

Antonio-Carlos Pereira Menaut\*

# Constitución de la Unión Europea y constituciones de los Estados miembros

## Constitution of the European Union and constitutions of the member states

### Resumen

Este trabajo examina la relación existente entre la Constitución europea y los respectivos ordenamientos constitucionales de cada Estado miembro de la Unión Europea, destacando los principios que comienzan a regir en el nuevo panorama constitucional y en el orden internacional.

### Palabras clave

Unión Europea, Constitución, poder superstatal

### Abstract

This article examines the relationship between the European Constitution and the constitutions of each of the member states of the European Union, emphasising the principles that are being adopted in the new constitutional landscape and in the international order, with particular reference to the spanish case.

### Keywords

European Union, Constitution, supranational power.

\* *Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional de la UE, U. de Santiago de Compostela (Galicia); Prof. Visitante de la UAI (Viña del Mar) y Extraordinario de la UST (Santiago de Chile).*

## Introducción

El estudio de las relaciones entre la Constitución europea y las de los Estados miembros debería hacerse comparando no sólo los respectivos textos constitucionales, sino en primer lugar los pre-textos (las culturas políticas, las «identidades constitucionales»), a continuación los textos, y finalmente los con-textos (las grandes normas que desarrollan las constituciones y, sobre todo, las jurisprudencias constitucionales). Pero la severa limitación del espacio disponible no lo permite, así que hemos de reducirnos ahora a un estudio basado sólo en los textos constitucionales, los europeos por un lado y los nacionales por otro<sup>1</sup>.

Cabe aclarar que el concepto de Constitución Europea que aquí manejamos puede ser considerado, en cierto modo, como una aplicación del constitucionalismo anglosajón a la realidad de la Unión Europea; un triunfo del concepto no codificado de constitución sobre el codificado, del material sobre el formal, y del judicialismo sobre el legalismo, incluyendo la producción de un “derecho común europeo” —aunque no alcanza por ahora a constituir un *Common Law*—. No es que todos los actores de este escenario participen de la mentalidad jurídico-constitucional anglosajona; es que, en la práctica, el enfoque continental tradicional muestra pronto sus límites al tratar de explicar el fenómeno constitucional europeo, que escapa a las visiones que ligan la existencia y aplicación de una Constitución con el Estado, la soberanía y el esquema monista, piramidal y jerárquico de la carta fundamental como kelseniana “norma fundante” de todas las demás.

En el sentido expuesto, el no tan reciente fenómeno del desarrollo de una dimensión constitucional en la Unión Europea se explica, en primer término, por la progresiva aparición en ella, bajo el influjo de diversos factores, de un poder supraestatal distinto del de los Estados que la componen, y frente al cual las categorías clásicas del derecho internacional han ido quedando superadas también de manera progresiva. El sentido general de estas alteraciones ha sido un desplazamiento en la UE desde lo internacional de sus orígenes a lo político e interno hoy —como en Alemania en el siglo XIX; *nihil novum sub sole*—, al menos en algunos de sus aspectos, lo que permite detectar hoy en la Unión Europea, junto a relaciones de cooperación típicas del derecho internacional —como la Política exterior y de seguridad común al menos hasta ahora—, otras internas y materialmente constitucionales, incluyendo la protección de un conjunto de derechos fundamentales a favor de los particulares afectados por el poder de la Unión, hoy consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Este fenómeno en permanente mutación no tiene por qué acabar con la Unión Europea convertida en un Estado unitario regido por relaciones de jerarquía, sin ninguna de cooperación y sin ningún elemento internacional, pero ya es posible afirmar que existen suficientes

<sup>1</sup> Sugerimos, por mencionar sólo un trabajo, Grabenwarter, Christoph, “National Constitutional Law Relating to the European Union”, págs. 83-129 de von Bogdandy, Armin, y Bast, Jürgen (editors), *Principles of European Constitutional Law*. Oxford-Portland-Munich, 2009.

elementos para hablar de un poder europeo supraestatal, por una parte, y frente a él, de una Constitución Europea (en sentido material), distinta de las constituciones nacionales de los países miembros de la UE —aunque integrada por y con éstas, como veremos más adelante—, que regula las relaciones de la Unión con los Estados miembros, así como las relaciones de ese conglomerado con los particulares que habitan en sus fronteras. Una Constitución que no se encuentra formalizada como tal documento constitucional sino que, por el contrario, es fragmentaria, incompleta y no consiste en una única norma codificada<sup>2</sup> sino que está dispersa en diversas fuentes tales como los tratados fundacionales, sentencias del Tribunal de Justicia, disposiciones de algunas constituciones nacionales y sentencias de algunos tribunales constitucionales nacionales, entre otras. Sin embargo, es suprema, directamente aplicable, vinculante para las autoridades de la Unión y de los Estados miembros, y creadora de derechos y obligaciones —incluso, en ciertos casos, para los particulares—, y, sobre todo, cumple con el papel esencial de toda constitución: dispersar al máximo el poder, avanzar en la sumisión del mismo —en este caso, del poder del conglomerado europeo— al Derecho y en el respeto a las libertades, que es en lo que consiste, en última instancia, el constitucionalismo.

Ahora bien, como consecuencia de lo anterior, la Unión Europea, con sus Tratados y sus reformas de los Tratados, con su derecho derivado —reglamentos, directivas, jurisprudencia, y todo ello con sus diversas modificaciones, formales o no—, ha venido siendo quizá el más poderoso agente productor de alteraciones constitucionales en sus Estados miembros desde los comienzos, pero en particular desde que la integración traspasó las fronteras de la impermeabilidad de los ordenamientos jurídicos estatales con las sentencias *Van Gend y Costa*<sup>3</sup>, y más aún desde que el ritmo constitucional se aceleró, a partir del Tratado de Maastricht (1992). Cada modificación constitucional europea, ya haya sido hecha con la correspondiente reforma en los Tratados, ya lo haya sido por legislación derivada, por jurisprudencia, por consolidación de una praxis política y administrativa o por vía fáctica, ha supuesto para las constituciones de los Estados miembros una reforma (si se hizo formalmente) o al menos una mutación (si tuvo lugar sin reforma constitucional). Así, cada competencia que era entregada a la Unión o que ésta absorbía, la perdían los Estados miembros, y difícilmente podría ser de otro modo. De esta manera se produce el interesante fenómeno de que los Estados son los «señores de los Tratados europeos» según el derecho constitucional de la Unión Europea, por retener la soberanía originaria y tener la llave de las reformas, pero han dejado de ser los señores de sus propias constituciones (al menos, los señores absolutos<sup>4</sup>). Para una mentalidad estatista de blanco-negro, o Estado o nada, parecerá

<sup>2</sup> Cuestión que trató de mejorarse, aunque desde un punto de vista más nominal que material, con el "Tratado que instituye una Constitución para Europa" de 2004, cuyo proceso de ratificación fracasó el año 2007.

<sup>3</sup> Asunto 26/62, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen*, 5 de febrero de 1963; y 6/64, *Costa / Enel*, 15 de julio de 1964. A través de estas sentencias, por las que se consagraron el efecto directo y la primacía del derecho comunitario europeo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reafirmó la especificidad y autonomía de dicho ordenamiento respecto de los ordenamientos estatales de los países miembros de la UE.

<sup>4</sup> Grabenwarter escribe que "la autonomía constitucional de los Estados miembros está limitada", por ejemplo por los artículos 6.1 del Tratado de la Unión Europea y 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Grabenwarter, 128). Es cierto, pero en nuestra opinión son más las limitaciones que se derivan del juego de

chocante, pero no lo es tanto si se tiene en cuenta que va a hacer ya cincuenta años, desde las dos famosas sentencias arriba mencionadas, que dejaron de ser los señores absolutos de sus propios ordenamientos jurídicos.

Por el momento, tomemos nota de tres fenómenos: por un lado, los Estados ya no son señores absolutos de sus propias constituciones. En segundo lugar, se está produciendo una aproximación entre las constituciones nacionales, que en este caso no responde a ningún programa europeo de aproximación de las legislaciones sino a la realidad misma<sup>5</sup>. Algunos críticos no lo ven así, y entienden que lo que hay no es una aproximación general más o menos proporcionada, sino más bien una aproximación de los demás al constitucionalismo alemán. No podemos entrar ahora en ese provocador tema. Y el tercer fenómeno es que algunas constituciones nacionales (no todas) parecen tener un auténtico papel constituyente en la generación de constitucionalidad europea.

Es importante notar que el hecho de que exista una constitución europea no significa que para explicar la relación entre ella y las de los Estados miembros baste recordar la cláusula de primacía, las reglas *lex superior derogat inferiori* y *lex posterior derogat anteriori* o la relación entre norma originaria y norma derivada. Es una relación más postmoderna, más compleja y matizada, que vamos a intentar mostrar, siquiera brevemente.

## **La naturaleza del constitucionalismo europeo de nuestros días y su relación con las Constituciones de los países miembros de la UE**

Aunque sostenemos la existencia de un constitucionalismo propio de la UE, distinto de los constitucionalismos de sus miembros, es útil precisar que aquél no consiste en añadir un nivel de constitucionalidad nuevo pero no relacionado en nada con lo anterior, como un nuevo piso completamente independiente que es añadido a un edificio, quedando incomunicado con los anteriores (en este caso, las constituciones estatales preexistentes). Por el contrario, el constitucionalismo de la Unión Europea incluye en

la primacía, el efecto directo, la absorción de competencias, la aproximación de legislaciones y la actual crisis económica.

El artículo 6.1 del TUE dice: "La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados." Y el 2 del TFUE: "1. Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión. 2. Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya. 3. Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas y de empleo según las modalidades establecidas en el presente Tratado, para cuya definición la Unión dispondrá de competencia. [...]".

Grabenwarter, 127-128.

cierto modo el de sus Estados miembros, pues no son compartimentos estancos. Por eso se entiende mejor si se estudia como un constitucionalismo postmoderno, postestatal (el Estado ya no es el único *locus* de lo político, lo jurídico y lo constitucional<sup>6</sup>, los cuales ahora aparecen dispersos), como un multiconstitucionalismo (varias constituciones solapadas aplicables en un mismo territorio sin una relación simple, monista, de jerarquía), o un constitucionalismo multinivel (la constitución está en varios niveles: subestatal, estatal y supraestatal) en el que ninguna de las comunidades políticas tiene todas las competencias; ninguna monopoliza la competencia sobre las competencias; ninguna es realmente soberana excepto en el sentido de la soberanía originaria, en el cual siguen siendo soberanos los Estados miembros (pero la soberanía originaria pertenece más bien al terreno conceptual de la legitimidad). Así, el constitucionalismo de la Unión y de sus miembros, no se puede representar por medio de ninguna figura geométrica clara —en particular la jerárquica y monista pirámide normativa, tan socorrida por su mérito didáctico—, sino más bien con un conjunto de círculos más excéntricos que concéntricos, con intensidades diferentes y sin una delimitación clara; o bien por medio de un esquema matricial, o como una red irregular con distintos centros de distinta importancia, como “un contexto normativo general,”<sup>7</sup> o como una “liga constitucional europea”, una *Europäische Verfassungsverbund*, según la conocida caracterización de Ingolf Pernice y otros.

En ese panorama, la Constitución europea aparece como la más alta y está dotada de primacía en las materias de competencia europea, que en este momento ya son sustanciales aunque, si atendemos sólo a la letra de los artículos de los Tratados que regulan las competencias, cuantitativamente todavía no son demasiadas<sup>8</sup>. Ahora bien: ser superior, estar dotada de «supremacía» (como la Constitución americana) o «primacía» (como la europea) no implica necesariamente ser anterior ni más legítima. Además, es superior pero, de acuerdo con el principio de atribución típico de los federalismos<sup>9</sup>, no en todo, sino en las materias atribuidas a su competencia por los Estados al ratificar los Tratados. Si no es anterior no será originaria, sino derivada, y toda la constitucionalidad que no haya sido expresamente entregada a la Unión permanecerá en las constituciones de los Estados, si bien éstas dejan de ser únicas (nada realmente nuevo para los federalismos) y supremas. Pero aunque pierdan su supremacía, las constituciones estatales nunca se relacionarán con la europea como un estatuto de autonomía de una comunidad autónoma se relaciona con la constitución española,

<sup>6</sup> Incidentalmente: es discutible que antes lo fuera. Basta pensar en las constituciones federadas y en los constitucionalismos que no se originaron a partir del estatismo, como el británico y el norteamericano.

<sup>7</sup> Frase de Bogdandy, “Europäische Prinzipienlehre”, p. 185 (en A. von Bogdandy et alii, *Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlín, 2003) apud Peters-Aznar-Gutiérrez, p. 71.

<sup>8</sup> No ignoramos que las competencias europeas han sido siempre muy expansivas, mucho más que la letra de los Tratados. Nunca, en ninguna constitución, pueden las competencias deducirse sólo del tenor literal de los artículos dedicados a competencias. Hay que considerar la jurisprudencia, los valores y metas, los artículos transversales (todos los del tipo de “en todas sus acciones la Unión buscará eliminar la desigualdad”, “fomentar la seguridad en el trabajo” o promover cualquier otra meta) e incluso los derechos, aunque la Carta proclame que no afectará al actual reparto de competencias.

<sup>9</sup> Artículo 5 del TUE: “1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución.”

esto es, por derivación, casi como una carta otorgada (excepto los matices a que son acreedoras las comunidades históricas y Navarra), ni siquiera como la Constitución de California de 1849 se relacionaba con la de los Estados Unidos (también por derivación, aunque indirectamente, a través de la parcela de poder constituyente reconocida por la Constitución federal al pueblo californiano).

Primero. Para comenzar debemos distinguir constituciones fundadoras y no fundadoras, pues el poder constituyente originario que activó el motor de arranque del proceso de constitucionalización europeo estaba integrado sólo por los seis fundadores, Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo. Sus constituciones son anteriores a la de la Unión Europea y tienen mayor legitimidad democrática que ésta. Mientras que ellas son las fundamentadoras, ésta es la fundamentada; ellas son las originarias y ésta la derivada; de ellas procede la validez mientras que ésta es la validada. De ningún otro Estado miembro puede decirse lo mismo. Es una relación no muy diferente de la que había originalmente (con el tiempo las cosas cambiaron) entre las constituciones de las Trece Colonias norteamericanas y la de los Estados Unidos. En cambio, la República Independiente de Texas ingresó en la Unión en 1845, por lo que no pudo hacer otra cosa respecto a la Constitución federal que adherirse a ella. No tenía ninguna fracción o parte alícuota del poder constituyente que en 1787 había generado aquella Constitución, pues en aquel momento Texas era parte del Virreinato de la Nueva España. Por lo mismo, la primera constitución de Texas (1836) no se derivó de la de la Unión. En realidad, tampoco se deriva la vigente, que es de 1876 y trajo su legitimidad de las tejanas anteriores, aunque los redactores de ésta, ya dentro de la Unión, se vieron en la necesidad de respetar el marco de la Constitución federal y sus enmiendas. En cambio, los treinta y seis estados norteamericanos restantes tienen constituciones que pueden considerarse derivadas indirectamente —a través de sus pueblos— de la federal, pues al amparo de ella fueron aquellos territorios salvajes convertidos en estados federados, y a su amparo se reconoció a sus pueblos un poder constituyente, aunque dentro de su respectivo territorio y limitado por el marco de la constitución de la Unión.

Los Estados miembros de la Unión Europea que no forman parte del grupo fundador, como España, serían en ese punto comparables a Texas. La diferencia está en que las reformas de los Tratados europeos, como ha mostrado la todavía reciente de 2005 a 2009, «ponen a cero el cuentakilómetros» de la relación constitución europea-constituciones estatales en el sentido de que todos los Estados miembros, grandes como Alemania o pequeños como Irlanda, antiguos como Francia o jóvenes como Chequia, tienen la misma oportunidad de aprobar o bloquear el nuevo Tratado, a causa del requisito de la unanimidad, que la Constitución norteamericana no exige para su reforma<sup>10</sup>. Por lo mismo pero *sensu contrario*, cuando es aprobado un nuevo Tratado europeo que

<sup>10</sup> Arts. V y VII de la Constitución. Es interesante notar que la Constitución de Canadá —una federación en principio mucho más integrada que la Unión Europea— exige la unanimidad de todas sus provincias para ciertas reformas importantes: la monarquía y su representante en el Canadá y en cada provincia, el número de representantes de cada provincia en el Parlamento federal, uso del inglés o del francés en ciertos casos, composición del Tribunal Supremo del Canadá, y reforma de los artículos sobre reforma constitucional (*cf.* art. 41, Constitution Act de 1982). En 1987-1990, el importante Acuerdo de Meech Lake no llegó a entrar en vigor por la oposición de los parlamentos de las provincias de Manitoba y Terranova.

implique formal o materialmente una nueva intrusión en las competencias estatales, puede entenderse que se está produciendo un cambio (formal o material, según sea el caso) en las constituciones de los Estados miembros, constátenlo éstas (Alemania, Portugal, Francia) o no (España). La potestad legislativa de las Cortes Generales españolas no cesa de disminuir en número de competencias en proporción inversa a lo que aumentan las del legislativo europeo, con o sin reforma de los Tratados.

Segundo. Como decía Arnold hace ya unos veinte años, existe una “interdependencia entre los ordenamientos de los Estados miembros, de un lado, y el de las Comunidades Europeas, de otro lado”<sup>11</sup>. Y si ya existía entonces, con más razón ahora. Esa interdependencia es como un flujo de constitucionalidad caracterizado por ser bidireccional y por su gran calado, pues las constituciones de los Estados miembros, y en especial la alemana, en cierto modo «constituyen» parcialmente, o contribuyen a constituir, la Constitución de la Unión Europea. Por eso, por entender que en alguna medida forman parte de la Constitución europea en sentido material, reproducimos en este código algunos artículos de algunas constituciones de los miembros. Por ejemplo, ya en la sentencia de 1979, *Hauer contra el Land de Renania-Palatinado*<sup>12</sup>, el Tribunal europeo se apoyó en preceptos de la Constitución alemana y además mencionó artículos de la italiana y la irlandesa. De la misma manera, pero en sentido inverso, la Constitución alemana en algunos de sus artículos habla como dando órdenes a la Unión Europea, y el mismo lenguaje imperativo se emplea en las sentencias del Tribunal Constitucional de Karlsruhe sobre los tratados de Maastricht y Lisboa. En el pasado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ido deliberadamente a las constituciones de los Estados miembros en busca de material constitucional como principios, valores y tradiciones constitucionales, que de esta manera han nutrido, fluyendo desde abajo hacia arriba, la constitucionalidad europea.

En el fondo, el fenómeno no es tan raro; incluso en una constitución monista, como la española, el artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional admite que existe un bloque o canon de la constitucionalidad de contornos difusos y más extenso que el texto constitucional estricto, y del cual forman parte, entre otras normas, los estatutos de autonomía. ¿Forma parte también el derecho de la Unión Europea, en lo que tiene de constitucional? Entendemos que lo realista es afirmar que sí —al menos parte del Tratado de la Unión Europea (TUE), buena parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y ciertas grandes sentencias—, pues es derecho constitucional (en el sentido de que no es internacional) y es español (no es extranjero), pero el Tribunal Constitucional se ha opuesto a su inclusión en el canon de la constitucionalidad española<sup>13</sup>. Es notable

<sup>11</sup> Arnold, Rainet. *La unificación alemana. Estudios sobre derecho alemán y europeo*, Madrid, 1993, 115.

<sup>12</sup> La señora Hauer era una cultivadora de vid alemana que había recurrido en primera instancia a los tribunales alemanes invocando argumentos de derecho alemán. TJCE, sent. del 13-XII-1979. *Lisbette Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, caso 44/79.

<sup>13</sup> Ver sentencia del TC 28/91, de 14 de febrero, fundamentos jurídicos 4 y 5. Ha sido secundada por otras en la misma línea, pero es discutible que el problema pueda darse por resuelto. Por ejemplo, cuando

que el Tribunal conceda lo más mientras niega lo menos: no se preocupa de controlar las importantes mutaciones constitucionales que la Unión Europea ha producido y produce en España, pero rechaza algo mucho más inocente para la integridad del ordenamiento jurídico español: que el derecho constitucional europeo pueda formar parte del bloque español de constitucionalidad.

Tercero. Con diferencia, puede afirmarse que la constitución de un Estado miembro que más aporta a la construcción de la constitucionalidad europea, ha sido y es la Ley Fundamental de Bonn de 1949. En cambio, la Constitución española, como la de otros Estados miembros, no aporta mucho: es casi «ciega» para la integración europea. Entre ambos extremos, la alemana y la española, otras magnas cartas, como la francesa, la portuguesa y la italiana, acusan recibo, con diversas intensidades, de la existencia en la integración europea de un desarrollo de naturaleza constitucional, y a medida que éste avanzaba han ido ellas reformándose para pronunciarse sobre los problemas que esa constitucionalización europea les ha planteado.

### **El efecto del constitucionalismo europeo multinivel sobre las constituciones nacionales. El ejemplo de la Constitución española**

Volvamos a un ejemplo que no es nuevo. Éranse una vez, allá en el lejano 1978, unos arquitectos constitucionales españoles que recibieron el encargo de diseñar el edificio constitucional de una nueva magna carta. Con todos los adelantos del constitucionalismo académico del momento, proyectaron un edificio perfecto, completo y sin fisuras: acabado como un bloque de mármol, de forma piramidal, con escalones descendientes formados por un ordenamiento jurídico encabezado por la Constitución, seguida por las leyes, los reglamentos, los actos administrativos y las sentencias judiciales.

Más de tres decenios después, esa Constitución ha sido un éxito sin precedentes en la historia constitucional española. Pero aquel proyecto está cambiado. Aquellas paredes sin fisuras presentan ahora un gran agujero, derivado del ingreso de España en las entonces Comunidades Europeas<sup>14</sup>, por el que se escapa a chorros la soberanía mientras que entra una masa siempre creciente de normas y sentencias europeas, cuya conformidad con nuestra Constitución no se puede en absoluto garantizar. Además, algunas partes del edificio constitucional parecen deshabitadas o con poco uso, como ciertas disposiciones sobre economía o derechos sociales. Otras partes se han hipertrofiado. El panorama, hoy, no es una pirámide marmórea imponente,

un estado desarrolle una directiva o ejecute una competencia de la Unión, es claro que tendrá que hacerlo teniendo como referencia el derecho de la Unión, por lo cual, si la materia tiene relevancia constitucional, no se puede evitar que su trasfondo o *background* constitucional esté también formado por la parte del derecho europeo pertinente al caso.

<sup>14</sup> El art. 93 de la Constitución, que autorizaba el ingreso de España en las Comunidades Europeas sin poner condiciones: "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución [...]". España ingresó en dichas Comunidades, antecesoras de la UE, en 1986.

sino una construcción recubierta de hiedra (jurisprudencia constitucional, grandes leyes, prácticas políticas), con unas partes casi abandonadas u obsoletas y otras tan desarrolladas que ha sido necesario construir «edificios» constitucionales anexos —los estatutos de autonomía, otras grandes leyes—. Al mismo tiempo, aquella solitaria pirámide autosuficiente y culminada por una orgullosa norma suprema y única que no admitía ninguna otra sobre ella, está ahora incluida en un conjunto de casi treinta edificios constitucionales, colocados todos bajo el gran paraguas constitucional europeo formado por el TUE, el TFUE y la Carta.

Atendiendo sólo a su tenor literal, la constitución española, aunque redactada a las puertas del siglo XXI, produce la impresión de una magna carta europea continental clásica: una constitución-código, suprema, única, sistemática, completa, auto-contenida, destinada a un Estado-nación unitario (aunque con limitada autonomía territorial), soberano, con un ordenamiento jurídico de estructura piramidal y homogéneo. Cierto que algunos artículos, como el 10.2 y el mencionado 93, estaban abiertos a la dimensión supra-estatal, pero la interpretación dominante hacía hincapié en la supremacía, la soberanía, el monismo, la regulación por la Constitución de todas las fuentes del Derecho aplicable en España y la perfección y autosuficiencia del ordenamiento jurídico español (eso no obsta para que dicha interpretación dominante fuera al mismo tiempo europeísta). Nuestros constituyentes no demostraron mucha visión de futuro, pues era evidente que España estaba destinada a ingresar en las Comunidades Europeas (ya Franco lo había solicitado, sin éxito, en 1962), y éstas, para 1978, por medio de su Tribunal de Justicia, ya habían desarrollado jurisprudencia suficiente como para que no tuviera sentido estar llamando a las puertas de la integración europea y al mismo tiempo confeccionando una magna carta reguladora de la producción de toda norma aplicable en territorio español y obsesionada con la reconstrucción del ordenamiento jurídico a partir de la cúspide constitucional de la pirámide normativa. La Constitución batallaba con éxito para sujetar las otras fuentes del Derecho interiores —principios, derechos forales, ley, jurisprudencia no constitucional— y para construir un sistema jurídico jerarquizado, piramidal y completo. Varios autores se esforzaron brillantemente en afirmar el monismo, la positividad jurídica y la soberanía como si viviéramos antes de las Guerras Mundiales. Pero al mismo tiempo nuestra magna carta abría una ventana a la entrada indiscriminada y sin restricciones del torrente del Derecho europeo. De esta manera, lo que se presentaba como moderno era un planteamiento jurídico-constitucional decimonónico, al mismo tiempo que España se disponía a ceder sin discusión su soberanía, sin importar que los mismos fundadores del Mercado Común no hubieran cedido la suya sino a regañadientes. España mostraba el celo de su soberanía frente a sus modestas comunidades autónomas, negándoles competencias que en un federalismo serían inocentes (poder constituyente, judicatura propia, control del tráfico en carretera), mientras que aparecía dispuesta a ceder todo al nuevo poder supraestatal del otro lado de los Pirineos.

En estas condiciones, no parece exagerado sugerir que los conceptos de Estado y soberanía son casi más un estorbo que un instrumento, tanto para explicar la constitucionalidad española de nuestros días, como la europea, como las relaciones entre ambas. La «constitucionalidad» española —mejor que la Constitución-código en sentido decimonónico— tendría tres dimensiones: la regional o autonómica, la propiamente

española y la europea aunque, evidentemente, conserve su mayor intensidad, con mucha diferencia, en el nivel español. El nivel autonómico tiene más bien poca «densidad constitucional»; el europeo, igualmente, menos que el estatal, pero creciendo a gran velocidad y disfrutando de una posición dominante. Con otras palabras: la vida constitucional de un ciudadano español de nuestros días está regulada en tres niveles políticos: vota para unas elecciones autonómicas, otras españolas y otras europeas; está gobernado por un ejecutivo regional autonómico, otro español y otro europeo; obedece leyes autonómicas (las menos), españolas (cuantitativamente, las más numerosas, pero a menudo transponen algo decidido en Bruselas) y europeas (crecientes, pero no en todas las materias), al mismo tiempo que se beneficia de subvenciones y prestaciones europeas, españolas y autonómicas. Algo similar sucede con los órganos: el ejecutivo español es también un órgano comunitario europeo (o forma parte de él); los jueces españoles son también jueces europeos y están vinculados por el Derecho comunitario... Para complicar más las cosas, estos tres niveles no están separados por fronteras nítidas y estables, sino que se entremezclan, y además pueden cambiar en no mucho tiempo. Por ejemplo: una decisión europea de aumentar la protección de una determinada especie animal amenazada, puede alterar el reparto de competencias entre poder central y comunidades autónomas establecido por la constitución española.

## Problemas

Es claro que la existencia de un orden jurídico nuevo, superior y más amplio, siempre planteará problemas a los órdenes jurídicos menores integrados en él, y de la misma manera, la existencia de una constitución o bloque de constitucionalidad europea plantea problemas a las constituciones nacionales. El primero: ¿es la Constitución española todavía suprema? Nos aventuraremos a responder que sí pero sólo en parte, o, si se prefiere, ya no del todo y según materias. Es ilusorio pensar que en las materias cedidas a Europa sigue siendo suprema por el hecho de que la cesión se haya llevado a cabo al amparo, indirecto y quizá ya remoto, del artículo 93 de la Constitución,<sup>15</sup> pues no van a ser devueltas fácilmente (ni nadie lo pide por ahora), y, además, en el mundo postestatal en que vivimos, España —como la mayoría de los Estados miembros de la Unión— a la larga no ganaría con ello mucho autogobierno real. El argumento, emparentado con éste y formalmente correcto, de que retenemos la soberanía porque ingresamos en Europa por un tratado internacional concluido al amparo de nuestra Constitución, con el tiempo pierde fuerza, en particular en una cultura política como la española, bien poco pacticia (con todo, es cierto si se refiere sólo a la soberanía originaria). Si mañana desaparecen el euro y la Unión Europea —cosa improbable pero no imposible—, sus Estados miembros no se encontrarán, como resultado, codeándose

<sup>15</sup> "Mediante Ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión".

con Estados Unidos y China y en pleno disfrute de su recobrada *plenitudo potestatis*, sino en la intemperie y sin una moneda solvente mientras no encuentren un nuevo paraguas. Tampoco es concluyente la afirmación de que los españoles salvamos la supremacía por la posibilidad jurídica, que España retiene, como todos, de retirarse de la Unión<sup>16</sup>, pues el derecho natural a la autodeterminación lo tienen todos los pueblos, dentro de la Unión o no, al ser un derecho que por definición no depende de las leyes porque implica la negación de la premisa mayor, a saber, la obligatoriedad de las normas de la comunidad política mayor en el territorio de la comunidad política menor que desea autodeterminarse.

Es *conventional wisdom* sostener que la Guerra de Secesión americana negó el derecho de secesión de los estados del sur, pero la verdad es que una guerra ganada no es un aserto jurídico de mayor calado argumental que una guerra perdida: ambas son guerras, no razonamientos, demostraciones, sentencias, principios o *regulae iuris*. La constitución vigente de Texas sostiene que “Texas es un estado libre e independiente”, “sujeto sólo a la constitución de los Estados Unidos”<sup>17</sup>. Pero en ésta se dice que todo poder político procede del pueblo (*ergo*, también del pueblo texano) y se deriva del consentimiento de los gobernados (también los texanos), quienes siempre retienen la posibilidad de alterar su manera de gobernarse de la forma que consideren conveniente (como no explica cuál, y por tanto no excluye ninguna, hay que entender que tampoco excluye la autodeterminación). Esto lo dicen tanto la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, que consideramos como parte de la constitución material americana, como la constitución de Texas. Si los norteamericanos niegan a sus estados el derecho de autodeterminación, como ahora hacen muchos, sin excluir el Tribunal Supremo<sup>18</sup>, están negándoles lo que proclamó su Declaración de Independencia de 1776 para justificar su separación de Gran Bretaña.

El segundo problema: y si, en todo o en parte, no fuera ya única ni suprema, ¿seguiría la española siendo una verdadera constitución? Sí, mientras garantice derechos y libertades, frenos al poder (también al europeo), sumisión de los gobiernos (incluido el europeo) al Derecho, y demás rasgos constitucionales, así como la reserva a España de algunas materias sustanciales de las que no pueda disponer el legislador europeo. Sí, mientras se mantenga la «identidad constitucional» española<sup>19</sup>. Se perdería —se

<sup>16</sup> Art. 50 del TUE.

<sup>17</sup> Art. 1, secc 1 de la constitución tejana de 1876.

<sup>18</sup> *Texas v. White*, 1868.

<sup>19</sup> El concepto de origen alemán de «identidad constitucional» está lejos de ser claro y distinto: sería aproximadamente el conjunto de los rasgos principales que dan a una constitución su manera de ser. Está emparentado con los núcleos invariables de una magna carta, como los del artículo 79.3 de la Ley Fundamental alemana. Como hemos dicho, el Tribunal Constitucional alemán se refiere a la identidad constitucional en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa como un límite a la integración europea. Sobre este concepto, ver Manuel Núñez Poblete, “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, *Ius et Praxis* 14, núm. 2 (2008), 331-372, así como la bibliografía allí citada. Personalmente, preferiríamos «identidad nacional», «identidad cultural», «cultura» u otras fórmulas similares, pues la identidad de una comunidad política reside en más sitios que en la constitución; además, pocas son las constituciones que tienen tanto arraigo como para poder decir que contribuyen significativamente a configurar la identidad de un país o que forman parte decisiva de la misma.

ha perdido ya— el monopolio del control de la Constitución sobre el sistema de fuentes del Derecho. De lo que resultaría que son los componentes estatistas del concepto ordinario de constitución los que no resistirían la integración, mientras que los componentes propiamente constitucionales parecen capaces de sobrevivir con razonable salud. Es cierto que, a diferencia de la constitución alemana, la española no ha supuesto hasta ahora un gran freno al expansivo poder europeo, pero no tiene por qué ser necesariamente así en el futuro, pues no hay constitución sin identidad constitucional, mucha o poca.

El tercero, relacionado con el anterior: ¿hay algún «núcleo duro» constitucional español? Literalmente, en el texto constitucional no hay tal cosa. Pero, tras ponderarlo todo, entendemos que la respuesta debe ser afirmativa. Todas aquellas materias que la Constitución española reconoce, admite o respeta como superiores (libertad, justicia, igualdad, pluralismo político), o como fundamentadoras (la unidad, la dignidad y los derechos inherentes al ser humano), o como anteriores a ella (las autonomías regionales históricas, los derechos forales), no pueden ser legítimamente enajenadas al amparo de ella, pues no están a su disposición. De esta manera, si autorizara su enajenación incurriría en *ultra vires*.

Partimos aquí de una visión contractualista de todo derecho constitucional, tanto el europeo como el de cada Estado, incluso aunque éste no sea federal. Así como la Unión Europea sólo tiene las competencias atribuidas por las partes pactantes en el contrato fundacional (los Tratados), las constituciones de los Estados miembros (o sus parlamentos, o sus altos tribunales, según sea el caso) sólo pueden disponer de lo que el pueblo no se haya reservado o no haya excluido de ese pacto que es la constitución. Pero la constitución no es un pacto cualquiera: es un pacto de límites, que limita al poder, incluso a los poderes legítimos y constitucionales; un pacto que excluye todo cheque en blanco, incluso a favor de la magna carta. Por ejemplo: la capacidad o incapacidad de la Constitución española para aminorar, descuidar o deteriorar la dignidad humana, o para permitir que lo haga otra constitución superior, o que lo haga algún otro poder público al amparo de esa nueva constitución superior (en la hipótesis de que un día la Unión invadiera ese campo o de alguna otra manera la amenazara), es una cuestión de derecho interno español en la cual el árbitro último no será el Tribunal de Luxemburgo, ni el Constitucional de Madrid, ni siquiera el documento constitucional español, sino el pueblo español.

Y el cuarto problema: ¿puede la Constitución española ser progresivamente absorbida, disminuida, degradada, o de algún otro modo preterida, formal o materialmente, por la expansión del Derecho europeo? Formalmente, no; materialmente, en base a la respuesta anterior, diríamos igualmente que no, o que no debería, o no por completo.

Ahora bien, el pueblo español en *referendum* aprobó en 2005 el Tratado Constitucional giscardiano, que luego fue ratificado por las Cortes, con lo que intervinieron el pueblo y el parlamento. Mayor legitimidad democrática no se puede pedir. Como es sabido, contenía un artículo que declaraba lo siguiente: “La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias

que se le atribuyen a ésta primarían sobre el Derecho de los Estados miembros”<sup>20</sup>. Si ese Tratado hubiera llegado a entrar en vigor, ¿colocaría a la constitución española en una situación comparable, incluso formalmente, a las constituciones de los estados norteamericanos o a las constituciones de los *Länder* en relación a sus respectivas constituciones federales? ¿Puede entenderse que la aprobación popular fue como si el pueblo español, solemnemente reunido, dijera lo que sigue?

“Nosotros, el pueblo [o los pueblos] de España, para formar una Unión Europea cada vez más unida, al amparo de nuestra Constitución, y en el ejercicio de nuestra soberanía, ordenamos y establecemos el presente Tratado Constitucional europeo. Por tanto aprobamos las pérdidas de independencia, las restricciones de soberanía y la transferencia de primacía a la nueva Constitución europea superior, que es el presente Tratado, en la medida en que éste así lo implique o lo disponga formalmente.”

Las constituciones americana y alemana contienen sendas cláusulas de supremacía no muy diferentes, en el fondo, de la del fallido Tratado Constitucional (aunque ni la *Supremacy Clause* ni la regla *Bundesrecht bricht Landesrecht* exigen expresamente que se trate de materia atribuida por la constitución a la competencia federal<sup>21</sup>). Ciertamente, convertirse en una constitución federada no sería necesariamente una desgracia constitucional, ni implicaría dejar de ser constitución, ni perder toda identidad constitucional. Pero la combinación de una cláusula así con la inexistencia formal de núcleos duros en la constitución española, la aprobación por el pueblo y el legislativo, y la actitud poco aguerrida de nuestro guardián constitucional en materias europeas, podría producir situaciones incómodas para cualquier constitución que se siga pretendiendo soberana, única y suprema. Por todo ello, algunos consideran que desde que el pueblo español refrendó el Tratado Constitucional, cualquier eventual absorción de poderes por la Unión que se produzca en el futuro, se ha vuelto legítima en territorio español (mientras quepa dentro de la literalidad del citado artículo I-6 y

<sup>20</sup> Art. I-6. Véase también la Declaración 17, relativa a la primacía: “La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia. Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260): «Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007. Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (*Costa/ENEL*, 15 de julio de 1964, asunto 6/64) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia». De esta manera, el Tratado de Lisboa casi constitucionaliza la jurisprudencia, que en materia de primacía no deja duda alguna. Con todo, una práctica judicial no es exactamente lo mismo que un artículo de una constitución, ni tiene tanta legitimidad democrática como la ratificación por el pueblo soberano y el parlamento de una declaración formal de precedencia de una magna carta sobre otra. Pero es que en España ha ocurrido también lo segundo.

<sup>21</sup> En cualquier constitución federal se da por supuesto que la federación actuará justamente en el ejercicio de sus competencias. En el caso alemán esto está remarcado por el artículo 30 de su Ley Fundamental que atribuye en principio las competencias a los *Länder*.

mientras el pueblo no cambie su voluntad en el sentido de abandonar la Unión). La mencionada Declaración 17 abona en el mismo sentido.

El Tribunal Constitucional alemán en la sentencia de Lisboa reserva a Alemania ciertas materias (además, claro está, de las del citado art. 79.3) como el derecho penal<sup>22</sup>, las decisiones acerca de escuela y educación, derecho de familia, idioma, relaciones con las confesiones religiosas y asociaciones ideológicas, así como ciertos aspectos de la regulación de los medios<sup>23</sup>. Es interesante notar que por sí solos estos aspectos no son suficientes para garantizar la estatalidad de una comunidad política, ni siquiera aunque ésta los tuviera en régimen de monopolio: en efecto, es claro que no por tener la competencia sobre todo eso se convierte un grupo social en un verdadero Estado soberano e independiente. Por otra parte, algunos de esos campos no son fáciles de aislar de la influencia de otros países, de la propia Unión e incluso de la industria del entretenimiento, situada mayoritariamente en los Estados Unidos.

En resumen, para la supervivencia de la constitución española consideramos aquí que lo más relevante no es ser única y suprema sino mantener su «identidad constitucional», contener núcleos sustanciales intocables desde fuera, garantizar derechos, frenar al poder, someterlo al derecho. La condición de única y suprema será difícil de mantener si la Unión Europea sigue adelante —y a la larga, también en el improbable caso de que no siga, pues los derechos humanos globales, la jurisdicción universal, la OMC y otras tendencias actuales terminarían igualmente erosionándola—. En cuanto a la pérdida de la condición de norma constitutiva del Estado y fundamentadora del entero ordenamiento jurídico, es discutible que la haya tenido nunca en plenitud, y no era un rasgo inherente al constitucionalismo clásico. En cuanto a la idea de los núcleos inalterables desde el exterior, es muy antigua y puede emparentar con el foralismo hispánico, en el que se instauraban garantías intocables por prevención de la comunidad política aforada hacia las posibles desmesuras del poder de la comunidad política mayor en que se integra. Hasta hace poco, no se consideraba muy interesante hacer constar en las constituciones garantías como las del artículo 79.3 de la *Grundgesetz* porque la experiencia enseñaba que los generales golpistas y los totalitarismos no solían reparar mucho en tales sutilezas jurídicas. Pero ahora, con un sistema de integraciones continentales pactadas, llevadas a cabo sin violencia y bajo el derecho, esta idea vieja puede tener el sentido, nuevo e interesante para nuestra finalidad, de reservarnos algo sustancial frente a la expansividad de Bruselas, pues el principio de subsidiariedad, tal como está concebido en los Tratados<sup>24</sup>, no contiene un listado de materias ni parece ofrecer garantía suficiente.

La Constitución española, en fin, (quizá no así la alemana) seguramente no podrá garantizar en toda Europa una correcta separación de poderes o un respeto a los derechos tan radical como la letra de nuestro artículo 10.1, pero si algún día lo deseara podría impedir en el territorio español la excesiva concentración de esos poderes o la violación de esos derechos, lo cual ya no sería poco y forzaría a toda la Unión a respetar esos

<sup>22</sup> Parágrafos 352, 358. Pero véase el citado artículo 83 del TFUE.

<sup>23</sup> Parágrafo 260.

<sup>24</sup> Arts. 5, 3 TUE, 352 TFUE, 51.1 Carta; Protocolo núm. 2.

aspectos del constitucionalismo, como en el pasado hizo el Tribunal Constitucional alemán con sus derechos fundamentales.

### **Nota final sobre Constitución Europea y Constitución Global**

En este trabajo no podemos detenernos en esta interesante cuestión por no ser el objeto directo de nuestro estudio, pero tampoco podemos dejar de mencionarla. Chile, al igual que muchos otros países, por el momento no está inmerso en ningún proceso de integración comparable al europeo. Eso es claro. Pero pocos son hoy los Estados que están completamente libres de que sus ordenamientos jurídicos nacionales no tengan que convivir, aunque sea sólo en un poco, con algún nuevo ordenamiento jurídico, tratado o jurisprudencia supranacional superior al ordenamiento propio y al cual ha de adaptarse éste; sea de Luxemburgo, Estrasburgo, o S. José de Costa Rica. Si esto es así, estaríamos ante un fenómeno tendencialmente general<sup>25</sup>, y, por tanto, no sería ocioso ofrecer esta reflexión también a quienes no están en la Unión Europea ni nada comparable. También esos Estados pueden verse bajo la OMC, el FMI, el TPI o, en general, bajo los diversos tratados que están por encima de sus constituciones, así como sentencias judiciales emanadas fuera del territorio nacional pero vinculantes y ejecutivas en él. Y cuando eso suceda, también para ellos puede ser conveniente reflexionar sobre cómo se relacionará su constitución con ese Derecho supraestatal.

Partimos de la base de que, en general, el Estado está siendo superado (con todos los matices y excepciones precisos). Algunos creen que la actual crisis financiera reanimará a los Estados, pero nosotros no lo creemos así; y en todo caso habría que ver a qué Estados nos referimos. Ciertamente la crisis está hiriendo a la Unión Europea, pero simultáneamente está hiriendo de muerte a las soberanías de los países despectivamente llamados “PIGS” (Portugal, Irlanda, Grecia, España), pues cualquiera ve que el futuro de Grecia —el ejemplo más claro— lo deciden Bruselas, los votantes alemanes, el FMI, las agencias de calificación y ese curioso y nuevo poder llamado “los mercados”. Pero, con todo, y frente a algún otro autor, como Teubner, entendemos que se puede afirmar razonablemente que por el momento no existe una verdadera constitución global, mundial o internacional; ni formalizada ni sin formalizar, ni general ni sectorial. Incluso es discutible que exista una auténtica «comunidad» internacional, pero aunque existiera (en alguna medida, nosotros diríamos que sí), debe notarse que no porque haya comunidad hay automáticamente constitución (como tampoco es cierto, *sensu contrario*, que no pueda haber constitución sin previa comunidad), o de lo contrario habría que concluir que todas las comunidades que han existido a lo largo de la historia han tenido constitución, lo cual va directamente contra la evidencia y el sentido común. La *universitas christiana* medieval era una comunidad, como también lo es la *umma* musulmana, pero ambas sin constitución. Vitoria y Suárez escribían desde la creencia, todavía pre-estatal, en la sociabilidad y comunidad de todos los hombres y en particular de los europeos cristianos,

<sup>25</sup> Espero que mi condición de ciudadano de la Unión Europea no me nuble la vista.

pero a partir de Westfalia, y muy en especial a partir de 1914-1918, la idea de comunidad internacional ha pasado momentos difíciles. La identidad europea existe, pero no es la única ni la más fuerte que tienen los europeos y no conduce inevitablemente, como si se tratara de una ley física, a una Constitución formal europea.

Dicho esto, tampoco sería realista negar la existencia de indicios, fragmentos o gérmenes de constitucionalidad internacionales o globales. El constitucionalismo multinivel de nuestros días es como un edificio de pisos: en el más bajo estarían las comunidades autónomas, regiones, *Länder* o equivalentes; en el siguiente, los Estados; en el tercero, la Unión Europea, y en el cuarto piso —el más reciente, todavía sin techos ni paredes— los por ahora muy escasos factores de un constitucionalismo global. No parece arriesgado sostener que se está produciendo una cierta constitucionalización del derecho internacional, particularmente en algunos campos<sup>26</sup>. Entre esos indicios y fragmentos de una constitucionalidad global cabe mencionar la OMC, el derecho penal internacional, las tendencias hacia jurisdicciones universales y en particular el Tribunal Penal Internacional, los derechos humanos y la joven Responsabilidad de Proteger. Para nosotros, es como si la Unión Europea hubiera tenido una especie de «mala suerte» histórica: cuando todavía no ha terminado de consolidarse, ya despuntan en el mundo algunas tendencias que parecen desbordarla en algunos aspectos. El Imperio Romano se mantuvo estable durante siglos; la *universitas christiana*, también; el Estado, una vez consolidado, gozó de unos trescientos años, desde Westfalia a las Guerras Mundiales, de señorío conceptual indiscutido, en los cuales segregó la ubicua Teoría del Estado, cuyo modelo todavía hoy sobrevive y lastra nuestra comprensión de la integración europea. En cambio, los hados no han concedido a la Unión Europea ni un siglo de soledad indiscutida para consolidar y teorizar su integración. Pronto existirá, si es que ya no existe ahora en alguna medida, un modesto derecho penal de la Unión Europea<sup>27</sup>, pero de momento eso es poco en comparación con el hecho de que desde 1945 no ha parado de crecer y formarse, aunque con altibajos, un derecho penal internacional.

<sup>26</sup> Ver Klabbers, Jan, Peters, Anne, y Ulfstein, Geir. *The Constitutionalization of International Law*. Oxford, 2009; Peters, Anne; Aznar, Mariano, y Gutiérrez, Ignacio (eds.). *La Constitucionalización de la Comunidad Internacional*, Valencia, 2010, esp. "La Comunidad Internacional", págs. 93-119, por Christian Tomuschat, y "Las consecuencias de la globalización para el debate constitucional europeo", por Christian Walter, págs. 176-205; por último, Uepmann-Witzack, Robert, "The Constitutional Role of International Law", en las págs. 131-167 de Bogdandy-Bast (eds.), cit.; esp. págs. 137 ss., sobre la OMC, y 150 ss., sobre el CEDH.

<sup>27</sup> El Tratado de Lisboa prepara el camino para ello al suprimir los pilares, con lo que la materia correspondiente a Derecho penal, antes en el tercer pilar, quedará comunitarizada. El artículo 83 del TFUE contempla directivas —o sea, procedimiento legislativo ordinario— en materia de Derecho penal (sólo para ciertos delitos). La Carta de Derechos también se pronuncia sobre cuestiones penales en sus artículos 48 a 50. Véase Ester Herlin-Karnell, "What Principles Drive (or Should Drive) European Criminal Law?", *German Law Journal* 11, 2010, 1115-1130. Por otro lado, debe recordarse que la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa (2009) reserva el derecho penal al Estado alemán y sostiene que forma parte de las materias que pertenecen a la «identidad constitucional» germana (parágrafos 352 ss., 358: las competencias que en esas áreas concedan los Tratados a la Unión "deben ser interpretadas restrictivamente —bajo ningún concepto extensivamente—, y su uso requiere una particular justificación"). Por si ello fuera poco, también existen ya sentencias del Tribunal de Justicia que tienen algún contenido penal, siquiera indirecto.

Este hecho —el proceso de constitucionalización europea parece ser «alcanzado» por uno paralelo de constitucionalización internacional, por tímido que sea (y ya no lo es)— podría implicar que la Unión nunca llegue a ser un verdadero Estado, ni siquiera en el caso de que triunfasen por completo las tendencias llamadas federalistas. Nunca formará una comunidad política monista con una constitución «impermeable» al resto del mundo, una constitución que desenvuelva su vida ignorando el mundo exterior y regulando el interior sin interferencia alguna. Quizá nunca llegue a ser constitucionalmente «perfecta» (en el sentido original de *perficio*), acabada, sin fisuras. Y tal vez no haya nada de malo en todo ello, pues en realidad sólo ha sido así el Estado, o más bien unos pocos Estados del siglo XIX.

Otra razón por la que es improbable que la Unión llegue a consolidarse como un auténtico Estado es que la OMC, el derecho penal internacional y los tribunales internacionales no sólo afectarán a la Unión Europea como tal sino también a sus Estados miembros individualmente, e incluso, según sea el caso, a sus ciudadanos. Algo así como si las tendencias a la jurisdicción universal o al derecho penal internacional vayan a desarrollarse solapándose con la constitucionalización europea pero con independencia de ella, de manera que —por ejemplo— la Unión, si las cosas siguen así, nunca podrá exigir a un tribunal penal internacional que sin su consentimiento se abstenga de juzgar a ciudadanos europeos. En qué medida pueda aplicarse esto a otros países y otros continentes, es otra cuestión que por ahora habrá de esperar a mejor ocasión.

## Conclusión

A juzgar por la experiencia de otros procesos de integración federal que no han sido conducidos con mentalidad estatista —Estados Unidos, y más aun Canadá—, la relación entre constituciones estatales y Constitución de la Unión seguirá sin ser unívoca, simple ni rectilínea; seguirá planteando problemas durante mucho tiempo. Como decíamos al principio de este trabajo, para explicar esa relación no bastará invocar sin más la cláusula de primacía, las reglas *lex superior derogat inferiori* o *lex posterior derogat anteriori*, ni tampoco la relación norma originaria – norma derivada. Mientras las constituciones nacionales no pierdan su identidad constitucional y no se conviertan en estatutos de autonomía, cartas otorgadas o legislación importante pero derivada (como los estatutos regionales italianos), estaremos ante un paisaje postmoderno y pluriconstitucional. Para ayudarnos a articular ese panorama postestatal en el que ya estamos viviendo podrían ser de utilidad los siguientes criterios y principios constitucionales (que quizá puedan tener interés también fuera de nuestra Unión):

—principio de subsidiariedad, formulado como: «no haga el mayor lo que pueda hacer el menor, a menos que lo haga intolerablemente mal» (cuándo se alcanza lo «intolerable», deberá ser decidido en primer lugar por los pares y vecinos del afectado y sólo en segundo lugar por el poder central de la Unión);

- principio de proporcionalidad, para que las intervenciones de la Unión en asuntos de los Estados guarden proporción con la magnitud del problema a resolver;
- interpretación de los poderes implícitos, inevitables en toda constitución federal, notablemente más restrictiva que hasta el presente;
- formulación expresa en los Tratados de la primacía del derecho de la Unión junto con su limitación a las materias de competencia federal y con la primacía de los Estados en las materias no atribuidas a la Unión;
- núcleos duros o cláusulas pétreas en las constituciones;
- dejar por principio todo micro-management a los Estados miembros y sus entes sub-estatales, aunque las competencias de la Unión —en aquello que los Estados no puedan resolver por sí mismos ni con sus vecinos en régimen de cooperación reforzada voluntaria— aumenten;
- que las constituciones y los altos tribunales estatales participen en la producción de la constitucionalidad europea como lo que son, partes alícuotas del poder constituyente de la Unión. Los Estados no deberán hacer como España —sentarse, ratificar y cumplir—, ni tampoco poner problemas y arrastrar los pies cuando les conviene, sino ejercer su parte de protagonismo y cooperar en la tarea de marcar el rumbo del buque, como Alemania;
- reconocer en los Tratados que las constituciones estatales forman parte de la Constitución de la Unión de forma similar al artículo 52 de la Constitution Act 1982 canadiense<sup>28</sup>;
- aclarar en los Tratados que en cada Estado miembro, la Constitución europea vigente en su territorio estará formada por el bloque de la constitucionalidad europea y también por el bloque de la constitucionalidad de ese Estado.

Santiago de Compostela y Santiago de Chile, junio 2011

<sup>28</sup> Este muy citado artículo es particularmente interesante porque al mismo tiempo que en su número 1 afirma la supremacía de la Constitución federal sobre toda otra ley (*"any law"*); por cierto que sin mencionar las constituciones estatales, al revés que la Cláusula de Supremacía americana), en el 52.2 nos informa de que esa Constitución suprema incluye las leyes y órdenes (y sus enmiendas) mencionadas en un Anexo al que allí se refiere, entre ellas varias constituciones provinciales.