “nueva” UE/CE, puesto que el modelo de “convención”, en los procedimientos de desarrollo del Derecho comunitario, ha supuesto, en mi opinión, un salto cualitativo. Acordado en el documento de Laeken (2001) y concebido según el modelo de los nacientes EE.UU. (Convención Constitucional de Filadelfia, 1787), se ha ido desarrollan-

do —en la forma del procedimiento de elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de Niza (1999/2000), y, por expresarlo así, como “ensayo general”— una vía de constitucionalización propia y nueva en Europa, hasta culminar, bajo la presidencia de *Giscard*, en la Convención Constitucional de la UE o texto conclusivo de Tesalónica (Junio del 2003). Gracias a las dos convenciones, el proceso evolutivo en materia de Constitución europea ha alcanzado un estadio nuevo y de mayor transparencia. Si la convención que elaboró la Carta de derechos fundamentales de la UE estaba formada por 62 miembros (15 representantes personales de los jefes de Estado y de gobierno, 16 miembros del Parlamento Europeo, 30 miembros de los parlamentos nacionales y 1 miembro de la Comisión), la nueva convención (2002/2003) la componían 105 miembros. Esta “Convención Europea” tenía, además del presidente y sus dos vicepresidentes, 15 representantes personales de los jefes de Estado y de gobierno de los Estados miembros, 3 miembros de los parlamentos nacionales, 16 miembros del Parlamento Europeo y 2 representantes de la Comisión. Además de la participación de los países candidatos a la adhesión, había, en calidad de observadores, 3 representantes del Comité Económico y Social, 3 representantes de los Interlocutores sociales europeos, además de 6 representantes del Comité de las Regiones. Puede objetarse que esta Convención no es tampoco “representativa” ni pluralista y que, como en el pasado, los Estados nacionales o los Gobiernos, en aplicación del Art. 38 del Tratado de la UE, han continuado ejerciendo de “señores de los Tratados” —una dudosa ideología o terminología ésta, en cualquier caso, puesto que en democracia no existen tales “señores” y porque una comunidad de ciudadanos y de derechos fundamentales como la UE, con sus tribunales constitucionales independientes, no debería trabajar con estas metáforas tardoabsolutistas—. Igualmente, el modelo de convención puesto en práctica modifica positivamente la construcción constitucional de la UE. Es evidente que hay carencias. Llama la atención que en los procedimientos de la Convención no hayan tomado parte científicos nacionales y europeos como *tales*, ni siquiera en calidad de “expertos”. Al menos, como se ha apuntado, no sólo hubo proyectos constitucionales de la UE de la mano de partidos políticos, de una serie de diputados o personalidades (ya en 1984 existió un proyecto constitucional del Parlamento Europeo, y en 1994, un segundo proyecto), sino también a iniciativa de algunos catedráticos de Teoría del Estado (por ejemplo, los proyectos de *Dashwood*, *R. Scholz* o *Schwarze/Elauss*). En la sociedad abierta de los constituyentes, la ciencia es sólo una voz, mejor aún, una voz que asesora, toda vez que la independencia intelectual peligró siempre a remolque de los partidos políticos. A este respecto, la propuesta de *J.H. Weilers* de un “Consejo Constitucional para la comunidad” merece ser discutida.

El gran reproche continúa siendo, sin embargo, el déficit perceptible en la, en mi opinión, necesaria participación del *pueblo*. Un referéndum a escala europea es irrenunciable. El modelo de convención aplicado, y no previsto (1) hasta ahora en los textos constitucionales, debe valorarse como un avance, aun cuando sólo constituya un primer paso hacia la “construcción constitucional” de la UE,



y como tal debería incorporarse al Derecho vigente. La cultura constitucional común europea reclama tanto palabras como hechos de los pueblos presentes o representados en sus ciudadanos.

### 3. CONTENIDOS CONSTITUCIONALES EN EL PLANO DE LA UE

#### 3.1 LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE (2000) COMO VALIOSA CONSTITUCIÓN PARCIAL; SU INFLUJO E IRRADIACIÓN POLÍTICO-CONSTITUCIONAL

Aunque la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, proclamada en Niza, posee, desde el punto de vista formal, sólo la cualidad de “soft law”, está ya desplegando, ahora, fuerza normativa —como, por ejemplo, en una nueva resolución del Tribunal de Primera Instancia europeo—, y su irradiación tanto sobre las jurisprudencias como sobre los constitucionales, legisladores, ejecutivos y tribunales nacionales debería ir en aumento de día en día. Incluso en la literatura técnico-jurídica es ya considerada como “obra codificadora en vigor” (“efecto proactivo”). Y no es casual que todos los proyectos constitucionales de la UE, oficiales y privados, presentados con posterioridad se remitan a ella, principalmente en forma de “recepción en bloque”. Si su historia previa ha sido un éxito, con más razón lo será la historia posterior de este documento. Se trata de “un proyecto global de derechos fundamentales”, en el que se han abordado, sin duda, todos los temas de derechos fundamentales de relevancia para la UE/Europa a la altura de los tiempos, esto es, en la etapa evolutiva actual del Estado constitucional. Encontramos, por tanto, los derechos fundamentales clásicos más importantes y nuevos campos temáticos, y aparecen también todas las dimensiones o funciones importantes de los derechos fundamentales, desde las relativas al derecho de no intromisión, pasando por las objetivo-institucionales, hasta las que concierne al derecho de protección y de prestaciones, además de las procedimentales. Sin duda, es predominante el espíritu de la recepción productiva: muchas fuentes jurídicas son transformadas, el CEDH y la antigua UE/CE, al igual que los catálogos nacionales de derechos fundamentales, las resoluciones de los Tribunales Constitucionales Nacionales y, asimismo, las de ambos tribunales constitucionales europeos, conjuntamente con las voces de la literatura. La pluralidad de las fuentes de recepción y de referencia, sin embargo, no convierten a la Carta Europea de Derechos Humanos de la UE en una obra meramente “epigonal”. Por de pronto, resulta innovadora en la fusión de múltiples etapas textuales de muy diversas naciones y codificaciones. Es innovadora en la sistematización del casi inabarcable material de derechos fundamentales nacionales y europeos, e innova, también, en algunos temas como en el título IV (“Solidaridad”) y en el Art. 41 (“Derecho a una buena administración”). Se trata de un buen compromiso constitucional en un campo intensamente trabajado del Estado constitucional clásico, que ahora aparece “europeizado” y que reconcilia muchas comunidades nacionales de derechos fundamentales de forma que a

nadie se le sustraiga la identidad de su cultura jurídica y que todos se sientan reflejados; a la vez, sin embargo, se ha fijado y actualizado, vía derechos fundamentales, una parte vital del Derecho Constitucional europeo. Los catálogos de derechos fundamentales, precisamente gracias al lenguaje próximo al ciudadano y de gran concisión, pero también a la precisión y a la generalidad, pueden desplegar fuerza integradora del ciudadano: son, en efecto, “Derecho Constitucional integrador” por excelencia. Es de esperar que un examen retrospectivo valore muy positivamente la labor pionera de la Carta de los Derechos Fundamentales para la “Casa Europea”. Tampoco es casual que la dirección de los 62 miembros de la Convención de Derechos Fundamentales de la UE se haya confiado a un catedrático alemán de Teoría del Estado, puesto que Alemania goza de gran reputación en toda Europa gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y a cierta gran literatura, sobre todo de la época de Weimar y de los años 50, en materia de derechos fundamentales: R. Herzog fue, además, y con fortuna, Presidente federal.

A continuación, tan sólo algunas palabras clave del propio Preámbulo, tan amplio y tan densamente tejido, nos permite advertir que no se trata sólo de una Carta de derechos fundamentales, sino también de una Carta de *valores* fundamentales (“valores universales”, “valores comunes dentro del respeto a la diversidad de culturas”). Se pone de manifiesto el carácter de principio de muchos de los temas de Derecho constitucional (los principios de la “democracia” y del “Estado de Derecho”). También el medio ambiente pasa a ser un tema del preámbulo (“desarrollo equilibrado y sostenible”), se evocan una vez más las “tradiciones constitucionales comunes” y, sin timidez, se hace además referencia al CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos) y a la CSE (Carta Social Europea), así como a la doctrina jurisprudencial del TJCE (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) y del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos). La Carta anticipa mucho de lo que también podría y debería estar recogido en normas en una Constitución “completa” de la UE. Esto se observa en el penúltimo párrafo del Preámbulo, por ejemplo en el pasaje que recuerda “las responsabilidades y los deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las futuras generaciones”. En Constituciones anteriores, el tema medioambiental es un elemento integrado hace ya tiempo en el Preámbulo (*cf.*, por ejemplo, finalmente, en la Constitución suiza).

En los capítulos individuales, encontramos alguna innovación en aspecto concretos, junto a muchas “actualizaciones”, como, por ejemplo, la inequívoca prohibición de la donación humana reproductiva (Art. 3 letra d), así como un ruego (dirigido, sobre todo, a Italia) (Art. 12 inciso 2) del siguiente tenor: “Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralidad”. El Derecho constitucional pluralista de los medios de comunicación, desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, ha merecido aquí mayor presencia textual. Muy “alemana” suena también la frase del Art. 13: “Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra”. En el título III (“Igualdad”), algo mezclado al azar, junto a la prohibición de la discrimina-

ción (Art. 21) —de gran alcance— aparece la conocida cláusula del derecho anterior, que ahora se recoge de forma muy concisa: “La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística”. Los derechos sociales fundamentales se le reconocen al menor, a las personas mayores y a las personas discapacitadas (Art. 24 a 26). Quedan así de manifiesto tanto derechos de protección como aspectos de participación e intervención, en la forma en que han sido desarrollados por la literatura y la jurisprudencia, sin duda una prueba en favor de los procesos de etapas textuales reconocibles por doquier.

El término clave “solidaridad”, que resulta problemático para un pensamiento liberal de los derechos fundamentales anclado en el *status negativus*, pero que es consecuente con el estado evolutivo actual, impregna el Título IV, la “Solidaridad”. Los temas abarcan desde la protección del trabajador, pasando por la protección del niño y de la familia, hasta la protección de la salud, del medio ambiente y de los consumidores (Art. 27 a 38). Las modernas tareas de los derechos fundamentales del Estado constitucional, sus deberes de protección en relación con los derechos fundamentales se contemplan aquí módicamente codificados.

La carta transita por tierra virgen, en el contexto de los “derechos de los ciudadanos” (Título y), en el Art. 41: el “Derecho a una buena administración”. Se detalla la actuación administrativa jurídico-estatal, delimitada hasta en la exigencia de motivación y en los derechos a reparación por la Unión, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros’. Se renueva el Derecho constitucional común europeo de la UE, y patente en ella, y también el Derecho administrativo común europeo.

En el Título VI (“Justicia”) encontramos el estándar común europeo, el “*aquis communautaire*” jurídico-cultural de este campo temático, aun destacando como textualmente innovadora la frase (Art. 49 inciso 3): “La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”.

Entre las “Disposiciones generales” del Título VII, merece especial atención la cláusula expresa del “contenido esencial” (Art. II 52). Con ello, este principio del Compendio de Teorías Generales de Derechos Fundamentales va también “cuajando”, progresivamente, hasta formar un principio constitucional común europeo. Y ello es así ya que no son sólo tribunales constitucionales alemanes y austríacos, ni sólo el TJCE (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) y el TEDH (Tribunal Europeo de los Derechos Humanos), los que trabajan con la cláusula —escrita y no escrita— del contenido esencial de los derechos fundamentales, puesto que también se disputa por ella en Suiza. Según anteriores especificaciones del Tribunal Federal Suizo, con sede en Lausana, las innovadoras Constituciones cantonales han desarrollado, casi sin excepción, una protección expresa del contenido esencial o central. También en la Europa en sentido amplio, y sobre todo en los Estados reformados de Europa oriental, encontramos textos análogos (por ej., Art. 31 inciso 3 de la Constitución polaca). Significativamente, a la protección que alude a contenidos nucleares “absolutos” (frase 1 del Art. 52) se ha añadido el principio de proporciona-

lidad, que incumbe a lo relativo (frase 2). De este modo, se ha desactivado un antiguo litigio (alemán). Destaca, por otra parte, la emergencia del concepto de “interés general” europeo (“Sólo se podrá introducir limitaciones..., cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión”).

Una oferta seguramente nueva de concordancia se encuentra en el Art. 52 inciso 4: “Aquellos derechos fundamentales de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros que se reconozcan en la presente Carta se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”. Con ello se afirma, indirectamente, que muchos derechos fundamentales de la Carta provienen de las “tradiciones constitucionales comunes”, pero, a la vez, se exige también una sujeción interpretativa constante a las “tradiciones”. Pese a ello, el concepto “tradicición” no debería ser excusa para enunciar, como en Austria, una nueva teoría de la petrificación”. Se trata de la conformidad común europea en los derechos fundamentales.

En resumen, nos encontramos ante una afortunada Carta de los Ciudadanos, un documento maduro y lingüísticamente operativo, una pieza de trabajo “actualizante”, que resume lo anterior y que, en ocasiones, arriesga también novedades. La fuerza de irradiación de la Carta debería ser duradera en el espacio y en el tiempo. Es, a la vez, una Carta de los Derechos Fundamentales y de los Valores Fundamentales, y estabiliza en alto grado los procesos de etapas textuales europeos. Representa más que una etapa en a “constitucionalización” (*Konstitutionalisierung*) de la UE.

### 3.2 17 PROYECTOS EN EL BANCO DE PRUEBAS

#### a) “Exhibición” y “competición” de los más jóvenes proyectos constitucionales —mi propio enfoque—

A continuación, se hace una pequeña comparación de los proyectos constitucionales de la UE accesibles hasta la fecha. Constituyen desde ya una parte del espacio público europeo (Internet crea nuevos foros sobre “opinión pública y Constitución” y sobre “Identidad con base en la Constitución), y continúan siendo también de relevancia no sólo científica, pese a que, en particular y en general, se mantengan aún en la fase de proyecto. La relevancia literalmente “potencial” de los textos constitucionales en *proyecto* la hemos aprendido sobre todo en Suiza gracias a algunos de los así llamados proyectos privados (*Kölz/Müller*, 1era ed. 1984, 3era ed. 1995). A continuación, se comentan, someramente, los aspectos comunes y las diferencias de los proyectos constitucionales de la UE:

#### b) Aspectos comunes de los proyectos

- (1) Casi todos los proyectos se sirven de la “forma artificial” del preámbulo, que, con frecuencia, puede ser incluso de mayor extensión y densidad.

Esto no es casual: un acto constituyente tan profundo como la creación de una Constitución europea requiere de la fuerza específicamente legitimadora e integradora de los preámbulos. Dado el lenguaje solemne y próximo al ciudadano de que se sirven, su carácter de concentrado y su capacidad de englobar del horizonte temporal (pasado, presente y futuro), rasgos estos hace tiempo acreditados en las Constituciones nacionales, debería inaugurar cada Constitución europea.

- (2) Todos los proyectos constitucionales son, o reclaman ser, “Constituciones plenas”, es decir, afirman refundir todos los temas “importantes” para la UE. Lo que “en pequeño” son las Constituciones de los Estados federales miembros, o bien de los cantones, lo son, por decirle así, “en grande” los nuevos proyectos. Ya ahora pueden darse, aquí y allá y dependiendo de la nación de origen, diferentes coloraciones especiales, por ejemplo, en Gran Bretaña, España o Italia y también en Alemania. El concepto “contrato constitucional” pierde terreno (incluso los ingleses hablan de “Constitución”). Los “federalistas” ganan terreno frente a los “supranacionalistas”. La idea de convención procedente de EE.UU. se “europeíza”.
- (3) Todos los proyectos hacen referencia, más o menos reconocible, a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de Niza, que, a su vez, es recepción elaborada resultante de una comparación creadora; todos los posteriores catálogos de derechos fundamentales de la UE pasarán a ser discusión constitucional que debe ser comparada con “Niza”, debido a su gran calidad o, más bien, a que su carácter de “actualización” —en el sentido de la Discusión Constitucional Suiza— no excluye revisiones concretas.
- (4) De los conjuntos de normas por lo general comunes, merecen destacarse, en concreto, los siguientes aspectos: la normación de la lealtad a la Unión, que se advierte en todos y cada uno de los proyectos —entendiendo por Unión los Estados miembros—, el anclaje del principio de la proporcionalidad y, asociado frecuentemente a éste, del principio de la subsidiariedad, cláusulas en favor del pluralismo, referidas sobre todo a los ámbitos de las culturas, religiones y etnias, y, por último, exigencias ideales en pro de la cercanía al ciudadano y de la transparencia. Aun cuando puedan registrarse pequeñas divergencias en la formulación, por lo que hace a estos temas, se observa en sustancia una sorprendente concordancia entre todos los proyectos. Es digno de atención que procedan de muchas partes de Europa y de muchas asociaciones (también académicas), o de personas individuales, y se comprueba que incluso en el estadio de proyecto ha ido madurando, o se está confirmando ya, un Derecho constitucional común europeo. Es de esperar que las secciones ya contempladas en esta materia sean rápidamente asumidas en el procedimiento final, puesto que en otros campos podría aún producirse un considerable disenso, en particular, por ejemplo, en la mención a Dios (término clave: “Preámbulo-Dios” —u otras referencias a Dios— como cifra de trascendencia), en el principio de la mayoría, también en las denominadas “dobles mayorías” —mayoría en

órganos y mayoría en Estados—, así como en los elementos de democracia directa y en el Presidente de la UE, en el Ministro Exterior de la UE de “doble sombrero” o en la “doble cabeza” del Presidente del Consejo/Presidente de la Comisión Permanente. Merece recordarse también el problema de las competencias flexibles y de su control, por ejemplo mediante parlamentos nacionales y mediante el TJCE (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas). La comparación textual sensible, y en verdad transnacional, actuará relajando y produciendo integración.

- c) *En particular: el proyecto constitucional de D.L. Garrido. (Sept/oct. de 2002)*

Casi como en el concierto de las “voces de los pueblos”, en el sentido de *Hender*, es interpretada a continuación la contribución de os miembros españoles de la Convención. No se trata de un proyecto constitucional dividido en artículos, sino más bien de un documento científico, o ponencia de seminario, del que deberían “extraerse” aun artículos. Esto tiene ventajas y desventajas: si existen artículos “preparados y a punto” ello puede servir para a su adopción en el texto constitucional definitivo, aunque se pierden determinados contextos. A la inversa, una contribución sólo científica puede proceder de un modo más diferenciado, suministra más materiales, a partir de los cuales pueden fundirse textos; sin embargo, sus conceptos clave y principios precisan aún de un arduo trabajo de transposición para conseguir textos de redacción satisfactoria. Puesto que ya otras contribuciones ofrecen mucho material textual alternativo y formulado en detalle, la contribución española es digna de elogio y muy de celebrar Y ello tanto más cuanto que es de contenido sumamente rico y abre muchos caminos propios y, en parte, también nuevos. Veámoslo en detalle:

- (a) En la *Introducción* se habla de las “nuevas misiones de Europa”. Se examinan los movimientos migratorios multiculturales y multiétnicos que se suceden a escala mundial, de la crisis económica de los países latinoamericanos y de las especiales tareas que ello supone para la UE en tanto que modelo de integración supranacional. Podemos encontrar palabras clave orientadas al futuro, como, por ejemplo: el esperado “diálogo civil” entre instituciones y la “sociedad civil”, la solidaridad sin límites entre las generaciones y los países, la sostenibilidad, el espacio de la diversidad cultural y de la tolerancia, la lucha contra el racismo y la discriminación. Se habla de la “cultura humanística de Europa” y de su “modelo social”. Se alude así a temas a los que hoy en día se ve enfrentada Europa política y filosóficamente, y que vienen a la vez de muy lejos.
- (b) Como primer capítulo se formula el concepto de “*ciudadanía europea*”. Un *cantus firmus* recorre toda la comunicación: se trata de la reflexión a partir del ciudadano europeo. Del Estado, de momento, no se habla y tampoco de los Estados nacionales. De lo que se habla, antes bien, es del

espacio público común como marco de referencia para el ciudadano europeo y, después, del “interés general”. Este marco de referencia debe delimitarles a los ciudadanos europeos un proyecto común. La Convención debe elaborar una Constitución europea que deberla someterse al refrendo de las poblaciones europeas. De forma reiterada, se remite, como topos, al interés “común” o interés “general”.

- (c) Nuevamente pensado desde el ciudadano está el segundo capítulo: “*Lo que los ciudadanos europeos reclaman de Europa*”. Se mencionan los siguientes aspectos: Europa como poder global de relevancia, una política de derechos humanos, que también se perseguiría fuera de la Comunidad, el modelo social europeo y, en materia de medio ambiente, la sostenibilidad, con remisión expresa al Protocolo de Kioto. Las libertades fundamentales y la seguridad se califican de valores mutuamente reforzantes; se postula como meta una política común de inmigración y de asilo.
- (d) En el capítulo “*Europa como poder democrático*”, se llama al déficit democrático por su nombre, y se reclaman credibilidad democrática, transparencia y legitimación democrática. Un estatuto de los partidos europeos debe ordenar las relaciones entre las instituciones de la UE y la opinión pública europea —raras veces, en un texto, se ha puesto sobre el tapete de forma tan clara el “espacio público europeo”—. A continuación, se trata del déficit en materia de interés general europeo y de identidad europea, y también de la necesaria participación de los ciudadanos de la UE. Se pronuncian las palabras “Federación de Estados”.
- (e) La institución de una Cámara estatal debe configurar una estructura bicameral; se habla incluso de una doble legitimidad federal: gracias a los electores en su calidad de ciudadanos europeos y de ciudadanos de un Estado.
- (f) *Las regiones* y los *municipios* de la UE reciben una atención especial, y con un énfasis por lo demás no tan habitual: “La realidad regional”, “Participación de las instituciones regionales y locales”. No es casual que aquí figure también la subsidiariedad. La autonomía local es descrita incluso como “parte de la tradición política de Europa” —el camino de los “municipios como forma constitucional europea” no está ya lejos—, el municipalismo gana terreno. Consecuentemente, se exige un refuerzo del regionalismo. La Alemania federal podría ser el “patrono” de los pequeños”.
- (g) El último capítulo se destina a la *Constitución europea*. Como consenso básico se designa aquí el “contrato social de los pueblos” cuando se contempla la “Federación de los Estados y de los pueblos europeos”. Al contenido clásico de una Constitución, se le suman los principios y las metas de la Unión, los derechos fundamentales, las competencias de la Unión, los órganos y las fuentes jurídicas europeas, etc.

En suma, esta aportación española es, sin duda, mucho más que un imaginativo documento de discusión que haga suyos temas del discurso científico.

### 3.3 EL PROYECTO CONSTITUCIONAL “DEFINITIVO” DE LA UE (2003): DE MOMENTO, ÚLTIMA ETAPA TEXTUAL

El proyecto constitucional de la Convención presentado en junio/julio de 2003, representa la última “etapa textual”. Se alimenta, de forma reconocible, de los muchos textos precedentes o precursores, de mano de miembros de la Convención, partidos políticos, políticos, círculos de otra índole, por ejemplo de científicos (particulares); vive, de un lado, de gran número de recepciones (también creadoras), “actualizaciones”, por retornar a la acreditada terminología suiza, y, de otro, de algunas innovaciones. Dado que el desarrollo de la Convención, al contrario que los muchos textos precedentes, disfruta ya de un cierto grado de popularidad en Europa, va a ser glosado sólo en sus conceptos claves. El texto es un muy logrado documento, fruto del espíritu de compromiso, que supone un buen ejemplo para la mancomunada Constitución europea, aun cuando los ciudadanos, el pueblo, no encuentren hasta la fecha participación en ella. Sin un posterior referéndum, la fórmula “*We the people*” o “Nosotros, los ciudadanos de la UE” sería, ciertamente, una mentira reflejada por escrito. Con honradez, por tanto, se han hecho figurar estas palabras en el Preámbulo: “en nombre de los ciudadanos y ciudadanas”. Gracias a la composición pluralista de la Convención Constitucional de la UE, se incorporan contribuciones de muchas culturas jurídicas nacionales y no sólo, por ejemplo, la “mano” alemana, anglosajona o francesa. Tanto en el aspecto formal como de contenido nos encontramos ante una “Constitución plena” de carácter prefederal. El término “Constitución” se emplea igualmente en otros puntos (*cf.* por ejemplo, Art. 1 párr. 1, Art. 5 párr. 2, Art. 8 inciso 2, Art. 9 inciso 2, Art. 17 inciso 1, Art. 20 inciso 4, Art. 25 inciso 2, Art. 37 inciso 1), aunque, por anticipado, de lo que se esté tratando, sea del “Proyecto de un Tratado de Constitución para Europa”. Una y otra vez se deja constancia de que se trata de “valores” (por ejemplo, Art. 3 inciso 1, Art. 18 inciso 1).

Veámoslo en detalle: el Preámbulo es una pieza maestra de este género literario, tanto en el aspecto lingüístico-formal (solemne) como en su contenido. De un lado, se describe a grandes rasgos y enfáticamente la historia del Continente europeo (“desarrollando los valores que sustentan el humanismo: la igualdad de las personas, la libertad y el respeto a la razón”); se invoca, también, como algo vivo la “herencia”; y, de otro, se atisba el futuro (“avanzar”, “abierto a la cultura, al saber y al progreso social”, “cada vez más estrechamente unidos”). El Preámbulo, al que incluso se le antepone un lema clásico de Tucídides en relación con la democracia (aplicable, cierto es, sólo a las mayorías; falta la moderna protección de las minorías), se plantea, con principios y valores fundamentales, como concentrado de los artículos que siguen (palabra clave: Constitución dentro de la Constitución): “lugar primordial de la persona”, “democracia y transparencia”, “la paz, la justicia y la solidaridad en el mundo”, “identidad nacional” de los pueblos de Europa, “respetando los derechos de todos”, “responsabilidad para con las generaciones futuras y la Tierra”. En



idealismo y *pathos* este Preámbulo es apenas superable. No es desmentido, en particular ni en general, por los posteriores textos constitucionales. Los elementos europeos de esta imagen del ser humano son inconfundibles.

Se menciona expresamente el denso Artículo 2, referido a los valores de la Unión, que remite —casi invocándolos— a valores como la “dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos”, y entiende, además, que todos los Estados miembros se caracterizan por el “pluralismo, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la no discriminación” —en esta relación falta, por desgracia, la “cultura” —. El Art. 3 formula metas constitucionales tales como la paz y el bienestar de los pueblos de la Unión, la protección medioambiental, la justicia social y la solidaridad entre generaciones y, también, el “desarrollo del Derecho internacional”; la Unión velará, asimismo, por el respeto de la “riqueza de su diversidad cultural y lingüística” y por el “desarrollo del patrimonio cultural europeo”. Ya en el Art. 3 se esbozan los rasgos del Derecho constitucional económico, medioambiental, social y cultural de la UE (más adelante concretado en las políticas); aquí debe considerarse también incluida la protección del estatuto de las iglesias y asociaciones religiosas (Art. 51).

Tras el Preámbulo y la cláusula de valores fundamentales y metas constitucionales se presentan, sistemáticamente, los derechos fundamentales como siguiente gran tema. Estos se encuentran no sólo en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (Art. 7 inciso 1), de *recepción en bloc*, sino también en otros lugares: el Art. 7 - inciso 2 alude a la meta de la adhesión al CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos) y se sirve del conocido procedimiento de remitirse a las “tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros” o bien a los “principios generales del derecho de la Unión”. Además, se confirman las acreditadas cinco libertades económicas fundamentales de la UE y la no discriminación (Art. 4), también el derecho de petición (Art. 8), así como la protección de datos personales (Art. 50) y, asimismo, el “espacio de libertad, seguridad y la justicia” (Art. 41): aquí prevalece la recepción.

La democracia, otro tema constitucional típico, está recogida en normas en el Título IV. De antiguos proyectos se han tomado las palabras “De la vida democrática de la Unión” (*cfr* también Art. 45 inciso 3). El “principio de la democracia representativa” (Art. 45) parece estar antepuesto, y pospuesto, el de la llamada “democracia participativa” (art. 46). De lo que aquí se trata, al fin y al cabo, es del “diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil” (Art. 46 inciso 2). El inciso 4 *ibid.* permite incluso, con carácter innovador, iniciativas ciudadanas; el Art. 45 inciso 3 exige “decisiones próximas a los ciudadanos”. En materia de democracia vivida, desde luego el texto va a la zaga de los postulados de ciertos proyectos anteriores: los elementos de la democracia directa están atrofiados y subdesarrollados y, sin embargo, es llamativo el énfasis que se pone en la transparencia y en la apertura (Art. 49), en el diálogo (Art. 47, 51 inciso 3), en un intento por debilitar el reproche del “déficit democrático”. Sólo se remite al fortalecimiento fun-

damental de las competencias del Parlamento (Art. 19), y la cláusula —en breve ya clásica— de la solidaridad en el Art. 42 (“espíritu de solidaridad”), también del derecho fundamental de la “cooperación leal” (Art. 5 inciso 2) recuerda al ideario prefederal, e igualmente el Art. 58, que elabora la “causa de Austria” (audiencia previa ante vulneración grave de derechos). No es típico de un Estado federal la posibilidad de retirarse voluntariamente de la Unión (Art. 59). El Tribunal de Justicia (Art. 28) permanece, en rango y competencias, como Tribunal Constitucional Europeo”. De los restantes órganos constitucionales sólo se menciona, debido a la cláusula del interés general —europeo—, la Comisión (Art. 25 inciso 1: promoción del “interés general europeo”) y, también, el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social (Art. 31 inciso 4: “en interés general de la Unión”). La adición de los exhaustivos, y en parte nuevos, reglamentos de atribución de competencias, con las directrices de la subsidiariedad y de la proporcionalidad (Art. 9, Art. 11 a 17), y su complementación con los detallados catálogos en relación con las políticas de la Unión (Parte III), viene a confirmar que la tesis de entrada de que nos hallamos ante una “Constitución plena”. También puede comprobarse la influencia de los borradores constitucionales arriba debatidos, desde la función protectora y de garantía hasta la función —vinculada a valores— de acicate y orientación, desde la función de barrera hasta el carácter normativo y de deberes o bien la calidad pública de los procesos, en cada caso reunido por grupo de artículos. El texto “definitivo” de la Convención de la UE insinúa, al igual que las Constituciones nacionales, haberse basado en una concepción “mixta” de la Constitución. Se mantiene la protección de la “identidad nacional” en virtud del Derecho constitucional nacional (Art. 5 inciso 1, Preámbulo), pero, en tanto que “otra” Constitución parcial, el Derecho constitucional de la UE llega con una identidad propia. La “cultura constitucional” es especialmente palpable en el valioso Preámbulo, además de en los Artículos 1 al 3. El espíritu, las cláusulas culturales de la herencia y los artículos relativos a los valores hablan una elocuente lengua. La “Constitución del pluralismo” europea está concebida y moldeada de forma congenial a la imagen del ser humano europeo. El proyecto es también una Carta de valores Fundamentales.

INCURSIÓN C: UN ENFOQUE PROPIO: EL “JURISTA EUROPEO” EN EL TALLER  
CONSTITUCIONAL ACTUAL DE EUROPA: NUEVE TESIS SOBRE EL “ESPÍRITU DE LA  
CONSTITUCIÓN EUROPEA”

A continuación, se esboza, desde la teoría, una especie de “compendio”, en el que, como pieza de un mosaico global, pueden encontrarse desde derechos, competencias, principios, valores, intereses del bien común, nuevos y viejos textos clásicos, además de conocimientos científicos, hasta textos de los proyectos constitucionales y de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos. Se han extractado, sumariamente, las líneas básicas en las que puede situarse el foro del futuro constitucional de Europa. Para encarar sus

exigentes tareas, contamos en la actualidad con la figura del “jurista europeo” como humanista. Se trata de una Europa constitucional como:

- (1) Europa de los ciudadanos, de los municipios, de las regiones y de las naciones o bien de los Estados miembros. Lo que aquí ha sido razonado en planos entrecruzados, que no en jerarquías, tiene su fundamento filosófico y constitucional, de un lado, en los derechos fundamentales, que precisan ser contemplados a la vez en todos y cada uno de sus temas, modalidades de *status* y dimensiones. De otro, en la democracia, incluidos los elementos de democracia directa, como, por ejemplo, en la forma de un referéndum sobre la Constitución Europea. En los países candidatos a la adhesión, previamente, vía referendos preparados mediante discusiones públicas sobre Europa, con base en las conclusiones de Copenhague de 2002. Esto debería encontrar su reflejo textual en parte en preámbulos, en parte en catálogos de principios, derechos fundamentales y objetivos, y en parte en disposiciones de índole organizativa. La idea del “contrato social europeo”, en unión con la de “sociedad civil”, encuentra aquí su primer y más destacado lugar. Los ciudadanos de la Unión y los pueblos de Europa son partes contratantes tanto ficticias como reales. Debe desecharse la ideología de “los señores de los Tratados” —referida a los Estados miembros—. “We the citizens of Europe”, está es la fórmula correcta. Deberían sopearse elementos de democracia directa. Es modélica la iniciativa francesa “Nosotros somos Europa”, pues tiene presente la Constitución europea y el desarrollo constitucional partiendo del propio ciudadano. Aquí debe situarse la denominada “discusión sobre a finalidad”, y también la cuestión de la “oferta de Rendezvous” a Turquía, de diciembre de 2002. Por lo demás, también los “alemanes europeos” (*Thomas Mann*) deberían poderse preguntar si los Decretos del 8 de enero de 1945 no contradicen, pese a todo, el canon de valores y los principios generales del derecho de Europa.
- (2) Se trata de una Europa que obtiene su *identidad* en la cultura propia y en las *muchas* culturas parciales (y la “ampliación al Este” es también un enriquecimiento cultural): herencia cultural y apertura cultural, culturas de las minorías y de las mayorías, culturas específicas de capas sociales, culturas de alto desarrollo, culturas cotidianas y subculturas en todos los planos, desde el ciudadano, pasando por los municipios y las regiones, hasta el plano nacional y supranacional. En lugar de normación sistemática, deberían ser, nuevamente, en parte los preámbulos, en parte las libertados culturales, las cláusulas de protección de las minorías y los artículos relativos a las lenguas, así como las cláusulas en favor del pluralismo. También la “subsidiariedad” figura aquí. Aunque ésta forma parte del consenso de todos los proyecto o documentos anteriores, debe, no obstante, estar protegida por los procedimientos (mediante órganos de control propios, un tribunal especial de competencias, exigencias de motivación). En determinadas áreas, debe conservarse el principio de unanimidad, también

- para asegurar —lo que es una enseñanza de Suiza— la prefederal y no simultaneidad.
- (3) Como áreas parciales, se han fijado constitucionalmente la Europa de los ámbitos culturales (religión, formación, educación, ciencia y arte), también depone, sea en la parte de derechos fundamentales sea en la de competencias. El pensamiento englobante es la diversidad, la pluralidad y la apertura de los campos culturales, que pueden expresarse en cláusulas propias, comenzando quizá, antes del Preámbulo, con una cláusula de referencia a Dios (ésta incluiría también el monoteísmo del Islam, de modo que no se trataría de un “club cristiano”), que, sin embargo, como en el Preámbulo de la Constitución de Polonia (1977), se relativizaría (por desgracia, la Convención de Derechos Humanos de la UE no estaba, en aquel tiempo, preparada para ello). Los proyectos de Constitución arriba analizados presentan, a este respecto, un rico espectro de propuestas de normación. El “concepto abierto de cultura”) desarrollado en 1979 prepara y define el fondo. No se silencian los momentos de irrenunciable deslinde: piénsese en el conjunto de problemas UE/Turquía. En cuanto a la política diaria, podemos encontrar ya términos clave del tipo Europa como espacio universitario, Europa como canon de formación. Pero también se recuerda el concepto clave: “derechos humanos como metas educativas”, tolerancia, e incluso “Europa como meta educativa”. En materia de “Derecho constitucional europeo de la religión”, una contribución, protegida por la garantía de la “identidad nacional”, debería ser el afianzamiento de la dimensión corporativo-institucional de las iglesias y comunidades religiosas. El “Euro-Islam” debería encontrar aquí un tratamiento leal. Otra pieza del mosaico de este proyecto de construcción intelectual que es Europa debe estar constituida por la “conciencia del nosotros” en favor de.
- (4) Europa como cultura jurídica en unidad y diversidad. La unidad está cubierta por los tan citados “principios generales del Derecho”, especialmente los derechos fundamentales y los valores comunes de la democracia y del Estado de Derecho (basados en la separación de poderes), el interés general europeo. Formando parte de esto se encuentra la europeización, el “Derecho Constitucional común europeo”. A la diversidad pertenecen las diferentes culturas jurídico nacionales, en plural: en cada una de las tres áreas jurídicas: derecho civil, penal y público, abarcando las particularidades de las culturas constitucionales nacionales (como parte de la “identidad nacional”). Algunos proyectos constitucionales y la literatura científica han realizado, a este respecto, ya mucho trabajo preparatorio. Nosotros, los alemanes, debemos cuidarnos de no escribir el borrador del Derecho constitucional de Europa. Se trata, también aquí, de una “Constitución del pluralismo”.
- (5) Europa se constituye, literalmente, a partir de una opinión pública plural, no sólo a partir del arte y de la cultura, sino, en medida creciente, también a partir de la *política*. En este campo de problemas, a proteger mediante

diferentes artículos, toman parte los partidos políticos en el plano europeo, con cometidos especiales, y, además, las asociaciones, las iglesias, las ONG, pero también la ciencia y, en particular, una teoría constitucional comparativa. Una serie de documentos constitucionales hacen ya referencia al espacio público, a la opinión pública de Europa. Se incorporan postulados de publicidad en relación con el Parlamento Europeo, el Consejo o el Tribunal de Cuentas, y también sobre los tribunales constitucionales. El término “transparencia” podría ser útil. El “bien común” de Europa debería entenderse como referencia a la “*res publica europea*”. A ella se deben los titulares de cargos políticos.

- (6) Europa se construye como “espacio constitucional” plural a partir de un proyecto que hace de las constituciones nacionales “constituciones parciales” y que acredita a la UE, en tanto que Europa en sentido estricto, como “comunidad constitucional”. Términos tales como la UE, como comunidad de derechos fundamentales, el “orden fundamental de la Unión” (D. Tsatsos), espacio económico, espacio de la seguridad, de la libertad y del Derecho, delimitan sólo aspectos parciales. La palabra de los municipios como “forma constitucional de Europa” forma parte de esto. El “plano” de los ciudadanos, pasando por los de los municipios y las regiones, hasta el de los Estados, deben ser accesibles y transparentes, al igual que las instituciones y los órganos que los “representan”. Los artículos que tratan de las competencias exigen buenas técnicas (en materia de competencias comunitarias, competencias de los Estados miembros, competencias comunes). Lo mismo se aplica a la tarea de contrapesar el “triángulo institucional”, Parlamento, Consejo y Comisión.
- (7) El método para concebir la “casa de Europa” como un “taller eterno” con finalidad abierta es, en mi opinión, el científico-cultural, con conceptos clave como teoría constitucional como ciencia de la cultura, relevancia de los contenidos culturales, “cultura constitucional”, libertad e identidad como cultura, cultura como contenido y proceso. Todos los derechos fundamentales son, en un sentido profundo, libertades culturales, libertades más allá de “*status naturalis*”. El enfoque científico-cultural no pretende sustituir los restantes enfoques ya acreditados, sino completarlos y, en parte, también servirles de base. La dimensión profunda de los preámbulos, el problema (monoteísta) de Dios, los artículos en relación con las lenguas y los himnos, pero también muchos derechos fundamentales y cláusulas de protección de las minorías, sólo pueden deducirse, y trasvasarse a formas textuales, si se participa de este “espíritu.” Y, ¿no deben contrapesarse muchas ampliaciones de la UE con la vieja idea de “Europa como núcleo” (“círculos concéntricos”)? ¿No existe, después de todo, una autodelimitación geográfica de Europa? ¿Debe la UE mirar no sólo a los Balcanes, sino también a los Estados ribereños del Mediterráneo, del Norte de África? (Concepto clave: sobreexigencia a la UE.). Sin duda, también hay límites —culturales y geográficos— a la fuerza de integración vía Constitución.

- (8) Se trata, sobre todo, de dar por concluido un “Derecho europeo” entendido como disciplina científica propia, que encontró en H.P. Ipsen (1972) su primer clásico. Ésta se diluye en todos sus elementos y fragmentos en el “Derecho Administrativo” (*J. Schwarze*, 1988) y en el “Derecho Constitucional Europeo”. Ambas disciplinas parciales son gobernadas por marcos teóricos de la “Teoría Constitucional Europea”, que debe también buscar su camino entre el “Derecho administrativo como Derecho constitucional concreto” y la autocomprensión del derecho administrativo como ámbito parcial con “*proprium*”. Estos nuevos ámbitos compensan el encogimiento de las Constituciones de los Estados nacionales en la UE hasta Constituciones *parciales*, así como los procesos de crecimiento de la UE hasta formar la “Comunidad constitucional”. Aquí es donde debe iniciarse la discusión en torno a la autocomprensión de Europa, y no en la vieja disputa sobre la llamada “calidad jurídico-estatal” de la futura UE.

## PERSPECTIVA Y CONCLUSIONES

Como nuestro tema, “La construcción constitucional de Europa”, ha venido a demostrar que esta Europa es, ciertamente, una “casa con muchas habitaciones”. En materia de constitucionalización se asemeja, en todos los planos, desde los municipios pasando por las regiones y los Estados nacionales hasta el plano común europeo, a un gigantesco taller constitucional, y sorprende una y otra vez la gran fe que aquí se expresa en torno a la Constitución como idea y como realidad, como canon de valores fundamentales y como marco, como herencia cultural y señalización del camino. Igualmente alta es la responsabilidad de nosotros los juristas. La lección de la Construcción constitucional como proceso abierto y pluralista debe considerarse confirmada, no habiendo, como es obvio, en el comienzo ninguna hora “cero” sin cultura, como tampoco con la fijación de la Constitución escrita resulta ésta sólo “interpretada”: continúa, por el contrario, *desarrollándose*. En todo el mundo, en diálogo recíproco, muchos países han puesto en marcha, recientemente, grandes Constituciones: por ejemplo, Polonia, Sudáfrica, Suiza, tanto cantonal como federalmente, o Alemania, en los nuevos *Länder* federales. En la actualidad, ahora como antes, puede hablarse de una “era constitucional”, quizás incluso de una “primavera constitucional”, a juzgar por los múltiples trabajos innovadores de todo el mundo. Esto puede, sin embargo, ser un estímulo para jóvenes Estados constitucionales que recientemente hayan iniciado el camino constitucional, como, por ejemplo, Perú. En el plano común europeo, se han logrado muchos éxitos parciales: los 17 proyectos constitucionales de la UE merecen asimismo reconocimiento en sus textos y en sus contenidos, así como el informe presentado por Giscard en Tesalónica en el verano de 2003, en el que (como en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE del 2000) ha dado buenos resultados alguno que otro buen compromiso (la búsqueda de compromisos es una virtud de toda constitucionalización). No sólo en Europa hay integraciones constitucionales regio-

nales. Podrían también tener éxito en Iberoamérica sobre el humus del derecho constitucional común latinoamericano: a este respecto, España juega, desde hace tiempo, mucho más que el papel de un simple mediador, lo que debería ser también aprovechado más conscientemente por Europa.

El ciudadano como *intérprete* constitucional puede ser un concepto inusual, el ciudadano como constitucionalista lo es aún más. Las ideologías estatales y populares tradicionales no ayudan a ver que también para todas las modalidades de desarrollo constitucional, en a que el constituyente es tan sólo una fase *parcial*, el ciudadano como sujeto de su dignidad es la medida de imputación para el desarrollo constitucional. Algunas constituciones de Alemania oriental lo contemplan con más claridad en sus textos. En Brandeburgo, los *ciudadanos* se han dado expresamente una Constitución (preámbulo de 1992: “Nosotros, las ciudadanas y ciudadanos”). “We the people” continúa siendo el texto clásico, al menos hasta el grito de 1989 de los alemanes orientales: “Nosotros somos el pueblo”.

La esforzada finalidad del proceso de unificación europea permanece abierta, como corresponde a la pluralidad, la multiculturalidad y la personalidad procesal de toda “historia constitucional”. Tampoco el Estado Constitucional nacional en la etapa de desarrollo actual tiene, si se observa detalladamente, ninguna finalidad concreta: se deriva del carácter abierto de la imagen del ser humano: una metáfora está a la que, junto con la “imagen del mundo” y la “imagen del pueblo”, no puede renunciar la teoría constitucional nacional y europea. Como tampoco puede renunciar a los conceptos clásicos del Estado nacional, como “generalidad”, “bien común” y “representación”, que han sido hoy en día europeizados.

Muchas gracias.