

La función de los conceptos constitucionales de los Estados miembros en la nueva constitución para Europa¹

Jacques Ziller. (Instituto Universitario Europeo)

Sumario: 1. **Introducción.** 1.1. Conceptos constitucionales. 1.2. El papel de los conceptos jurídicos nacionales en la Constitución de las Comunidades Europeas y en la de la Unión Europea. 1.3. La dificultad de identificar influencias de conceptos constitucionales nacionales en la Constitución Europea. 2. **De la Convención Europea al Tratado de Roma II: el papel de los conceptos constitucionales nacionales en el método de redacción y en la forma del Tratado constitucional.** 2.1. Los Tres Mosqueteros: los miembros de la Convención Europea como vectores de los conceptos constitucionales nacionales en la fase de redacción. 2.2. El imperio contraataca: las CIG como dueñas de los Tratados en la fase de aprobación. 2.3. El concepto de Constitución. 3. **Conceptos constitucionales nacionales que han entrado en la Constitución para Europa.** 3.1. No tan desconocido: Las instituciones de los Estados Miembros como modelos para la configuración institucional de la Constitución para Europa. 3.2. Más allá de la Carta: los conceptos jurídicos de los Estados miembros en la protección y en la promoción de los derechos de los ciudadanos europeos. 3.3. Pesos y contrapesos europeos: los conceptos nacionales en la delimitación vertical de competencias entre las instituciones de la UE. 3.4. Federalismo europeo: los conceptos jurídicos nacionales en la delimitación horizontal de competencias.

1. *Introducción*

1.1. **Conceptos constitucionales**

Resultaría bastante difícil encontrar una definición de la noción conceptos constitucionales que pudiera ser compartida por la mayo-

¹ Traducido del inglés por Violeta Ruiz Almendral. Profesora de la Universidad Carlos III de Madrid. Las expresiones y citas en otros idiomas distintos del inglés se han dejado como estaban por deseo expreso del autor.

ría de los Estados miembros de la Unión Europea. Incluso, a medida que los contornos del Derecho Constitucional varían en el tiempo y el espacio, no resulta sencillo ir más allá de la afirmación que se encuentra en la raíz misma del constitucionalismo europeo; la contenida en el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789: «Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no se encuentra asegurada, ni la separación de poderes delimitada, carece de Constitución». Claro que es posible, y legítimo, contemplar la Constitución para Europa (CpE) como una serie de pasos para garantizar los derechos en la Unión Europea (UE), y la separación de poderes, por ejemplo, porque ordena la relación entre *les gouvernants et les gouvernés* además de establecer un sistema de pesos y contrapesos entre las instituciones². En este trabajo se considerarán conceptos constitucionales todos aquellos conceptos existentes en los Estados miembros de la UE cuya función es garantizar los derechos y la separación de poderes en la organización social del Estado. Así, se tratará de desvelar la función de los citados conceptos en la Constitución que se propone para la nueva Unión Europea, que ha de servir de nuevo marco para la organización social formada por Estados y por pueblos a nivel europeo.

En el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, puede que estos conceptos se encuentren formulados de manera expresa en la Constitución en sentido formal³ —cualquiera que sea su denominación: constitución, norma básica, normas constitucionales u otra— o

² Ésta es la línea seguida en: J. ZILLER: *La nuova Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 1º ed. 2003, y 2º ed. 2004; Versión francesa: *La nouvelle Constitution européenne*, La Découverte, Paris, 2004.

³ Para versiones en lengua extranjera de las Constituciones de los Estados miembros de la UE, véase entre otros: C. GREWE & H. OBERDORFF (eds.): *Les Constitutions des Etats de l'Union européenne*, La Documentation française, Paris, 1999; S. GILCART, E. CEREXHE & L. LE HARDY DE BEAULIEU: *Douze constitutions pour l'Europe*, Kluwer Belgique, Bruxelles, 1994 (aunque algunos textos se han quedado obsoletos, las introducciones siguen siendo muy útiles); III: *Die Verfassungen der EG-Mitgliedstaaten*, Beck-Texte im DTV, München, 1996; y los portales de conocimiento: «After 2004:..The Integration of the European Constitutional Treaty into the National Constitutions»: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/NCR/portada.htm>; y «Conseulaw»: <http://www.iue.it/OnlineProjects/LAW/conseulaw/>

en el *bloc de constitutionnalité* — concepto empleado principalmente en Francia y en España. Asimismo, puede que adopten la forma de derecho judicial (*judge-made law*), esto es principios inferidos por los jueces y que sólo se encuentran recogidos por escrito en la jurisprudencia constitucional o, en ocasiones, de los tribunales ordinarios. Evidentemente, la práctica política también es una fuente relevante de conceptos constitucionales, no sólo en el Reino Unido, donde las convenciones constitucionales aún representan una parte muy importante del derecho constitucional, sino también en Estados miembros donde existen cartas constitucionales escritas relativamente detalladas y recientes. Un ejemplo evidente de convención constitucional es la extendida costumbre de que los gobiernos dimitan después de las elecciones generales, lo que constituye un relevante rasgo de responsabilidad parlamentaria que raramente se encuentra así formulado en las constituciones escritas, pero que se aplica de hecho en todos los Estados miembros. En muchos casos, es incluso posible que los conceptos constitucionales de los Estados miembros sólo puedan encontrarse expresamente formulados en la doctrina, siempre que exista un amplio consenso acerca de la propia existencia y el significado de un concepto; normalmente esto será así cuando los mencionados conceptos se encuentren citados, casi de manera unánime, en los manuales sobre la materia.

Esta pluralidad de fuentes constituye en sí misma un factor que a menudo dificulta el poder reconocer los conceptos constitucionales desde una perspectiva comparada⁴, y esto está empeorando a consecuencia de las diferentes delimitaciones sub-disciplinares entre el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho internacional y el derecho penal, o incluso, en ocasiones, entre el derecho público y el privado. Formalmente, algunos principios se consideran parte del derecho constitucional en un país, parte del administrativo en otro, pero las fronteras son demasiado contingentes como para poder ser tenidas en cuenta. El ejemplo típico en este sentido es la del derecho electoral para el gobierno municipal. A menudo, este orden

⁴ Hasta donde alcanza mi conocimiento, el mejor trabajo en este campo es todavía C. GREWE & H. RUIZ FABRI: *Droits constitutionnels européens*, PUF, Paris, 1995, que trata toda la antigua Europa occidental.

de gobierno se considera una materia de naturaleza administrativa, no constitucional —como lo demuestra el empleo de la fórmula «elecciones administrativas» en varios Estados miembros, como Francia o Italia. Los problemas anudados a esta diversidad se reconocen por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) y por la doctrina, que tienen que bregar con los principios constitucionales comunes a todos los Estados miembros.

Más allá de los *principios*, la noción de *concepto* añade una dimensión más genérica que facilita establecer una delimitación clara. En algunos países, un concepto puede encontrarse claramente definido en un sentido jurídico estricto, mientras que en otros el mismo concepto pertenece al campo de la teoría del derecho. Un ejemplo excelente en este sentido es el concepto de separación de poderes: claramente es común a todos los Estados miembros, pero sus consecuencias varían en gran medida de un país a otro. En Estados tan diferentes como Francia y Suecia, el citado principio se encuentra en la misma raíz de la separación entre tribunales administrativos y tribunales «judiciales», mientras que en Dinamarca, España o el Reino Unido constituye una de las bases de un sistema judicial unitario que adopta formas muy diversas. En Alemania, la separación de poderes forma parte de un concepto más amplio, el del orden constitucional liberal y democrático (*freiheitlich demokratische Grundordnung*), que ha sido definido extensamente por el Tribunal Constitucional federal en su Sentencia de 1952 sobre la prohibición del partido comunista⁵. Según esta Sentencia, el orden constitucional liberal y democrático implica la responsabilidad parlamentaria del Gobierno, prohibiendo así, parece, un gobierno de tipo parlamentario/presidencial, una prohibición que en este caso puede ser fácilmente explicada por la historia de la República de Weimar, pero que sería desconocida para otros Estados miembros, aunque todos tengan un sistema parlamentario de gobierno.

Para complicar aún más las cuestiones metodológicas, algunos ordenamientos jurídicos reconocen expresamente la existencia de

⁵ Decisión de la Sala (*Senat*) primera del BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, de 23 de octubre de 1952.

principios constitucionales—como Alemania o, parece, Italia—mientras que otros desde luego no aceptarían ni siquiera la idea de una esfera supra-constitucional —como Bélgica u Holanda, por ejemplo— y mientras que la misma cuestión es aún objeto de acalorados debates en otros Estados, como Francia.

En fin, hay bastante margen para el desacuerdo acerca de qué sea un concepto constitucional y qué no, y por eso este artículo se desarrolla sobre la base de una metodología fundamentalmente intuitiva, y no sobre una mecánica *reine Rechtslehre*.

1.2. El papel de los conceptos jurídicos nacionales en la Constitución de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea

Los conceptos jurídicos nacionales, y desde luego los conceptos constitucionales, han ejercido una relevante influencia sobre los redactores de los Tratados de la Comunidad Europea (CE) y de la Unión Europea (UE), así como sobre la jurisprudencia del TJCE, y sobre la Comisión al redactar las normas, un hecho que es sobradamente conocido por todos los especialistas en derecho comunitario. A los efectos de este trabajo, resulta preciso realizar un breve sumario, sin carácter exhaustivo, de las citadas influencias, porque la CpE es mucho más el resultado de una consolidación y codificación de los principios jurídicos de la UE y la CE ya existentes, que un ejercicio de cambio institucional.

La personalidad de los redactores de los tratados de la CE explica porqué y cómo los conceptos constitucionales han encontrado reflejo en los Tratados fundamentales: mientras los diplomáticos han representado su papel, los juristas han tenido una influencia muy intensa que puede ilustrarse a partir de dos figuras clave entre los colaboradores de Jean Monnet. Junto al economista y periodista Pierre Uri, que según las Memorias de Monnet⁶ fue uno de los principales precursores del Plan Schuman y de la Comunidad Europea del

⁶ JEAN MONNET, *Mémoires*, Fayard, Paris, 1976.

Carbón y del Acero (CECA), Paul Reuter, catedrático de Derecho público, ideó el marco institucional de la Alta Autoridad y del Consejo, el elemento clave del método comunitario, a que se hace referencia en el artículo I-1 de la CpE. Paul Reuter, que posteriormente llegó a ser uno de los abogados más reconocidos de Derecho Internacional Público francés, fue Catedrático de Derecho Constitucional y Administrativo, así como de Derecho Financiero y Tributario. El sistema de recursos judiciales de la CECA fue diseñado por Maurice Lagrange, miembro del *Conseil d'Etat*, que posteriormente llegó a ser Abogado General en el TJCE. El diseño francés inicial fue entonces negociado con el Gobierno alemán y con los de los cuatro otros futuros Estados miembros: Bélgica, Italia, Luxemburgo y Holanda. Georges Vedel, otro Catedrático de Derecho Constitucional y Administrativo, se encontraba entre los consejeros del Gobierno francés que participaron en el diseño de la Comunidad Económica Europea. El Tratado de Roma ya muestra una influencia mucho más diversificada de la que tenía el Tratado de París. Un ejemplo sorprendente es el hecho de que el sistema de cuestiones prejudiciales se propuso en la Conferencia de Messina por la delegación italiana, sobre la base de la experiencia de su país en materias relacionadas con las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por Tribunales ordinarios ante la *Corte Costituzionale*.

Más allá de la colaboración en su diseño de Paul Reuter, se puede encontrar una clara influencia francesa en el sistema institucional de las Comunidades, basado en lo que ahora se denomina, por influencia norteamericana, el «modelo de agencia»: la experiencia de las «*administrations de mission*», tomando como modelos el *Commissariat général du Plan* y la *Secrétariat général du comité interministériel pour la coopération économique européenne (SGCI)*. Ambas organizaciones fueron creadas para gestionar los fondos del Plan Marshall, en el que Jean Monnet había participado por su experiencia en la coordinación de la logística de los Aliados durante las dos guerras mundiales. Claramente los excelentes contactos de Jean Monnet con políticos y altos funcionarios estadounidenses explican en ese caso porqué se importó el modelo de agencia estadounidense a Francia. No es sorprendente que el sistema comunitario de control judicial copie, en muy buena medida, el sistema de Derecho administrativo francés entonces vigente, según había sido desarrollado por el *Conseil d'Etat*,

institución de donde procedía Maurice Lagrange. Esto es particularmente evidente con la institución del Abogado General, trasladada del *Commissaire du gouvernement* en el *Conseil d'Etat*, así como en los motivos de nulidad enumerados en el artículo 173 (1) del Tratado que establece la Comunidad Económica Europea (TCEE), en la actualidad 230(2) del Tratado que establece la Comunidad Europea (TCE), y aún presente en el artículo III-365 (2) de la CpE.

La influencia francesa se puede encontrar también en el sistema de control judicial preventivo de los acuerdos externos: el sistema en sí fue introducido en 1958 en la nueva Constitución francesa, pero ya venía siendo objeto de discusión en los círculos del Derecho constitucional desde hacía algunos años. El origen italiano del sistema de cuestiones prejudiciales del artículo 177 del TCEE está documentado en los archivos, si bien Alemania también dispone de un sistema de cuestiones prejudiciales para la revisión constitucional. Los límites para la competencia de los demandantes individuales en las acciones de nulidad del artículo 230 TCE —que contrasta con la actitud muy abierta del *Conseil d'Etat* en la misma materia— probablemente obedece a la influencia conjunta de juristas alemanes e italianos durante la negociación del TCEE y, más adelante, en el Tribunal de Justicia Europeo (TJE)⁷. Los principios generales del Derecho, mencionados en el marco de las reglas aplicables a la responsabilidad extra-contractual de la Comunidad, artículo 215(2), eran conocidos por todos los Estados miembros, y habían representado un papel esencial en el desarrollo del Derecho administrativo francés, un Derecho casi enteramente de creación judicial hasta las últimas décadas del siglo XX. Más adelante, representarían un papel preeminente en el Derecho de la UE/CE, no sólo sobre la base del artículo 215(2), sino también en la modalidad más genérica de principios generales del derecho comunes a los Estados miembros, que constituyen una relevante fuente de Derecho comunitario. Más adelante, las «tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros», del

⁷ Para más detalles, véase: J. ZILLER: «Dialectique du contentieux européen: le cas des recours contre les actes normatifs» en *Les droits individuels et le juge en Europe - mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 443-464.

artículo 6 TUE tras la revisión por el Tratado de Amsterdam constituyeron un desarrollo adicional de esta fuente del Derecho.

A la luz del artículo I-3 de la CpE, es oportuno mencionar el triple origen de las normas sobre competencia de la CE: aunque generalmente no se consideran conceptos constitucionales de los Estados miembros, los principios generales del derecho de la competencia — cuyos elementos más técnicos y detallados indudablemente provienen de Estados Unidos (EE.UU.)— están indirectamente enraizados en la Constitución alemana, como parte de su economía social de mercado. Un conjunto de reglas es sin embargo específico de la CE, y por eso no se encuentran en el derecho alemán ni en el de EE.UU., principalmente los principios referidos a las ayudas de Estado: no tienen equivalente alguno en el derecho constitucional federal, en ninguno de los dos países. Curiosamente, el precedente de esta clase de regla se encuentra en el derecho administrativo francés de origen judicial, concretamente en la jurisprudencia del *Conseil d'Etat* de principios de los años treinta acerca del «socialismo municipal»⁸— sin embargo, no hay ningún indicio de influencia francesa en el artículo 92-94 TCE.

De manera más clara y directa, el TCEE asumió la distinción francesa entre departamentos de ultramar (*départements d'outre-mer*) y territorios de ultramar (*territoires d'outre-mer*) en el artículo 227(2-3) TCEE, que se encuentra en la raíz de la distinción entre regiones periféricas y territorios de ultramar en el artículo 299 (2-3) del TCE tras Amsterdam, desarrollado posteriormente por el artículo IV-440 de la CpE. Con las ampliaciones, otras influencias comenzaron a introducirse en los Tratados, pero el papel de las tradiciones jurídicas de los miembros fundadores continuó siendo importante. Esto es especialmente cierto en el caso de la extraordinaria influencia que ha ejercido el derecho constitucional alemán en las nuevas constitucio-

⁸ Para más detalles, véase : J. ZILLER : «Mondialisation et interventions publiques dans le marché —Du contrôle juridictionnel de l'intervention publique à l'encadrement juridique par l'intégration économique régionale ou globale: aides publiques et fiscalité— quelques pistes pour un programme de recherche» en *Revue Internationale De Droit Economique*, 2-3, 2002, número especial sobre: *Mondialisation Et Droit Econmique*, p. 316-328.

nes del último cuarto del siglo XX (Grecia, España y Portugal en los setenta, y los países del centro y del este de Europa en los noventa), sobre todo en materia de reforma constitucional, derechos fundamentales y mecanismos parlamentarios. Los conceptos constitucionales alemanes se encuentran muy presentes en el Derecho de la UE con la evolución hacia una Unión más política: es sobradamente conocido que los principios de proporcionalidad y subsidiariedad tienen origen alemán, aunque de una manera muy distinta. La proporcionalidad constituye un elemento clásico del control judicial alemán en el derecho administrativo y constitucional⁹. Se ha impuesto de manera muy evidente en la jurisprudencia del TJE, antes de ser asumido en la mayor parte de los sistemas jurídicos nacionales y antes de su consagración en el artículo 3B TCE con el Tratado de Maastricht. Por el contrario, el principio de subsidiariedad no se encuentra formulado en el derecho básico alemán, si bien resulta evidente que constituye el principio que rige las distintas alternativas existentes en el ejercicio de las competencias compartidas. Es también generalmente sabido que su incorporación al Derecho de la CE fue sugerida por el Presidente de la Comisión Europea, Jacques Delors, en 1987, durante su visita a los *Länder* alemanes. El mecanismo de la doble nacionalidad también encuentra su precedente más directo en los conceptos constitucionales alemanes, aunque está basado en propuestas realizadas por España y la Comisión Europea durante la Conferencia intergubernamental (CIG) de 1991. La ciudadanía europea se adquiere únicamente a través de la ciudadanía de un Estado miembro; de la misma manera, el artículo 3 de la Constitución de 1871 del Imperio alemán creó una ciudadanía similar, con consecuencias también similares en el Imperio a las de la ciudadanía europea en la Unión. No sería hasta 1913 cuando una reforma del derecho alemán sobre ciudadanía (*Staatsangehörigkeitsgesetz*) creó una ciudadanía del Imperio directa, que podía ser adquirida por personas que no eran ciudadanos de algún estado parte del Imperio. Es bastante probable

⁹ Véase, entre otros : D.-U. GALETTA: *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998; J. ZILLER: «Le principe de proportionnalité» en *Droit Administratif et Droit Communautaire, Actualité Juridique, Droit administratif* –Número especial, junio 1996, pp. 185-188.

que este precedente fuera suficientemente conocido en Dinamarca como para fomentar la hostilidad hacia cualquier evolución de la Ciudadanía Europea, lo que se pone de manifiesto en la declaración danesa en la cumbre de Edimburgo de 1992, y que sirvió como base para el segundo referendun sobre la ratificación del Tratado de Maastricht.

La influencia francesa resulta particularmente evidente en el concepto de servicios de interés general, cuya historia es la típica de la mezcla de influencias en el Derecho de la CE/UE. La noción francesa de *service public* es única en el sentido de que está íntimamente unida a la manera en que el *Conseil d'Etat* ha desarrollado su ámbito competencial tanto para el control judicial como para la responsabilidad pública. De esta manera, ha tenido consecuencias jurídicas muy diversas de las que las mismas palabras suelen tener en otros ordenamientos jurídicos (*servizio pubblico* en Italia, o incluso *service public* en Bélgica). Es más, la traducción al alemán y al holandés pueden generar bastante confusión, un elemento que obviamente han tenido presente los juristas que redactaron la versión holandesa del Tratado de Roma: en el artículo 77 (antiguo 73) del TCE, el texto se refiere al «concepto de “*public service*”», que aparece entrecomillado, subrayando así que se trataba de una noción ajena al Derecho holandés. A cambio, esto explica porqué el artículo 86 (antiguo 90) del TCE —que obviamente ha recibido mayor atención en el proceso de elaboración—, hace referencia a «servicios de interés económico general», pues, a diferencia del concepto de servicio público, la noción de interés general era común a todos los Estados miembros. Durante años, la doctrina francesa ha discutido intensamente acerca de esta diferencia de vocabulario, antes de darse cuenta de que, con palabras diferentes, no era incompatible con la noción francesa de «*service public industriel et commercial*». Una vez entendido esto, el gobierno francés luchó por la inclusión de la nueva cláusula para proteger dichos servicios, que se ha convertido en el artículo 16 TCE tras el Tratado de Amsterdam.

Finalmente, aunque no por ello menos importante, los conceptos constitucionales suecos han cobrado una gran relevancia en los Tratados de la UE, incluso antes de que este Estado entrara en la Unión en 1995: el Defensor del Pueblo europeo fue creado por el Tratado de Maastricht por iniciativa danesa, pues por su parte Dina-

marca había adoptado esta institución sueca, de casi dos siglos de antigüedad, en 1954. La influencia directa sueca se puede apreciar en el establecimiento del derecho de acceso a documentos en el TCE por el Tratado de Amsterdam (artículo 255 TCE).

1.3. La dificultad de identificar influencias de conceptos constitucionales nacionales en la Constitución Europea

Obviamente, los conceptos constitucionales de los Estados miembros no se pueden limitar a sus constituciones actuales, incluso si nos referimos a la CpE de 2003-2004. Las influencias directas e indirectas en el desarrollo del marco constitucional de la CE/UE provienen de personas que tienen una cultura política, histórica y jurídica procedente a menudo no sólo de sus propios países, sino también de otros, aunque sea en forma de lugares comunes. Esta situación ha sido ilustrada con la poco afortunada referencia a la contraposición entre el derecho común (*common law*) y el derecho civil continental, que se introdujo en el fundamento jurídico de la cooperación judicial en asuntos penales (artículo III-270 CpE), pero que fue finalmente suprimida en el proyecto final enviado a la cumbre de 18 de junio de 2004. La diversidad de grupos y personas que estuvieron implicadas en la preparación, bastante abierta, de la CIG de 1996-1997 que dio lugar al Tratado de Amsterdam, y mucho más claramente en la Convención Europea de 2003-2004, permite una mayor variedad de influencias constitucionales de lo que permiten normalmente las conferencias diplomáticas. Estas últimas se preparan bajo unas condiciones que propician la influencia y el control de diplomáticos y abogados internacionalistas que tienen un idioma común, en mucha mayor medida que los políticos y los abogados constitucionalistas.

Así, es bastante posible que los conceptos constitucionales nacionales incluyan la experiencia histórica, incluso remota: el hecho de que varios países europeos hayan conocido sistemas de monarquías absolutas o el impacto de las revoluciones en Francia, Alemania o España, por ejemplo, ofrecen un amplio elenco de conceptos pasados y presentes. Por lo tanto, la experiencia de los regímenes autoritarios y totalitarios tiene que encontrarse presente en algunos rasgos o

características que sólo pueden comprenderse desde la reacción a las «dolorosas experiencias» a que hace alusión el Preámbulo de la CpE en su formulación final. Esto significa, entre otras cosas, que el papel de los conceptos constitucionales nacionales puede haber sido el servir como modelo directo, que haya inspirado el/los precepto(s) más relevantes de la CpE, o de manera más indirecta, el de haber hecho aceptables las propuestas del Praesidium para los miembros de la Convención, o haber hecho interesantes las propuestas de los miembros individuales para el Praesidium.

Pero el intento de evaluar el papel de los conceptos nacionales en la CpE no puede limitarse a las influencias explícitas y directas. Incluso un análisis basado en una sólida metodología de las ciencias sociales no descubriría la influencia inconsciente de los no «expertos» en Derecho de la UE y política. Este artículo tampoco se limitará al texto final tal y como ha sido adoptado por la CIG: algunas de las ideas discutidas en la Convención pueden reaparecer en el futuro —en especial la idea de un Consejo Legislativo bien puede aflorar de nuevo y rápidamente a la superficie. Algunas de las propuestas realizadas por la Convención, que han sido suprimidas por la CIG, pueden también servir como una innovación ya preparada para poder justificar un segundo referendun para el caso en que «uno o más Estados miembros hayan encontrado dificultades en el proceso de ratificación», según se previó en la Declaración núm. 30 «sobre la ratificación del Tratado que establece una Constitución para Europa». En caso de que no surja ninguna de estas dificultades para la aprobación de la CpE, es todavía posible que, bastante pronto, se lleven a cabo revisiones, aunque las enmiendas al Tratado aún requieren la unanimidad tanto en la fase de firma como en la de ratificación. De hecho, la modalidad más rígida de procedimiento de reforma constitucional no se ha trasladado a la CpE, en especial la de las revisiones en términos fijos, como experimentaron Francia con la Constitución de 1848 y Portugal con la de 1974. Se podría pensar que tal procedimiento habría sido elegido por la Convención si sus miembros —incluido el Presidente— hubieran estado realmente convencidos de que estaban redactando una Constitución «para los próximos cincuenta años». En todo caso, este artículo se centrará únicamente en las propuestas que se encuentran bien en el proyecto de la Convención, bien en el texto final aprobado en junio de 2004 en la reunión del Consejo Europeo.

Finalmente, aunque no por ello menos importante, resulta especialmente difícil de estimar el papel de los conceptos constitucionales en la CpE debido al filtro lingüístico: determinadas versiones de los proyectos son más propensas a mostrar una vinculación directa entre una norma de la CpE y el concepto pertinente (por ej. la referencia a «autogobierno local y regional» en la versión alemana del artículo I-5 CpE). Por este motivo, ninguna versión puede considerarse más precisa que las demás, por mucho que la versión francesa haya servido como base para el texto final del Tratado¹⁰. Como mínimo, las versiones alemana, inglesa, italiana, francesa y española de la CpE deben ser tenidas en cuenta para localizar el origen de los conceptos. Pero los problemas lingüísticos no se limitan a las versiones divergentes, como lo demuestra el nuevo vocabulario para los instrumentos normativos. Los comentarios iniciales realizados por los juristas de la CE/UE que estaban trabajando con las versiones inglesas han sido más sensibles a los riesgos de confusión entre la normativa del TCE y la contenida en la CpE. De hecho, las expresiones «*Act of Parliament*», o «*statute*», se prefieren normalmente en Gran Bretaña (a diferencia de EE.UU.), frente a «*law*», mientras que los términos «*delegated legislation*» u «*order*» se prefieren a «*regulation*». Por el contrario, los políticos y los juristas que trabajaron en el resto de idiomas entendieron que el empleo de los términos «*Gesetz, legge, ley, loi*» etc. y «*Verordnung, regolamento, regolamento, règlement*» etc. eran muy útiles para aclarar el lenguaje de la UE, pues constituían referencias directas al vocabulario del respectivo derecho constitucional nacional.

Este artículo intentará ofrecer algunas indicaciones acerca del papel de los conceptos constitucionales nacionales en el método de redacción y en la forma del Tratado constitucional (apartado 2), antes de examinar los conceptos más evidentes tal y como se recogen en la

¹⁰ Esto se explica tanto porque su redacción de la parte I había sido enviada a la *Académie française* por Valéry Giscard d'Estaing entre la cumbre de Tesalónica de 20 de junio de 2003 y la sesión final de la Convención el 13 de julio, e incluso más porque el francés era la principal lengua de trabajo para los juristas durante la CIG, y para los diplomáticos durante la presidencia italiana en la segunda mitad de 2003, cuando se produjeron la mayor parte de los cambios al borrador de la Convención.

CpE, como modelos para el diseño institucional, para la protección y promoción de los derechos de los ciudadanos europeos, y los pesos y contrapesos en la delimitación horizontal y vertical de competencias (apartado 3).

2. De la Convención Europea al Tratado de Roma II: el papel de los conceptos constitucionales nacionales en el método de redacción y en la forma del Tratado constitucional

El parco comentario a las conclusiones de la cumbre de Tesalónica de 20 de junio de 2003, que se refería al proyecto de Convención como «una buena base» para la celebración de la CIG, no ofrecía ninguna indicación acerca del resultado final. Debido a las decisiones estratégicas adoptadas por la presidencia italiana, que había recibido el texto final completo del proyecto el 18 de julio de 2004, la CIG no se apartó demasiado, en líneas generales, del proyecto de la Convención. En todo caso, algunas enmiendas han modificado el equilibrio, tanto en términos políticos —dando algunos pasos hacia atrás con respecto de la «intergubernamentalidad», dominada por los intereses de los Estados miembros—, como en términos técnicos —desde una perspectiva de Derecho comunitario más clásica. Estos dos movimientos contradictorios se ponen de manifiesto de manera flagrante en la reformulación de los artículos I-5/I-6, con el establecimiento del principio de igualdad entre los Estados miembros por un lado —una exigencia en cuanto al nivel político—, y por otro lado la mayor preeminencia otorgada a los principios de lealtad a la Unión y primacía del Derecho de la Unión —una decisión adoptada por los juristas del Consejo. La situación política y el realismo del triunvirato que dirigió los trabajos de la Convención han evitado que esta última intente jugar a ser el nuevo *pouvoir constituant* de la Unión. Técnica-mente hablando, la CpE aún es una enmienda a la totalidad a los Tratados de la CE y la UE, y los Estados miembros aún tienen atribuida la función de *pouvoir constituant* debido a su papel de dueños de los Tratados. Sin embargo, y a diferencia de lo que ha sucedido en el pasado, el papel de los redactores ha cambiado. En pasadas CIG, la redacción de los borradores de los proyectos era

básicamente una atribución de la Secretaría del Consejo y de las oficinas nacionales de la presidencia del Consejo, en su mayor parte controladas por especialistas en Derecho comunitario¹¹; mientras que la mayor parte de la CpE es consecuencia de los trabajos de la Convención: seguramente esto ha permitido una mayor influencia de los conceptos constitucionales nacionales, por oposición a los conceptos *ad hoc* de la CE/UE.

2.1. Los Tres Mosqueteros: los miembros de la Convención Europea como vectores de los conceptos constitucionales nacionales en la fase de redacción

Cualquiera que haya leído «Los Tres Mosqueteros», de Alejandro Dumas, y haya seguido la Convención europea se habrá quedado sorprendido por el parecido entre Giscard d'Estaing con Athos (el hombre sabio mayor), de Dehaene con Portos (todo él músculo y carne), y de Amato con Aramis (el sutil intelectual). En la novela de Dumas un cuarto acompañante, que no es formalmente Mosquetero, representa un papel dominante: d'Artagnan. Más de treinta años después, el mismo d'Artagnan falleció en la sede de Maastrich, y por eso es perfectamente posible concebir que su espíritu haya permanecido en aquel lugar. En diciembre de 1992, el representante permanente británico ante la CE representó un papel discreto pero de gran importancia, seguramente investido con el espíritu de d'Artagnan: se trataba de Sir John Kerr, que posteriormente fue nombrado Secretario General de la Convención. Éstas fueron las cuatro figuras dominantes en la dirección del proceso de la Convención y en el establecimiento de los proyectos de los proyectos, predeterminando así la agenda en términos constitucionales y estratégicos.

¹¹ Véase entre otros, F. DELOCHE-GAUDEZ, «Le secrétariat de la convention européenne: un acteur influent», *Politique Européenne*, nº13, primavera 2004, pp. 43-67, disponible en: http://www.sciences-po.fr/recherche/forum_europeen/pdf/pol_eur_deloche.pdf.

2.1.1. *Juristas y no juristas en el liderazgo de la Convención*

Giuliano Amato, antes de convertirse en el político que dirigió el Gobierno italiano en dos ocasiones en un periodo de diez años, era catedrático de Derecho constitucional, y nunca dejó de ser un autor muy respetado en Derecho público y Derecho de la competencia. Su liderazgo en los Grupos de trabajo III sobre *Personalidad jurídica* y IX sobre *Simplificación*, así como su participación en el *Praesidium*, claramente le han supuesto importantes oportunidades para proponer conceptos con los que él ya estaba familiarizado. Siempre ha sostenido que una de las principales prioridades de la Convención debería ser hacer el Derecho de la UE más democrático y más accesible, siguiendo unas pautas que estuvieran bien establecidas y fueran conocidas para los ciudadanos europeos sobre la base de las experiencias nacionales. Jean-Luc Dehaene también es Doctor en Derecho, y esto, al igual que su experiencia en la política belga, explica su apoyo a una serie de propuestas. Valéry Giscard d'Estaing no es jurista, pero su interés en garantizar constitucionalmente la protección de la oposición —basado en su admiración por el sistema de Westminster— se ha puesto de manifiesto en las reformas que propició en Francia en ese sentido en los años setenta, y que además permitieron el desarrollo de un sólido sistema de control de constitucionalidad ejercido por el *Conseil Constitutionnel*. Este interés por la protección constitucional de la democracia parlamentaria también le llevó a representar un papel determinante en la promoción de la elección directa del Parlamento Europeo, así como a institucionalizar las reuniones del Consejo Europeo, sobre la base, entre otras, de propuestas presentadas por el *Comité d'action pour les Etats-Unis d'Europe* dirigido por Jean Monnet¹². Sir John Kerr tampoco es jurista, pero según sus colaboradores tiene una mente brillante¹³, capaz de comprender los conceptos constitucionales con gran rapidez: tras él estaba toda la Secretaría¹⁴ de la Convención. La diversidad entre la Secretaría y los métodos de trabajo y de coordina-

¹² MONNET, n. 6.

¹³ DELOCHE-GAUDEZ, n. 11 *supra*.

¹⁴ DELOCHE GAUDEZ, n. 11 *supra*.; H. BRIBOSIA, «A few Impressions of a *rédacteur* in the European Convention Secretariat», *EUI review*, invierno 2003, pp. 4-5.

ción, que Sir John evidentemente había importado de la tradición de Whitehall, seguramente han permitido una mayor influencia de las tradiciones nacionales que los métodos tradicionales de trabajo de las CIG. Estas últimas se apoyan en gran medida en la Secretaría General y en el servicio jurídico del Consejo, y por eso son más proclives a mejorar los conceptos de la UE ya existentes que a introducir conceptos nuevos provenientes de un entorno extraño.

Un estudio sistemático de la página web de la Convención seguramente ayudaría a realizar un seguimiento del *iter* que sigue un concepto a través de las contribuciones de los miembros de la Convención. Un sistema más desarrollado de indagaciones seguramente resultaría demasiado costoso, pues con toda probabilidad no arrojaría resultados distintos a los que se puedan obtener mediante la intuición y un rápido escrutinio del curriculum de los miembros de la Convención. La composición de la Convención refleja la amplia y diversa experiencia política y constitucional de los miembros de los parlamentos y los antiguos miembros de gobiernos. En lo que se refiere al grado de experiencia y conocimiento en Derecho Constitucional, los currícula pueden resultar engañosos.

Las entrevistas con miembros de la Convención seguramente mostrarían que una serie de cláusulas que pueden parecer inspiradas por consideraciones jurídicas concretas en realidad proceden de acciones tácticas o estratégicas llevadas a cabo por algunos miembros de la Convención y en especial por el Praesidium. Por ejemplo, es bien conocido que la mención de las «funciones esenciales del Estado» en el artículo I-5, que a primera vista parece una especie de reminiscencia de la doctrina francesa de las «condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía del Estado», sentada por el *Conseil Constitutionnel* francés, era llamada la «cláusula Christophersen» en el Praesidium. El que la propuso era el representante del Parlamento danés, Henning Christophersen, que actuó sobre la base de su experiencia como ministro del Gobierno danés, pero también como miembro de la Comisión Europea bajo la presidencia de Jacques Delors. Él había insistido en que su frase sería una condición para la aprobación danesa: sorprendentemente, su dicción también recuerda a la sentencia del Tribunal Supremo danés sobre el Tratado de Maastricht. El alto número de miembros de Parlamento en ejercicio en la Convención ciertamente explica el éxito de las propuestas que incrementaron

el papel del Parlamento Europeo, en la línea del *parlamentarisme rationalisé* europeo. Este efecto de masa crítica seguramente es más importante que las contribuciones individuales, por muy detalladas y jurídicamente precisas que fueran.

2.1.2. *El papel de los gobiernos, más limitado que de costumbre*

Es también sobradamente conocido que los gobiernos de los Estados miembros han tenido una influencia casi directa en novedades que fueron eventualmente adoptadas por la Convención. La más evidente es la contribución de los señores Joschka Fischer y Dominique de Villepin en enero de 2003, que evidentemente recogía las ideas de un Presidente permanente del Consejo Europeo y de un Ministro de Asuntos Exteriores. Sin embargo, este caso concreto demuestra la dificultad de identificar el concepto constitucional nacional que se encuentra detrás de tal novedad a nivel europeo. Un acercamiento simplista, a primera vista, subrayaría cómo son de opuestas las experiencias francesa y alemana: en Alemania el Presidente tiene claramente un papel únicamente formal, mientras que en Francia es el miembro más importante de un Ejecutivo bicéfalo, y por la misma razón, el Ministro de Asuntos Exteriores alemán está casi al mismo nivel que el Canciller —y ostenta el título de Vice-canciller desde hace décadas, mientras que el Ministro francés de Asuntos Exteriores se encuentra claramente subordinado al Presidente. En todo caso, Francia tiene tanto la experiencia de la rivalidad entre las dos cabezas del Ejecutivo en los denominados períodos de cohabitación, y la de un Jefe de Estado cuyos poderes estaban limitados a *l'inauguration des chrysantèmes*, de 1877 a 1958. De ahí la dificultad de llegar a una conclusión sin ambigüedades en relación con el origen franco-alemán de la propuesta.

2.1.3. *Expertos institucionales tras la escena*

Un rasgo muy relevante de la preparación de la CpE, que contrasta con las reformas previas de los Tratados, ha sido la limitada influencia de la Comisión en el resultado final, lo que se ha debido en gran medida a la ausencia de homogeneidad de la Comisión Prodi en

general, y más específicamente de la Constitución europea. La prueba más evidente de esta ausencia de acuerdos internos ha sido la presentación de la denominada propuesta «Penélope»¹⁵ como una contribución de Micher Barnier y Antonio Vitorino para Romano Prodi, y no para toda la Comisión.

En ocasiones anteriores, la interacción entre la Comisión y la Secretaría General del Consejo fue extremadamente intensa, tanto para la redacción de las nuevas bases jurídicas para la acción comunitaria, como para la formulación final de algunos cambios drásticos, ocultos tras el lenguaje especializado. Un ejemplo relevante de esto fue la redacción del artículo 100A TCE en el Acta Única Europea, que se debió a una negociación de última hora entre los Directores Generales de los Servicios Jurídicos de la Comisión, Claus-Dieter Ehlermann, y del Consejo, Hans Joachim Glaesner. Ambos se pusieron de acuerdo en la mención de «medidas» como instrumentos de aproximación de legislaciones, en lugar de quedarse únicamente con el instrumento de la Directiva tal y como estaba previsto en el artículo 100 del Tratado de Roma, un cambio en apariencia nimio que sin embargo tuvo una gran relevancia en el ámbito de aplicación del artículo 235 TCE¹⁶. Los especialistas en Derecho comunitario evidentemente disfrutaban con los detalles refinados que se encuentran tras la selección de una palabra en concreto en lugar de otra, pero lo cierto es que al mismo tiempo es evidente que esta clase de refinamiento no contribuye a la claridad de cara a los ciudadanos, lo que sigue siendo un objetivo en la redacción constitucional —si bien muy difícil de conseguir. Este tipo de influencia de los expertos está lejos de encontrarse ausente de la CpE, especialmente en la parte Tercera, que

¹⁵ *Etude de faisabilité contribution à un avant-projet de constitution de l'union européenne* — «Document de travail à la demande du Président Prodi et en accord avec MM. Barnier et Vitorino, ce document a été élaboré par un groupe de travail placé sous la responsabilité de François Lamoureux et composé de Marie Lagarrigue, Paolo Stancaelli, Pieter Van Nuffel, Alain Van Solinge, avec l'assistance technique de Marguerite Gazze» 04/12/2002. El documento lleva la advertencia: «el presente estudio de posibilidad no vincula a la Comisión europea».

¹⁶ Véase J. DE RUYT, *L'Acte unique européen*, Bruxelles, 1989, pp. 167-168, que sin embargo no menciona el papel de los dos directores generales.

ha sido redactada básicamente por seis juristas elegidos por la Comisión, el Consejo y el Parlamento (los juristas de la Comisión habían sido también miembros del equipo que redactó el proyecto Penélope). Sin embargo, la primera parte de la CpE es en mayor medida inmune a este refinado juego de juristas, un rasgo que acarrea fuertes críticas de muchos especialistas, pero también alabanzas de otros.

2.1.4 Sociedad civil versus Democracia representativa

Uno de los posibles fallos del método de la Convención, si se compara con las opiniones expresadas inicialmente por sus valedores, parece haber sido la limitada importancia de su «Foro». Pero esta valoración puede variar en función de las actitudes de los comentaristas en relación con la democracia representativa, un concepto constitucional de primer orden que tiene un papel dominante en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la UE, si se compara con las tradiciones estadounidense y suiza, que permiten un mayor margen de actuación para la democracia semi-directa. El artículo I-46 de la CpE ciertamente constituye una de las influencias más evidentes de los conceptos constitucionales de los Estados miembros en la nueva Constitución. Dicho esto, la sociedad civil no se ha encontrado ausente de las influencias de la Convención, en especial Jean-Luc Dehaene realizó un importante esfuerzo para canalizar sus propuestas al Praesidium.

Pero la limitada influencia del Foro no debería confundirse con el limitado papel del mundo académico: el número de especialistas de Derecho comunitario y constitucional que no han sido consultados es necesariamente más elevado que el de los que sí han sido entrevistados por grupos de trabajo o que han trabajado abiertamente como expertos para algunas delegaciones, y que por lo tanto pueden ser fácilmente identificados examinando los documentos de la Convención. Pero los segundos seguramente reconocerán algunas de las propuestas en el borrador de la Convención.

2.2. El imperio contraataca: las CIG como dueñas de los Tratados en la fase de aprobación

2.2.1. Los juristas y la restauración del Derecho comunitario

Muchos juristas especializados en Derecho comunitario seguramente han acogido favorablemente la revisión general del texto de la Convención llevada a cabo en septiembre de 2003 por la Secretaría General del Consejo, y que continuó junto con expertos nacionales, que ha dado lugar al Documento CIG53/03, la auténtica base para la negociación de la CIG. Otros, y en especial quienes estaban a favor de utilizar el lenguaje y los conceptos del Derecho constitucional de los Estados miembros tanto como fuera posible, tenían razones para estar preocupados cuando vieron lo que habían hecho los expertos con conceptos tan importantes como los contenidos en el artículo 10 del proyecto de la Convención (principios de lealtad y de supremacía) o con algo tan insignificante aunque sutil como la numeración separada de las cuatro partes de la Constitución y la ausencia de números romanos antes de los artículos de la parte 1. Además de ser la consecuencia de la profesionalidad no discutida, necesaria para poder producir el texto final que la Secretaría de la Convención no había tenido tiempo de revisar en profundidad, estos cambios eran una muestra de un conservadurismo profesional bastante lógico. En el fondo, sin embargo, sólo el cambio de lugar del artículo 10 modifica realmente el equilibrio entre conceptos constitucionales y conceptos comunitarios: otros cambios se pueden calificar de cualquier manera.

2.2.2. El impacto mixto de la CIG

Había una preocupación incluso mayor tras la reunión preparatoria de la CIG que tuvo lugar el 5 y 6 de septiembre de 2003 en Rive del Garda, donde los Ministros de Asuntos Exteriores rápida y felizmente aniquilaron el Consejo legislativo sin ofrecer ninguna explicación. La firme intención de la Presidencia italiana de seguir el texto de la Convención en todo lo posible no fue suficiente para evitar compromisos que estaban otorgando mayor peso al deseo de salvaguardar los intereses nacionales. La CIG introdujo algunos pequeños cambios, fundamentalmente en la esfera de los procedimientos de revisión

simplificada, lo que dio lugar a un incremento, más o menos intencionado, del papel de algunos conceptos constitucionales. Sin embargo, la mayoría de los pasos hacia atrás y hacia el intergubernamentalismo, introducidos durante la CIG, desde luego supusieron un alejamiento de los conceptos constitucionales de los Estados miembros.

En el texto final de la CpE, la Comisión Europea parece menos la típica institución comunitaria que se supone que represente únicamente el interés general y común, pero no parece más el típico Ejecutivo estatal —sea de un Estado federal: cuando las constituciones nacionales precisan el número de miembros del Ejecutivo (como hacen las constituciones belga, irlandesa y luxemburguesa, por ejemplo), dicho número está reducido a menos de quince, con el objeto principal de garantizar la toma de decisiones de forma colegiada y de evitar una proliferación artificial de carteras ministeriales. La constitución belga intenta garantizar un equilibrio entre los dos principales componentes de la población belga, mientras que las cláusulas de la CpE acerca de la composición de la Comisión están dominadas por la idea de que los Comisarios son representantes de los Estados miembros —como si no existiera el Consejo.

Otro cambio, sin embargo, que claramente se alejaba de las ideas de la Convención, se introdujo eventualmente en el Tratado de una manera que recuerda a los sistemas nacionales: el papel del Consejo Europeo en el proceso legislativo, para la cooperación en asuntos civiles y penales, que es similar a los regímenes parlamentarios de los Jefes de Estado.

2.2.3. *Pouvoir Constituant versus redactores de la Constitución*

Desde la cumbre de Laeken de diciembre 2001, los actores y comentaristas del proceso constitucional han intentado trazar paralelismos con la Convención de Filadelfia; nadie tuvo el mal gusto de trazar un paralelismo entre el Praesidium de la Convención y el *Comité de salut public* de la Convención francesa de 1791, presidida por Robespierre durante el *Terreur*. Sin embargo resulta mucho más interesante desde una perspectiva académica resaltar los paralelismos entre el proceso de redacción de la CpE de 2002-2004 y algunos procesos constitucionales recientes. Dos precedentes merecen ser

tenidos en cuenta bajo el encabezamiento de el papel de los conceptos constitucionales nacionales de los Estados miembros en la Constitución Europea.

El primero lo constituye la redacción de la Norma Básica alemana de 23 de mayo de 1949. Los Jefes de Gobierno de los Länder alemanes de las tres zonas ocupadas por los Aliados del oeste montaron una Comisión de expertos para los problemas constitucionales, formada por representantes de los Gobiernos de los Länder, con 14 ayudantes y cuatro expertos independientes, que se reunieron en el castillo de Herrenchiemsee en Baviera. Ésta es conocida en Alemania como la Convención constitucional (*Verfassungskonvent*). Su borrador fue enviado a un Consejo parlamentario, formado por 65 miembros de los Parlamentos de los Länder, que se reunió en Bonn desde el 1 de septiembre de 1948 al 8 de mayo de 1949. El texto que adoptaron, antes de ser ratificado por los Parlamentos de los Länder, había sido aprobado el 12 de mayo por los Gobernadores Militares inglés, francés y estadounidense —que habían ejercido cierta influencia en el proceso de redacción durante los meses previos.

El segundo precedente relevante es la redacción de la Constitución de la Quinta República francesa, de 4 de octubre de 1958. El 3 de junio de 1958, la Asamblea Nacional, que había votado dos días antes a favor del Gobierno recién constituido con Charles de Gaulle como Presidente del Consejo, adoptó una ley constitucional siguiendo el proceso para enmiendas constitucionales establecido en el artículo 90 de la Constitución de 1946. Esta norma constitucional sentaba cinco principios, que tenían que ser aplicados por la futura nueva Constitución (sufragio universal, separación de poderes, responsabilidad parlamentaria del Gobierno, independencia judicial, respecto por las libertades y derechos fundamentales esenciales tal y como estaban recogidos en 1789 y 1946, y asociación de las antiguas colonias), así como el proceso de redacción: el borrador se establecería por el Gobierno, sobre la base de la opinión de un Comité Consultivo Consejero cuyos miembros eran elegidos por las Cámaras del Parlamento, y finalmente enviado para su ratificación mediante referéndum.

Ambos precedentes son interesantes por dos aspectos: sus procedimientos de redacción contienen algunos de los elementos típicos de los procesos de 2002-2004 para la CpE, entre los que se encuentran la

pluralidad de redactores, las fases sucesivas claramente diferenciadas y las restricciones derivadas bien de la ocupación aliada, o del marco del Derecho constitucional —para su comparación con la Declaración de Laeken. Pero más interesante, teniendo en cuenta el futuro, es que tanto la doctrina constitucional alemana como la francesa han desarrollado técnicas interpretativas sobre la base de estos complejos procedimientos de adopción, que permiten tanto la flexibilidad como la seguridad jurídica.

2.3. El concepto de Constitución

La interminable discusión acerca de la naturaleza de lo que estaba redactando la Convención europea —Constitución o Tratado— también fue objeto de discusiones dentro de la propia Convención, aunque no en la CIG que debido a su naturaleza sólo podía estar trabajando en un Tratado cuyo objeto fuera la modificación de los tratados de la UE/CE. Si uno admite, como parece admitir la mayor parte de la doctrina un año más tarde, que es un tratado —es decir, que tanto la costumbre internacional codificada en la Convención de Viena de 1969 como las cláusulas constitucionales nacionales sobre adopción de tratados le son aplicables— con un contenido constitucional, entonces surge otro tema de discusión, que parece más interesante, y para el cual los conceptos constitucionales de los Estados miembros es mucho más relevante: ¿qué clase de Constitución?

2.3.1. ¿Nosotros el Pueblo o ellos el Pueblo? Constitution Octroyée versus Contrat Social

La tradición constitucional de varios Estados europeos, como la Francia de la revolución, o Irlanda, sigue la tradición de los Estados Unidos de América, que considera la soberanía popular como la fuente del pacto constitucional, que fundamentalmente se considera un pacto social. Esto contrasta con otra tradición europea, derivada de un pasado monárquico, que tiende a considerar la Constitución principalmente como una autolimitación del Estado. Esta tradición se puede ilustrar por la Carta francesa de 1816, o el *Statuto albertino*

italiano de 1848 así como por la mayoría de las constituciones alemanas del siglo XIX, con la excepción de la de Paulskirche, de 1848, que nunca fue aplicada. De hecho, ambas tradiciones se funden en los textos constitucionales democráticos europeos, posteriores a la Primera y Segunda Guerra mundiales, si bien a principios del siglo XXI el pensamiento jurídico tradicional entre los constitucionalistas europeos tiende a ignorar la parte contractual de las constituciones en la mayor parte de los países europeos.

Desde esta perspectiva, el estilo del Preámbulo y del artículo I-1 no puede interpretarse como que sólo indica la naturaleza técnica de un tratado: debido al azar del orden alfabético, el texto comienza diciendo «Su Majestad el Rey de los Belgas...» en el típico estilo de una *constitution octroyée* en lugar de mencionar el(los) pueblo(s) como *pouvoir constituant*, como hace la mayor parte de las constituciones europeas, como el texto irlandés de 1937 que comienza con las palabras «Nosotros, el pueblo de Éire, [...]». Entre las muchas razones que explican la renuencia a mencionar a Dios en la CpE, se debe recordar la diferencia entre las Cartas Constitucionales francesas: la de 1816 comenzaba con las palabras «*La divine Providence, en nous rappelant dans nos Etats après une longue absence, nous a imposé de grandes obligations*» mientras que la Carta de 1830, que surgió de la Revolución de julio decía «*Au nom du peuple français, l'Assemblée Nationale a adopté...*». La renuencia francesa a que se mencionara Dios y la Religión no se debe únicamente a su tradición de *laïcité* que tiene ya un siglo; es mucho más una reminiscencia del tradicional vínculo histórico entre la Iglesia Católica y la monarquía absoluta.

Desde esta perspectiva, la fórmula del artículo I-1 «que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común» apunta de manera mucho más evidente a la tradición del contrato social en el contexto de la democracia representativa. El hecho de que los mecanismos para la adopción de la CpE no requieran un referéndum, no pueden disminuir esta dimensión contractual. Lejos de tratarse de un debate metafísico, la naturaleza de la Constitución puede tener un impacto relevante en la aplicación de los derechos que contiene. La teoría alemana del efecto horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*) tiene su origen tanto en los tecnicismos del control de constitucionalidad tal y como se conoce en la Ley Fundamental de 1949, y en una tradición

que considera las constituciones como un acto de autolimitación del poder del Estado, a partir del cual los derechos constitucionalmente garantizados sólo pueden afectar la relación «vertical» entre Estado y ciudadano. Por el contrario, una aproximación a partir del contrato social claramente permite una aplicación de los derechos fundamentales entre los miembros de la sociedad que han suscrito el contrato social, como se demuestra por una Decisión de 1947 de la Corte de Casación francesa que anuló un testamento que contenía una cláusula anti-semita sobre la base del Preámbulo de la Constitución. De la misma manera, todos los derechos garantizados por la Constitución irlandesa de 1937 se presumen aplicables en las relaciones interindividuales. La discusión en Derecho comunitario acerca del efecto horizontal de las Directivas ciertamente no debería confundirse con la discusión sobre los derechos fundamentales. Las restricciones al ámbito de aplicación de los derechos fundamentales que se recuerdan en el Preámbulo de la Carta —Parte II de la Constitución, y en sus artículos II-112, no implican una limitación a un posible efecto horizontal de esos derechos, que sólo podría derivar del artículo II-111 en el ámbito de aplicación de la Carta. La naturaleza de «contrato social» de la CpE, que también es coherente con la tradición del TJCE sobre el efecto directo del Tratado tal y como se formula en *Van Gend & Loos*, permite en mi opinión una extensión de los derechos a las relaciones privadas, siempre que se cumplan las condiciones para la aplicación directa del Derecho comunitario.

2.3.2. *Convenciones no convencionales: ¿Revolución franco-americana versus tradición inglesa?*

Una aproximación algo simplista al Derecho constitucional comparado a veces insiste en la existencia de una división supuestamente fundamental entre las constituciones escritas que han sido informadas por las revoluciones americana y francesa por un lado, y las convenciones constitucionales que aún existen en el Reino Unido, pero que fueron características de muchas otras sociedades estatales en el pasado, para empezar por las no escritas *Lois fondamentales du Royaume* que eran la constitución del *Ancien Régime* en la Francia pre-revolucionaria. Este tipo de aproximación pasa por alto un rasgo interesante del constitucionalismo europeo como es la tradición del

parlementarisme rationnalisé, esto es, el intento de establecer por escrito la estructura de las instituciones y los procedimientos de toma de decisiones del régimen parlamentario —el propio propósito de las convenciones constitucionales británicas. Esta tradición de la codificación de las reglas y conceptos constitucionales se ilustra de la mejor manera con la Constitución belga de 1831, que a menudo se presenta como una codificación de las convenciones británicas de aquel periodo.

Ahora, es preciso reconocerlo, el trabajo de la Convención europea ha sido en buena medida un ejercicio de codificación, que por consiguiente resulta coherente con los principales conceptos constitucionales europeos. La declaración de Laeken no limitaba la Convención a un ejercicio de *codification à droit constant*, al contrario que el encargo encomendado por la Comisión Europea al Instituto Universitario Europeo en 1999¹⁷. Estaba mucho más abierto a la innovación que la Declaración de Colonia de 1999 estableciendo el «cuerpo» que había de diseñar la Carta de derechos fundamentales. Esta declaración estaba claramente basada en la idea de *codification à droit constant*, una técnica que entre otras ha sido aplicada a un amplio campo por el Comité Francés de Codificación, cuyo primer presidente fue Guy Braibant; representante del Primer Ministro Francés en la Convención Herzog de 2000. Pero la tradición europea de codificación constitucional no se limita a la *codification à droit constant*; siempre ha tratado de mejorar las reglas y los mecanismos que no resultaban satisfactorios, al mismo tiempo que ponía sobre el papel aquellas prácticas que habían sido ya probadas en la práctica parlamentaria: esto es también lo que la Convención trató de hacer.

La estructura y el tamaño de la CpE suelen citarse a menudo como argumento en contra de su naturaleza constitucional. A algunos comentaristas, que seguramente carecen de cultura histórica, incluso les gusta citar la famosa frase «*Il faut qu'une constitution soit courte...*» atribuida a Napoleón. Olvidan que la frase completa se pronuncia

¹⁷ C.-D. EHLERMANN, Y. MÉNY & H. BRIBOSIA, *A Basic Treaty for the European Union – A study for the Reorganisation of the Treaties, Report submitted on 15 May 2000 to Romano Prodi, President of the European Commission*, <http://www.iue.it/RSCAS/e-texts/Report-Treaties.pdf>

claramente en contra del carácter democrático de un texto corto: fue Daunou, redactor de la Constitución de diciembre de 1799, quien afirmó: «*Il faut qu'une constitution soit courte et obscure*». De hecho, la historia constitucional demuestra que la búsqueda de democracia y de pesos y contrapesos principalmente lleva a la adopción de textos más y más largos: las constituciones francesas más cortas fueron las de 1875 —tres leyes constitucionales adoptadas por una mayoría que principalmente esperaba restaurar la monarquía— y la Ley constitucional del Mariscal Pétain de 1940, que instituyó un régimen autocrático. En contraste, la Constitución revolucionaria de 1793 en Francia, o la Constitución española de Cádiz de 1812 contenían más de trescientos artículos.

La longitud de la Parte III de la CpE es obviamente el resultado de restricciones específicas debidas a la naturaleza de la Unión Europea: el principio de atribución exige una regulación detallada de las bases jurídicas si se quiere evitar una descentralización —una evidente demanda de algunas autoridades a través de Europa por la Convención. Las mismas consecuencias derivan de las condiciones para la aplicabilidad directa de las disposiciones de los tratados, uno de los rasgos fundamentales para «asegurar el *acquis* comunitario» como recuerda el párrafo 5 del Preámbulo y está establecido en el artículo IV-438(4) de la CpE sobre la continuidad jurídica. No hay una tradición europea de textos constitucionales cortos: las constituciones federales en Europa tienden por el contrario a ser bastante largas, como lo demuestra la Ley Constitucional austríaca de 1 de octubre de 1920, cuyos largos y detallados 152 artículos representan una longitud total equivalente a los 300 o más artículos, de extensión mediana, de la CpE.

La posición de la Carta de derechos fundamentales y la existencia de dos preámbulos, aunque consustanciales a las condiciones políticas específicas de las dos Convenciones de 2000 y 2002-2003, también tienen precedentes que demuestran que la solución es poco elegante pero funcional. Francia, con su larga tradición de experimentación constitucional, ha conocido esta forma de ordenación dos veces. De 1875 a 1940, la Constitución estaba formada por tres leyes constitucionales; pero una parte de los legisladores, que no podían ser ignorados, así como el *Conseil d'État*, el tribunal supremo administrativo, consideraron la Declaración de 1789 como una parte de la

Constitución o al menos como una manifestación de los principios generales del derecho —en coherencia con el artículo 16 de la Declaración de 1789, de acuerdo con la cual una sociedad en la que los derechos no se encuentran protegidos no tiene Constitución. La actual Constitución de la Quinta República es un ejemplo aún mejor de esta clase de conformación incoherente, con el *bloc de constitutionnalité* al que se refiere el *Conseil constitutionnel* cuando ejerce el control de constitucionalidad. Este *bloc* incorpora la Declaración de 1789, el Preámbulo de la constitución de 1946, el propio — y muy corto— preámbulo de la Constitución de 1958, así como piezas y trozos de leyes antiguas adoptadas durante la primera (1793-1799), segunda (1848-1852), tercera (1875-1940) y cuarta (1946-1958) Repúblicas, que tienen valor constitucional a partir de su mención, por el preámbulo de 1946, de los «*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*». Hasta 2000, Austria, Suecia o Finlandia también han tenido una Constitución formada por una serie de leyes constitucionales, algunas dedicadas a disposiciones institucionales, otras a normas más sustantivas como la libertad de expresión. La Constitución británica también pertenece a esta tradición, con una constitución que por un lado está formada por convenciones constitucionales no escritas, y por otro por una serie de textos escritos, incluyendo la *Carta Magna* de 1215, el *Bill of Rights* de 1628, la *Ley de Habeas Corpus* de 1679, y más recientemente, la *Ley de las Comunidades Europeas* o las *leyes de Descentralización de Escocia* y de *Derechos Humanos* de 1999.

Esto no significa que el resultado final de la Convención y el trabajo de la CIG sea perfecto o mejor que las constituciones nacionales, únicamente que es ajeno a los conceptos constitucionales europeos. Es más, de esta manera los precedentes en el derecho constitucional nacional ofrecen una variedad de instrumentos para la interpretación y aplicación de la CpE, incluyendo su Preámbulo, protocolos y declaraciones.

Dicho esto, habría sido más correcto que la Convención europea asumiera un concepto constitucional en su sistema de fuentes que es común a algunos Estados miembros. Las *Leyes orgánicas*, un concepto común a Francia o España, por ejemplo, se utilizan para sentar reglas detalladas para el desarrollo de la Constitución, con un procedimiento de adopción de decisiones específico, que de alguna manera

resulta más rígido que el proceso legislativo ordinario, y que en el caso francés debe pasar además obligatoriamente una revisión *ex-ante* de su compatibilidad con la Constitución. El concepto de ley orgánica ha sido examinado, entre otros, por los Grupos de Trabajo de la Convención III, sobre personalidad jurídica, y IX, sobre simplificación, ambos dirigidos por Giuliano Amato. Quizá se consideraron una buena solución para el contenido de la parte III, pero la idea fue abandonada por una serie de razones buenas y una mala. Las buenas razones son todas aquellas que justifican la inclusión de la Parte III en la CpE. La mala razón es que esto hubiera incrementado el número de instrumentos normativos. En su lugar, las leyes orgánicas podrían haber sido creadas con el objeto de que reemplazaran a los protocolos, resultando así en un juego de suma cero que hubiera tenido la ventaja añadida de crear una jerarquía, formalmente ausente en el sistema actual, entre el contenido del tratado principal y el de los protocolos.

2.3.3. *Devolviendo al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios*

¿Qué debería estar regulado en una constitución?

El Derecho constitucional comparado demuestra que si bien es fácil alcanzar un consenso acerca de cuál deba ser el contenido mínimo de una constitución —garantía de derechos, establecimiento de la separación de poderes— los límites del contenido máximo de las constituciones varían enormemente a lo largo del tiempo y del espacio. El ejemplo más evidente, ya citado, es el de Dios o las raíces cristianas. Los argumentos basados en números, en el número de constituciones que mencionan a Dios por ejemplo, no pueden ser suficientes cuando se trata de un elemento que afecta a convicciones que se encuentran profundamente enraizadas, y donde es posible encontrar precedentes para apoyar cualquier propuesta. Como en cualquier rasgo que tenga un potencial de división muy alto, la carga de la prueba de que es indispensable la citada mención debería recaer en quienes abogan por su inclusión en la CpE: un concepto constitucional que no está escrito en ningún lugar pero que resulta común a la conciencia política de las democracias occidentales, especialmente en Europa, es que las Constituciones no deberían ser adoptadas

simplemente sobre la base de mayorías, sino ser la expresión de un amplio consenso social.

Los juristas conocen el significado de «la excepción que confirma la regla»: una serie de constituciones democráticas europeas incluyen conceptos o creencias que no fueron en su día la expresión de un amplio consenso. Esto generalmente ha conducido bien a la construcción de un consenso, sobre la base de una disposición no controvertida, o a reformas constitucionales, cuando los procedimientos y el clima político así lo permitían, o a un *coup d'Etat* o revolución en el caso contrario. Uno de los ejemplos más recientes fue la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976, que contenía un programa de izquierdas de nacionalizaciones, expresión entre otros, de un compromiso entre los militares, el Partido Comunista y el Partido Socialista, pero que fue revisada tan pronto como el rígido procedimiento de reforma constitucional así lo permitió, en 1982 y en 1988.

La CpE está claramente basada en la tradición europea común del compromiso, que sólo se ve realizada por la negociación intergubernamental, y que explica por qué tantos comentaristas no están satisfechos con el contenido político de la CpE: demasiado liberal o demasiado social, prescindiendo de las raíces cristianas en su Preámbulo o demasiado abierto para las iglesias en su artículo I-52 relativo al estatuto de las iglesias y las organizaciones no confesionales.

3. Conceptos constitucionales nacionales que han entrado en la Constitución para Europa

3.1. No tan desconocido: Las instituciones de los Estados Miembros como modelos para la configuración institucional de la Constitución para Europa

A principios del siglo XXI, la tendencia hacia la asimilación entre la democracia representativa, la democracia mayoritaria y el modelo Westminster parece abrumadora, incluso en los bastiones mejor establecidos de democracia consociacional, p. ej. Austria, Bélgica y Holanda. La pregunta de si esta tendencia también está presente en la CpE o si la Unión Europea no puede ser otra cosa que una democracia consociacional, en su caso, ciertamente desborda el

objeto de este trabajo. Sin embargo, hay tres conceptos constitucionales que deben ser tratados aquí, pues se encuentran claramente relacionados con la experiencia de los Estados miembros. Además resultan interesantes porque muestran porqué algunos conceptos han podido llegar a estar incluidos en el texto final de la CpE y otros no.

3.1.1. El águila de Habsburgo: Ejecutivos bicéfalos en la tradición europea

Muchos comentarios vertidos durante la Convención y posteriormente han sido muy críticos con las dos innovaciones institucionales más visibles de la CpE: el Presidente permanente del Consejo Europeo y el Ministro de Asuntos Exteriores. Según estas críticas, esta nueva configuración institucional crearía una fuente permanente de conflictos, debido a la competencia entre ambas figuras nuevas con el Presidente de la Comisión europea o entre sí. Asimismo, el «doble sombrero» del Ministro de Asuntos Exteriores daría lugar a un sistema más que extraño, lleno de contradicciones y de potenciales conflictos de intereses. Desde la perspectiva de los conceptos constitucionales nacionales, estos tipos de críticas son al menos exageradas sino totalmente fuera de lugar.

La tradición constitucional europea, derivada de las monarquías parlamentarias, ha estado constantemente basada en un ejecutivo bicéfalo —Jefe de Estado y Jefe de Gobierno— y la historia constitucional ha demostrado que casi siempre fue una solución efectiva, y que la competencia entre ambas cabezas era relativamente sencilla de canalizar. En Europa, los ejecutivos unicéfalos están normalmente ligados a regímenes autoritarios, y por el contrario, los ejecutivos bicéfalos se consideran un elemento importante de los pesos y contrapesos constitucionales. Incluso la constitución francesa de la V República, con demasiada frecuencia presentada como una forma de «presidencialismo», se inserta en la línea más directa de la tradición parlamentaria europea. En Francia, la doble legitimidad de los gobiernos (elegidos por el Jefe de Estado y por el apoyo de la mayoría en el Parlamento) ha sido reproducida en un contexto de elección directa del Jefe de Estado, en definitiva un sistema de democracia

representativa, en lugar de la tradicional traslación hereditaria de poder propia de la monarquía, que no se considera compatible con la democracia. Las dificultades de la «*cohabitation*» entre François Mitterrand y Jacques Chirac entre 1986-1988, y en mucha menor medida, entre Mitterrand y Lionel Jospin entre 1997-2002 contrastan con la perfecta colaboración entre Mitterrand y Edouard Balladur entre 1993-1995. Sin embargo, la CpE es mucho menos restrictiva que las constituciones nacionales pues no incluye la tradicional institución del refrendo o contrafirma, que había sido pensada para controlar la actuación del monarca, pero que ha terminado por ser un instrumento para controlar al Jefe de Gobierno. No hay nada así en la relación entre el Presidente del Consejo europeo y el Presidente de la Comisión, que no tienen ninguna herramienta institucional para impedir directamente el trabajo del otro.

La tradición constitucional europea también tiene una amplia experiencia de «dobles sombreros», o *dédoublement fonctionnel* como diría el abogado internacionalista Georges Scelle. Esto resulta especialmente evidente en la organización del gobierno local y en el federalismo continental. Los alcaldes franceses o los *Landeshauptmänner* austríacos, por ejemplo, no sólo son el ejecutivo elegido en su circunscripción, sino que son además representantes del Estado en la misma circunscripción. Y al revés, los prefectos, elegidos por el gobierno nacional, eran al mismo tiempo representantes del Estado y de los ejecutivos locales (del *département*) hasta 1982 en Francia. Pero más sorprendente aún resulta el caso del canciller británico, que tiene la función de un abogado general, es al mismo tiempo miembro del Ejecutivo y en muy buena medida del poder judicial, al menos hasta tanto la reforma judicial anunciada por el gobierno de Blair en 2003 no entre en vigor. Los conceptos constitucionales de los Estados miembros podrían y por tanto deberían ser utilizados para lograr las soluciones adecuadas para las fricciones que puedan resultar de la particular posición del Ministro de Asuntos Exteriores.

La doble o incluso vacilante implicación de los Presidentes del Consejo Europeo en las relaciones exteriores de la UE, y también de la Comisión así como del Ministro de Asuntos Exteriores es un concepto clásico en Derecho constitucional. De hecho, los Jefes de Estado y Ministros de asuntos exteriores incluso se benefician de la presunción existente en Derecho internacional en el sentido de que

pueden ejercer el poder de acordar Tratados, como recuerda la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En cualquier caso esta presunción es reversible, y pronto será generalmente sabido en la sociedad internacional que sólo el Ministro de Asuntos Exteriores puede firmar o ratificar un Tratado en nombre de la Unión Europea —en el ejercicio de su capacidad como Presidente del Consejo de asuntos exteriores. La lógica podría ser distinta en la CpE y en las constituciones nacionales, pero la similitud formal sigue siendo muy llamativa.

3.1.2. *El niño no nacido: el Consejo legislativo como un reflejo del Bundesrat alemán*

La primera información que salió de la reunión preparatoria de la CIG en Riva de Garda en septiembre de 2003 apuntaba a un consenso entre los 25 Ministros de asuntos exteriores para suprimir el Consejo legislativo y de asuntos generales según se había propuesto en el artículo 23 del borrador de la Convención. Apenas se había dado alguna explicación en contra de la citada institución, al margen de que ésta debía soportar una ingente carga de trabajo debido a la acumulación de los asuntos generales y las relaciones exteriores. Y si bien resulta sencillo imaginar que los gobiernos, y en especial los ministros de asuntos exteriores, tenían miedo a la innovación, y sobre todo al hecho de que de esta manera los ministros de asuntos europeos llegarían así a suponer una importante carga sobre los gobiernos nacionales, no parece que haya habido una discusión seria al respecto. Como apuntó el Vicepresidente Amato, la diferencia más evidente entre una CIG y la Convención es que en la primera a nadie se le pide que dé explicaciones o razones, porque se entiende que se habla desde la soberanía, mientras que en la Convención la necesidad de persuadir condujo a que se explicara cada propuesta. Desde la perspectiva de los conceptos constitucionales nacionales, esto claramente ha supuesto la pérdida de una oportunidad para discutir la naturaleza específica del Consejo de ministros, y especialmente de decidir si éste debe seguir el modelo del *Bundesrat* alemán o permanecer como una institución totalmente genuina.

A diferencia del Consejo Federal Austríaco (*Bundesrat*), el Consejo Federal Alemán (*Bundesrat*) no es jurídicamente una Cámara parla-

mentaria. Esto se ha visto confirmado por el Tribunal constitucional federal, que ha establecido que sus miembros no tienen el estatuto de parlamentarios. Asimismo, el *Bundesrat* carece de poder legislativo pleno, pues sólo tiene derecho de veto: el procedimiento legislativo en Alemania es en buena medida comparable a la distribución de papeles entre el Congreso y el Presidente de los Estados Unidos de América. Más importante aún, el *Bundesrat* participa claramente en la función ejecutiva, ya que tiene poder para aprobar reglamentos (*Verordnungen*) en áreas de competencias compartidas, y su permiso es necesario para otorgar poder legislativo temporal al Gobierno federal, mediante el procedimiento de legislación de emergencia del artículo 81 de la Norma fundamental, que nunca ha sido utilizado. Esto claramente demuestra que existe una importante similitud con el Consejo Legislativo y de Asuntos Generales que ha sido propuesto. Pero resulta sumamente interesante que la mayor parte de los *Länder* elija tener una delegación en el *Bundesrat* formada por su Jefe de Gobierno, sus ministros de justicia y/o de interior, y dos o tres ministros más, en función del número de escaños de que dispongan en el *Bundesrat* (entre tres y cinco). Pero a diferencia de las posibilidades que deja abiertas el borrador de la Convención, que mencionaba la posibilidad de que cada Estado miembro tuviera hasta tres ministros en el Consejo legislativo, la composición de las delegaciones en el *Bundesrat* no cambia normalmente durante la legislatura correspondiente del correspondiente *Land*.

3.1.3. *Un intento fallido de introducir la democracia americana: el Congreso de los Pueblos de Europa*

Desde las primeras sesiones de la Convención europea hasta mayo de 2003, el Presidente de la Convención intentó impulsar la idea de un Congreso de los Pueblos de Europa, idea a la que se resistieron bastante los miembros parlamentarios de la Convención. Las razones de los parlamentarios europeos eran bastante lógicas y evidentes, pues temían que esta institución redujera su propia legitimidad. Menos claras eran las razones de los parlamentarios nacionales, ya que esta clase de institución habría incrementado su papel: parece bastante probable que sus reticencias estuvieran ligadas a una generalizada falta de confianza con respecto a Girscard d'Estaing, que era

considerado el caso más evidente de las aspiraciones francesas de *grandeur* y cuyas iniciativas eran por lo tanto percibidas como maneras e instrumentos para servir a los gobiernos de los «grandes» Estados miembros, y en especial del suyo propio.

En los debates de las sesiones plenarias, que no eran claros ni conducían a ningún consenso constructivo cuando lo que se discutía era la propuesta del «Congreso», comenzaron a emerger dos conceptos constitucionales. La idea de Giscard estaba fundamentalmente basada en su afinada percepción del déficit de comunicación del que adolece la UE desde hace ya mucho tiempo. Su modelo era la tradición estadounidense del discurso anual del Presidente sobre el Estado de la Nación, y así lo propuso en repetidas ocasiones. Sin embargo, esto no indicaba la naturaleza del Congreso de una forma excesivamente clara: sorprendentemente Giscard sí propuso una reunión conjunta entre el Parlamento europeo y las delegaciones de los Parlamentos nacionales, sobre la base del modelo del COSAC, y no una reunión ordinaria entre el Parlamento europeo y el Consejo legislativo y de asuntos generales, que de alguna manera se correspondería con la sesión ordinaria del Congreso estadounidense, e incluso con la institución del *Congrès* en Francia, esto es, una reunión ordinaria de las dos Cámaras del Parlamento, que adopte reformas constitucionales.

No obstante, otra idea fue mencionada por algunos miembros de la Convención, principalmente alemanes: el Congreso de los Pueblos de Europa podría derivar hacia, o incluso comenzar siendo, la institución que eventualmente eligiera al Presidente del Consejo de Europa. Los precedentes son europeos: en Alemania (Asamblea federal -*Bundesversammlung*), en Italia (con la adición de 3 delegados por cada región a los miembros del Parlamento) y en la Francia de 1958 a 1962 (con una asamblea específica nacional elegida por los consejos locales). En esos tres países (en la versión primera de la Constitución de 1958 para el caso de Francia) se ha llegado a un compromiso entre una elección directa o incluso semi directa (como en EE.UU.), y una mera elección por el Parlamento, con el objeto de conceder una base más amplia al mandato del Presidente, y de esta manera una mayor legitimidad para que éste pueda ejercer su función con autoridad moral. En estos tres casos, la elección se lleva a cabo por una amplia asamblea formada no sólo por parlamentarios sino

también por representantes específicamente elegidos para ello por los gobiernos regionales y locales. Esto se parece más a la composición propuesta del Congreso de los Pueblos de Europa. Un modelo electoral así podría haber funcionado con un procedimiento a través del cual el(los) candidato(s) sería(n) propuesto(s) por el Consejo de Europa, y por el Presidente de la Comisión.

3.2. Más allá de la Carta: los conceptos jurídicos de los Estados miembros en la protección y en la promoción de los derechos de los ciudadanos europeos

La influencia de los conceptos constitucionales nacionales sobre la Carta de derechos fundamentales de la UE ha discurrido por caminos algo distintos de los conceptos que aquí están siendo objeto de discusión, debido sobre todo a la tarea codificadora de la Convención de Herzog. La Convención europea y la CIG sólo realizaron un cambio cuantitativamente menor a la Carta de Niza: la referencia a las explicaciones del Praesidium en el Preámbulo y en el artículo 52 de la Carta (artículo II-112 CpE), que serán discutidos más adelante en este trabajo bajo el encabezamiento de la delimitación vertical de poderes. Dos conceptos relacionados con los derechos de los ciudadanos, incluso centrales en el segundo caso, encuentran sin embargo reflejo en la parte I CpE y por eso es pertinente discutirlos brevemente aquí.

3.2.1. Una novedad de última hora debida a la ampliación: la protección de las minorías

La protección de las minorías, al margen del principio de no discriminación, es ajena a los conceptos constitucionales dominantes en la Europa occidental, en especial debido a la tensión inherente entre, por un lado, el reconocimiento de los derechos de las minorías, y por otro, la garantía de la libertad individual y la equidad. La tradición revolucionaria francesa es seguramente primordial para este concepto. La consecuencia es que la protección de las minorías ha sido desde hace tiempo más un concepto de Derecho internacional público que un concepto constitucional. Así se afirma claramente en el artículo 1 de la Convención Marco del Consejo de Europa para la

Protección de las Minorías Nacionales firmado en Estrasburgo, el 1 de febrero de 1995: «*La protección de las minorías nacionales y de los derechos y libertades de las personas pertenecientes a dichas minorías constituye una parte fundamental de la protección internacional de los derechos humanos, y en tanto tal se encuentra dentro del ámbito de la cooperación internacional*». Ésta puede ser la principal explicación al hecho de que el borrador de la Convención no incluyó la protección de las minorías, aunque una serie de propuestas han sido realizadas por miembros de la Convención en ese sentido (así como por Centroeuropa, y por el norte de Europa —incluyendo Escocia): la protección de las minorías se suponía que iba a ser fundamentalmente competencia de instituciones pan-europeas como el Consejo de Europa.

La inclusión por la CIG de la protección de «los derechos de las personas pertenecientes a minorías» en el artículo I-2 de la CpE se supone que es debida sobre todo a la insistencia del Gobierno húngaro. Aunque la intención puede ser también la protección de minorías en las relaciones exteriores de la UE, parece haber una clara conexión con un concepto constitucional que está integrado en la Constitución de la República de Hungría de 1949, en su versión revisada y reinstaurada el 1 de diciembre de 1998. Como no hay ninguna disposición para desarrollar la protección de minorías en las partes II y III de la CpE, es pertinente citar el artículo 68 de la Constitución húngara, que puede servir como guía para la discusión a nivel de la UE:

«(1) Las minorías nacionales y étnicas que residentes en la República de Hungría participan del poder soberano del pueblo: éstas representan un factor constituyente del Estado.

«(2) La República de Hungría se ocupará de la protección de las minorías nacionales y étnicas. Garantizará su participación colectiva en los asuntos públicos, el fomento de sus culturas, el empleo de sus lenguas propias, la educación en sus lenguas propias y la utilización de nombres propios en sus lenguas.

«(3) Las leyes de la República de Hungría garantizará la representación de las minorías nacionales y étnicas residentes en el país.

«(4) Las minorías nacionales y étnicas tendrán derecho a formar auto gobiernos locales y nacionales.

«(5) Será necesaria una mayoría de dos tercios de los votos en el Parlamento para aprobar una norma que atañe a los derechos de las minorías nacionales y étnicas»¹⁸.

Mientras que «el fomento de sus culturas, el empleo de sus lenguas propias, (...) y la utilización de nombres propios en sus lenguas» seguramente serían aceptables para otros Estados miembros de la UE, algunas de las demás disposiciones contenidas en este artículo claramente entrarían en contradicción con otros conceptos constitucionales de signo opuesto, basados en la indivisibilidad del pueblo, como el artículo 3 de la Constitución francesa, según el cual «ningún grupo de población ni ningún individuo puede reclamar para sí el ejercicio [de la soberanía nacional]», aunque tras la revisión de marzo de 2003, el artículo 1 establece que la organización de Francia es de tipo descentralizado¹⁹: la opinión de la mayoría acerca de esta cláusula, y en especial su interpretación por el *Conseil constitutionnel*, consiste en que prohíbe la protección de derechos colectivos de las minorías, mientras que los derechos individuales de las minorías sí están permitidos, por ejemplo en el ámbito de las lenguas propias.

Éste es un caso muy interesante de conceptos constitucionales que se encuentran en una evidente contraposición —mucho más que en el caso, que ha sido objeto de demasiada discusión, de Dios o las raíces cristianas— entre distintos Estados miembros de la Unión: las consecuencias exactas de esta contraposición a la luz del derecho a la diversidad cultural (artículo II-22 de la Carta) y la protección de la igualdad entre los Estados miembros y el respecto a sus estructuras fundamentales por el artículo I-5 de la CpE es un campo que permanece abierto para la discusión y la investigación.

¹⁸ Texto en inglés en <http://www.kum.hu/Archivum/Torvenytar/law/const.htm>, consultados el 2/08/2004.

¹⁹ Traducidos al inglés por el autor (en la versión original inglesa, N. de la T.).

3.3. Pesos y contrapesos europeos: los conceptos nacionales en la delimitación vertical de competencias entre las instituciones de la UE

La Convención europea claramente pretendía ir mucho más lejos para llegar del «modelo de agencia» de la configuración primaria institucional de las Comunidades Europeas hasta un sistema más clásico de democracia representativa. La delimitación vertical de competencias se encontraba presente en la configuración inicial, si bien en una forma que difiere en buena medida de los dos regímenes clásicos derivados de la separación de poderes tripartita de Montesquieu. El sistema comunitario, al igual que los sistemas parlamentario o presidencial/parlamentario, no está tanto basado en una separación rígida entre las tres ramas de gobierno como en un sistema de pesos y contrapesos que evita el monopolio de cualquiera de las funciones por una sola institución. Una serie de mecanismos constitucionales clásicos y de conceptos que sirven de fundamento a los pesos y contrapesos en la separación entre las funciones legislativa y ejecutiva han sido asumidos por la Convención en su borrador, como una respuesta al argumento del «déficit democrático», y con alguna pequeña variación, han sido mantenidos por la CIG. La diversidad de las tradiciones nacionales quizá explique también porque apenas se ha hecho nada para reforzar el poder judicial de la UE.

3.3.1. Legisladores directamente elegidos: la democracia representativa y el concepto formal de Derecho

La Convención europea reforzó de manera muy relevante el papel del Parlamento europeo en la función legislativa. A nivel de símbolos, el Parlamento ha conseguido tener incluso el título de dicha función, al igual que en los sistemas nacionales. Esto seguramente sea un efecto secundario imprevisto de la supresión del Consejo Legislativo, pues no hay otra institución claramente identificable cuya función principal sea la creación de normas. En la CpE, frente al anterior sistema comunitario, el papel del Consejo de Ministros en el proceso legislativo sigue siendo fundamental, pero en lugar de ser el legislador principal, siempre que el Parlamento no ejerza su derecho de veto, su

posición es la de poder de veto, según se establece en el procedimiento legislativo ordinario del artículo III-396.

El hecho de que este procedimiento esté establecido en una sección denominada «disposiciones comunes a las instituciones [...]», siguiendo la presentación que se hacía en el primer Tratado de Roma casi cincuenta años antes, no resulta contrario a la tradición de algunas constituciones nacionales que están configurando su procedimiento legislativo en una sección dedicada a las relaciones entre las principales instituciones políticas. El procedimiento legislativo en sí no se aleja mucho más de los paradigmas constitucionales, desde que el Parlamento europeo tiene competencias legislativas plenas. Las declinaciones de los sistemas de lecturas y de repeticiones entre las dos Cámaras son lo suficientemente variadas en Europa como para que haya suficientes modelos directos para el procedimiento legislativo en la UE. Es más que probable que los miembros de la Convención que estaban familiarizados con sus propios sistemas nacionales pensarán que simplemente estaban reproduciendo lo que ya sabían pero a nivel europeo, aunque simplemente estaban yendo más allá en la vía ya abierta por el Acta Única Europea. Los miembros alemanes o franceses de la Convención podrían pensar que el sistema de conciliación, que mejora el procedimiento establecido en el Tratado de Maastricht, es en buena medida una clonación de sus propios comités mixtos. Claramente, más que el resultado de un mero proceso de copia, lo que la Convención ha generado ha sido el resultado del principio de que las mismas causas producen las mismas consecuencias. Esta reflexión también se aplica al nuevo procedimiento presupuestario, que es mucho más similar al nacional de lo que nunca fue el proceso tradicional comunitario: también en las modernas constituciones se aplican una serie de reglas específicas a la ley que aprueba el presupuesto.

Más importante aún, desde la perspectiva de los conceptos, la CpE asume un concepto de derecho europeo formal que es un resultado directo de la importancia de la democracia representativa. En la mayor parte de los sistemas constitucionales europeos, coexisten de hecho dos conceptos de derecho.

Uno está basado en su contenido: el derecho (escrito) o regulación es una norma general e impersonal, por oposición a una decisión

individualizada, o un contrato que aplica la norma general. Ésta era claramente la opción para el TCE, según se indica en el artículo 239 («una decisión que, aunque en forma de regulación [...], tiene un interés directo e individual»). Este concepto sustantivo de derecho (*loi au sens matériel*) no distingue realmente entre *ley* y *reglamento*. De la misma manera que el Derecho comunitario tradicional tiene dos instrumentos del mismo nivel jerárquico, directivas y reglamentos.

El concepto formal de derecho (*loi au sens formel*) por el contrario, otorga primordial importancia al papel del Parlamento electo: cuando la Constitución francesa comienza el artículo 34 con las palabras «*La loi est votée par le Parlement*», esto tiene el mismo significado que la utilización de la expresión «*Act of Parliament*» para una norma en la tradición británica. De esta manera, todo el derecho continental tiene una palabra específica para una norma jurídica —*loi, Gesetz, legge, ley* etc.— y una o varias más para otros instrumentos normativos que en la mayor parte de los idiomas de origen latino se pueden subsumir bajo el término «reglamento» «*règlement, regolamento, regolamento*» etc..., mientras que en Alemania se utiliza la palabra, más técnica y específica, «ordenanza» (*Verordnung*).

Es más, la CpE asume un concepto muy importante en el artículo I-36 (1), segundo párrafo, sobre los reglamentos europeos delegados, que ha sido objeto de desarrollo en profundidad por el Derecho constitucional alemán, como una reacción a la utilización excesiva y peligrosa de la legislación delegada: el concepto de «reserva de ley» *Gesetzesvorbehalt*, conocido en italiano como «*riserva di legge*». Este concepto, aunque no recibe una denominación específica, también está claramente reconocido en el Derecho constitucional francés con los extremadamente estrictos límites que impone el artículo 38 de la Constitución de 1958 a la utilización de las *ordonnances*. La mayoría del resto de constituciones europeas, incluyendo las normas británicas sobre legislación delegada, intentan establecer límites al empleo de la delegación del Parlamento al Gobierno, con más o menos éxito. Parece suscitar pocas dudas que el TJCE podrá encontrar precedentes en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales que aplican dichas limitaciones, de acuerdo con el contenido sustancialmente democrático del concepto.

Por supuesto aún hay una serie de relevantes excepciones al principio de que las leyes europeas son leyes del Parlamento, y los juristas que trabajan para la CIG han extendido aún más estas excepciones, probablemente porque no se han parado a pensar en las implicaciones de la relación entre derecho y reglamento en un sistema que no es totalmente jerárquico, tema que será tratado más adelante en este trabajo.

Una formulación adicional del principio de *Gesetzesvorbehalt* está contenido en el artículo I-33 (2) CpE: «Cuando se les presente un proyecto de acto legislativo, el Parlamento europeo y el Consejo, se abstendrán de adoptar actos no previstos por el procedimiento legislativo aplicable al ámbito de que se trate». Esta cláusula puede interpretarse sencillamente como una condena a la práctica habitual de la CE hasta el momento. Sin embargo, tiene también un significado más profundo, que entronca con el centro de la relación entre *soft law* y *hard law*²⁰, especialmente a la vista de algunos efectos perversos del tipo de la «nueva gobernanza», y también encuentra su precedente en los conceptos constitucionales nacionales. Sin embargo, estos últimos conceptos no pueden identificarse fácilmente a primera vista, pues no utilizan los términos «gobernanza» o *soft* o *hard law*, y además normalmente se utilizan en el ámbito de los principios del Derecho administrativo. Desde los años cincuenta, el *Conseil d'Etat* ha anulado repetidamente o «recalificado» documentos del gobierno que, aunque se presentaban como no vinculantes, estaban modificando de hecho las situaciones jurídicas. La misma tendencia puede observarse en la jurisprudencia administrativa de la mayoría de Estados miembros, sobre todo en el Derecho administrativo británico: los jueces no admiten fácilmente la utilización de instrumentos no vinculantes por razones de flexibilidad política, que en última instancia vacía de contenido el principio de tutela judicial efectiva.

Hay una contradicción aparente entre el papel que finalmente se ha concedido al Consejo Europeo por el artículo III-270 en el proceso de armonización legislativa en el campo de la cooperación judicial en

²⁰ Respectivamente, «derecho suave» y «derecho duro»; se ha preferido dejar estos términos en inglés, por ser comúnmente utilizados en este idioma (N. de la T.).

materia penal, y la mención en el artículo I-21 (1), de acuerdo con el cual éste «no ejercerá función legislativa alguna». Sin embargo, este veto legislativo suspensivo al Consejo europeo puede estar más bien relacionado con el concepto tradicional de regímenes parlamentarios, de acuerdo con el cual el Jefe de Estado puede solicitar al Parlamento la reconsideración de un voto.

Finalmente, aunque no por ello menos importante, resulta bastante evidente que el intento de introducir una especie de «iniciativa legislativa popular» bajo el encabezado de democracia participativa del artículo I-47 CpE está ligado a algunos conceptos constitucionales. Aunque en términos generales se encuentran más desarrolladas en Suiza o en Estados Unidos, esta clase de herramientas de democracia semi-directa está también presente en el Derecho constitucional de algunos Estados miembros²¹, donde están ganando terreno. Las cautelas que rodean la mera formulación de la iniciativa popular pueden compararse a la cautela que se establece en materia de democracia semi-directa, en las disposiciones constitucionales de los Estados miembros, que son claramente el resultado de malas experiencias con plebiscitos en una serie de países europeos, para empujar, en Francia y en Alemania.

3.3.2. *La jerarquía no alcanzada: Ley y Reglamento*

Se están dirigiendo una serie de duras críticas a la ausencia de una jerarquía bien articulada entre las leyes europeas y las leyes marco por un lado, y los reglamentos europeos por otro. Desde la perspectiva del derecho tradicional de la CE, esto mostraría lo inapropiado de intentar importar la división ley/reglamento del Derecho constitucional al Derecho comunitario. Desde la perspectiva de una tradicional concepción kelseniana sobre las fuentes del derecho, el sistema

²¹ V. CUESTA, «Designing the first transnational citizens' initiative», en D. Martinelli & B. Kaufmann (eds.), *The European Constitution – Bringing in the People*, Initiative & Referendum Institute Europe, Amsterdam y Presence Suisse, Bern, 2004, pp. 30-33; V. CUESTA, «Six The Future of the European Citizen Initiative» in B. KAUFMANN & M. D. WATERS (eds.), *Direct Democracy Europe*, Carolina Academic Press, Durham, 2004 pp. 133-139.

tampoco sería lógico: los reglamentos deberían ser normas que aplican o desarrollan leyes y por lo tanto debería haber una clara subordinación de los primeros con respecto de las segundas. Sin embargo, la jerarquía incompleta es bien conocida en el Derecho constitucional nacional, aunque la mayor parte de miembros de la Convención europea, aparte de algunos profesores de Derecho constitucional, puede que no hayan sido muy conscientes de ello. Dos países demuestran claramente esto. Uno de los conceptos constitucionales del Derecho constitucional británico sigue siendo el de la prerrogativa real, según el cual la Corona puede regular algunas materias sin que precise para ello de una Ley del Parlamento — especialmente en asuntos exteriores y en la organización de la función pública. Tanto la Constitución belga como la holandesa contienen desde hace tiempo disposiciones similares, y en Francia, el *Conseil d'Etat* ha desarrollado la noción de un poder reglamentario general, que pertenece al Ejecutivo incluso en ausencia de disposiciones específicas en las leyes, en el famoso caso *Labonne* de 8 de agosto de 1919, acerca del permiso de conducir.

Los redactores de la Constitución de 1958 desarrollaron más aún este concepto sobre el papel realizando una distinción directa entre los ámbitos competenciales del Parlamento por un lado, que fueron establecidos en el artículo 34, y los del Gobierno por otro, que incluye todo el resto. En consecuencia, el artículo 37 sienta la categoría de *règlements autonomes*, esto es, decretos gubernamentales que no desarrollan ni están basados en una ley. En 1958 esto era sin embargo percibido como una innovación drástica y no especialmente democrática, mientras que la idea era básicamente disminuir la carga de trabajo del Parlamento y ayudarle a concentrarse en asuntos legislativos importantes en lugar de interferir en el trabajo diario del Gobierno.

Los aspectos más sorprendentemente peligrosos de este sistema fueron pronto reducidos por el *Conseil d'Etat* que reclamó con éxito su competencia para revisar la «legalidad» de tales decretos, esto es, su conformidad con la Constitución, con los principios generales del Derecho y con los Tratados internacionales. Esto reintrodujo el concepto de jerarquía, de manera que a diferencia de los reglamentos, las leyes adoptadas por el Parlamento no están sujetas a ninguna clase de control de constitucionalidad *ex-post*. El *Conseil constitutionnel*

comenzó a interpretar el artículo 34 permitiendo al Parlamento actuar en los ámbitos no mencionados en él, y el *Conseil d'Etat* mantuvo un control muy estricto sobre la prohibición dirigida al Gobierno de actuar en los ámbitos del artículo 34 si no tenía un permiso claro para ello en una ley del Parlamento.

Aunque la protección del Consejo frente a la actuación del Parlamento europeo en los ámbitos donde carece de competencias —de acuerdo con la parte III de la CpE— es claramente más relevante que la del Gobierno francés sobre la base del artículo 37 de la Constitución francesa, las similitudes son bastante evidentes. Es por ello probable que el TJCE examine detenidamente el caso francés cuando tenga que enfrentarse al problema de los posibles conflictos de jerarquía entre las leyes y los reglamentos europeos.

3.3.3. *El poder judicial inalcanzado: Un Tribunal de Justicia Europeo tradicional*

La aproximación europea al poder judicial en el sistema de separación de poderes está evolucionando. De una manera totalmente opuesta a la tradición estadounidense, dos tradiciones europeas distintas han contribuido desde hace ya tiempo a que se considere el judicial como un orden relativamente menor de gobierno. La tradición autoritaria, derivada de un pasado monárquico, ha contribuido a una percepción de los tribunales como los servidores de la soberanía: mientras que el acceso al sistema democrático ha significado en todas partes que la independencia de los tribunales se convertía en una parte relevante del principio de Estado de Derecho, la idea sigue siendo que esta independencia está principalmente ligada a la necesaria neutralidad de los jueces con respecto de los partidos políticos. Así, varias constituciones europeas no presentan a los tribunales claramente como entes que juntos conforman un poder del Estado, sino más bien como una serie de instituciones diferentes. Es más, ésta es probablemente una de las —a menudo inconscientes— razones de la preferencia por el modelo kelseniano de un tribunal separado especializado en control de constitucionalidad.

La tradición de soberanía parlamentaria se opone a la tradición autoritaria, que ha estado luchando con las revoluciones. Ha tenido

incluso un impacto mayor en el concepto de poder judicial. Tanto en su versión inglesa como en la francesa está profundamente ligado a la tradición de regímenes parlamentarios, que en teoría concede preeminencia a la rama legislativa de gobierno, aunque sobre bases teóricas diferentes. En Francia, la tradición que emerge de la Revolución fue que el Parlamento adopta «*la loi, expression de la volonté générale*». Tradicionalmente, la Constitución francesa no reconoce la existencia de un «*pouvoir judiciaire*», sino únicamente una «*autorité judiciaire*», y los tribunales, aunque genuinamente independientes, están divididos entre al menos cuatro órdenes jurisdiccionales distintos: *ordinaire, administrative, constitutionnelle, politique*²². En la mayor parte del resto de países europeos, las constituciones, que son más modernas, incluyen todos los tribunales en el poder judicial, con la excepción de la Constitución holandesa: su artículo 112 menciona tribunales que no forman parte del poder judicial. En el Reino Unido, de nuevo con el debido respeto a la necesaria independencia judicial, la inferior posición del poder judicial se ha puesto de manifiesto simbólicamente hasta 2003 por la función judicial de una parte de la Cámara alta (el Comité de Apelaciones de la Cámara de los Lores) y de un cuerpo especial del Ejecutivo (el Comité Judicial del *Privy Council*) y más importante aún en la práctica, por la multiplicación de los denominados tribunales administrativos, que no son realmente tribunales, tras la Segunda Guerra Mundial.

El concepto de poder judicial de la CpE parece así mucho más lejano al de Francia, Holanda y el Reino Unido que al de la Constitución belga, por ejemplo, que claramente ubica el Poder judicial (*pouvoir judiciaire*) en el mismo nivel que los poderes legislativo y ejecutivo en su título III, o la Constitución española, en su Título VI «*El poder judicial*». Las tradiciones europeas mencionadas arriba han convergido con la idea de un Tribunal Europeo de Justicia, en que sus reformas más necesarias han sido ya realizadas mediante el Tratado de Niza: un rasgo muy evidente de la Constitución europea es la falta de auténtico progreso hacia un poder judicial europeo (como se ha expuesto ya en otro trabajo²³).

²² *Haute Cour and Cour de Justice de la République.*

²³ Véase R. ALONSO GARCÍA, «El juez nacional como juez europeo a la luz del Tribunal Constitucional», en esta misma obra.

La misma combinación de las tradiciones británica y francesa se pone de manifiesto en el hecho de que, mientras que obtenía una mayor competencia con la abolición de la estructura de pilares del Tratado de Maastricht, el TJCE aún tiene un papel muy limitado para revisar la actuación de la Unión en política exterior. La teoría francesa de los «*actes de gouvernement*» había sido desarrollada por el *Conseil d'Etat* para garantizar la excepción judicial al Ejecutivo en su relación con otras ramas de gobierno y en asuntos de «alta política»; y aunque se restringen cada vez más, los *actes de gouvernement* aún incluyen las relaciones externas. Durante mucho tiempo, los tribunales ingleses eran incluso más tímidos que el *Conseil d'Etat*, en el sentido de que se negaban a aplicar el control de constitucionalidad al ejercicio de la prerrogativa real —que incluye las relaciones exteriores y la organización de la función pública (esto es, la organización del Estado). Sólo en 1958 la Cámara de los Lores modificó la jurisprudencia hasta entonces existente para admitir el control de constitucionalidad, en su famoso caso GCHQ que atañe a la organización de la función pública.

La tradición británica ha representado claramente un importante papel en las opciones de la Convención, y se encuentra en la misma raíz de una de las paradojas más interesantes de la CpE, en lo que atañe a la ausencia de un poder judicial fuerte. La técnica de interpretación por referencia a los «*travaux préparatoires*» se incluyó en el texto de la Convención por la fuerte insistencia de los delegados británicos, procedentes de un país donde hasta 1999 a los abogados no les estaba permitido citar los debates parlamentarios en la interpretación de las normas en casos ante tribunales. Es comúnmente conocido que el Gobierno británico hizo todo lo que pudo para forzar a la Convención a que incluyera una referencia a «las explicaciones preparadas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención europea» en el Preámbulo de la Carta de Derechos fundamentales (Parte II de la Constitución), una disposición que ha sido incluso empeorada por la CIG. La lectura de estas explicaciones puede llevarnos a la conclusión que esto es mucho ruido y pocas nueces, sobre todo la noción de «atendiendo debidamente» no limita realmente el poder interpretativo de los tribunales. Generalmente, las «explicaciones» sólo indican la fuente de los derechos que la Carta está tratando de codificar, y su significado, pero no formulan límites estrictos a la interpretación o al

mayor desarrollo de estos derechos. Por suerte sin embargo, el gobierno británico ni siquiera intentó la inclusión de un mecanismo como el «*référé législatif*», mediante el cual las Asambleas Revolucionarias francesas requerían a los tribunales que les pidieran una cuestión prejudicial para las cuestiones de interpretación de las leyes que había adoptado — un sistema que pronto fue abandonado por impracticable.

A la luz de las tradiciones europeas de interpretación judicial (incluyendo las de la Cámara de los Lores en las últimas décadas) es sin embargo bastante probable que el Gobierno británico sólo obtuviera una victoria pírrica: dejando a un lado las teorías austríacas basadas en la interpretación literal de las normas, que tienen cada vez menos influencia, los tribunales supremos europeos, e incluso los tribunales constitucionales europeos, tienen una larga tradición de interpretación creativa. En su Decisión de 1947, caso *d'Aillières*, el *Conseil d'Etat* llegó incluso a afirmar que una norma de septiembre de 1945 que expresamente excluía cualquier derecho de apelación contra las decisiones de un «*jury d'honneur*» debía interpretarse como que en todo caso permitía el «*recours pour excès de pouvoir*», el recurso tradicional francés contra los actos *ultra vires*.

Dicho esto, la comparación de la CpE con las constituciones europeas modernas más influyentes subraya aún más la ausencia de un recurso específico para la protección de los derechos fundamentales, similar al alemán *Verfassungsbeschwerde*, o al español *recurso de amparo*. Sin embargo, el sistema de control judicial de la UE seguramente experimentará un importante cambio, debido al nuevo sistema de fuentes, que establece una distinción entre leyes y reglamentos. Claramente, el modesto cambio de posición debido a la supresión del requisito de un interés individual para los procedimientos contra «los reglamentos que no conllevan la implantación de medidas» (artículo III-365 (4)) está hecha siguiendo el sistema ampliamente extendido de control judicial en Europa. Se diferencia así entre control judicial de leyes —empleando para ello el vocabulario típico francés donde *légalité* significa *conformité au droit*, no *conformité à la loi*²⁴. Pero más

²⁴ El problema se había planteado en 1957 por el Parlamento holandés durante los debates acerca del borrador del Tratado de la CEE, porque inicialmente *légalité*

sorprendente aún resulta —desde una perspectiva comparada— el hecho de que descansa fundamentalmente sobre el control de constitucionalidad indirecto— *contrôle par voie d'exception* — incluso de reglamentos, esto es, mediante procedimientos contra el establecimiento de medidas con los tribunales nacionales o el TJCE. Éste es el modelo más común en Europa, del que Francia y el Reino Unido se apartan claramente pues permiten acciones directas contra decisiones del Gobierno, ignorando la diferencia entre actos normativos y decisiones individuales²⁵.

3.4. Federalismo europeo: los conceptos jurídicos nacionales en la delimitación horizontal de competencias

La tradicional reticencia británica a emplear la palabra «federal» en el contexto europeo ha impedido una vez más su utilización durante el trabajo de la Convención, como ya ocurriera en la CIG de Maastricht doce años antes. Una paradoja positiva es que, en consecuencia, la CpE no se refiere a una «vía federal» sino a una «vía comunitaria», esto es «*le mode communautaire*», que probablemente deja mucho menos espacio para revocar competencias otorgadas a la UE, de lo que una referencia a un federalismo mal definido habría conseguido. Dicho esto, en ausencia de palabra, la realidad está ahí: el federalismo está claramente implícito en la CpE, y en la mayoría de los casos, sobre la base de las experiencias de los Estados miembros más relevantes.

3.4.1. Lealtad federal y la Cláusula Christophersen

Un concepto clásico de las constituciones federales europeas es el de lealtad federal, que se menciona en el texto constitucional alemán, junto a mecanismos de ejecución y desarrollo. Sorprendentemente, la Constitución belga no contenía tal concepto entre 1980 y 1993,

se había traducido por *wetmatigheid* —en alemán sería *Gestezesmäßigkeit*— en lugar de *rechtmatigheid*: *Rechtsmäßigkeit* que de hecho estaba siendo utilizado en el texto alemán.

²⁵ Véase J. ZILLER, *cited n. 7*.

cuando el nuevo Estado compuesto aún no se denominaba una federación. A partir de la reforma de 1993 y la adopción oficial de la forma de Estado federal, el principio de *fidélité fédérale* se introdujo en la Constitución, como consecuencia de la responsabilidad internacional del Estado, en forma de poderes específicos que permitían a los órganos federales actuar en sustitución de los órganos sub-centrales que no cumplieran con su cometido (artículo 169). El principio de lealtad comunitaria ya se contenía en el artículo 10 TCE; pero curiosamente, la Convención asumió que también debía ser formulado en el artículo 5 sobre la relación entre la Unión y sus Estados miembros, reforzando así el vínculo con el concepto alemán de este principio, que no excluye la versión belga, pero cuyo alcance es mayor, y está principalmente orientado hacia dentro.

La interesante mezcla de la formulación final del artículo I-5 de la CpE, que combina la lealtad federal y el respeto por los Estados miembros sería mucho más difícil de identificar como un concepto que tiene su equivalente en los conceptos constitucionales nacionales.

Por otro lado, la denominada cláusula Christopersen, referida a funciones estatales esenciales, sí parece un concepto procedente de los Estados miembros, aunque bastante vago. Una investigación en Derecho comparado mucho más desarrollada seguramente ayudaría a averiguar si y cómo está siendo utilizado este concepto por los tribunales constitucionales, los tribunales administrativos, y también por cualquier otro tribunal que tenga que tratar asuntos de responsabilidad pública, con el objeto de definir las fronteras de lo que el Estado —sea unitario o compuesto— no puede nunca delegar, o no puede negarse a asumir. Un precedente francés podría encontrarse fácilmente en la jurisprudencia del *Conseil constitutionnel's* sobre los estatutos de los territorios de ultramar, que ha estado revistando automáticamente desde 1992 —un efecto secundario de las discusiones acerca del Tratado de Maastricht²⁶. Esto, mucho más que la

²⁶ Por miedo a una interferencia europea en la relación de Francia con sus territorios de ultramar (TUM) —una fantasía totalmente infundada— Los miembros franceses del Parlamento utilizaron la oportunidad de las reformas constitucionales a la vista de la ratificación del Tratado de Maastricht en 1992,

mención de «condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía», contribuye a establecer una lista de funciones estatales esenciales en el contexto francés. El precedente francés principalmente muestra lo difícil que resulta dicho ejercicio, si se toma en serio, porque el contexto es muy diferente al europeo: a diferencia del artículo I-5, que sólo puede servir como una herramienta complementaria para la interpretación del Derecho comunitario y no puede revocar las cláusulas de la parte Tercera de la CpE, el concepto francés permite excepciones a la lista de competencias del Parlamento nacional, según se establece en el artículo 34 de la Constitución francesa.

3.4.2. *Bundesrecht bricht Landesrecht o Derecho de la Unión Über Alles?*

La tradición federal alemana ha estado centrada en la noción de primacía desde la Constitución del imperio de 1849, que nunca fue aplicada, y que contenía una cláusula 66 denominada «*Reichsrecht bricht Landesrecht*», que establecía que «las leyes del Imperio tienen preferencia sobre las leyes de los estados individuales, siempre que no se les haya concedido un valor subsidiario»²⁷. La cláusula formaba parte del artículo XIII que regulaba el poder legislativo del imperio. La dicción literal del artículo 2 de la Constitución del Imperio de 1871 era ligeramente distinta, pero tenía las mismas intenciones y efectos. Con la Constitución de Weimar, el acento era claramente distinto. El artículo 13 titulado «*Reichsrecht bricht Landesrecht*» estaba ubicado inmediatamente después de las cláusulas sobre distribución de competencias y establecía «si quedaran dudas o hubiera diferencias de opinión acerca de la compatibilidad de una cláusula de derecho de un *Land* con derecho del Imperio, la autoridad central competente del Imperio o el *Land* puede solicitar la decisión de un tribunal supremo

con el objeto de imponer la utilización de leyes orgánicas para establecer el régimen jurídico de los TUM, haciendo así obligatoria la revisión.

²⁷ Traducido al inglés por el autor en la versión original («*Reichsgesetze gehen den Gesetzen der Einzelstaaten vor, insofern ihnen nicht ausdrückliche eine nur subsidiäre Geltung beigelegt ist*»)

del Imperio, sobre la base de una cláusula de una ley del Imperio»²⁸. La Norma fundamental de 1949 cambió de nuevo la perspectiva: la cláusula relevante está ubicada justo después del artículo 30 que contiene el principio de atribución. El artículo se titula «Prevalencia de la Ley federal» (*Vorrang des Bundesrechts*) y simplemente establece: «*Bundesrecht bricht Landesrecht*», una referencia evidente a la tradición de Weimar, que sin embargo hay que entender en el contexto de un procedimiento específico y detallado de arbitraje por el Tribunal constitucional federal.

Como se mencionaba más arriba, uno de los cambios principales motivado tanto por los expertos de la CIG al texto de la Convención era la supresión del artículo 10, que venía justo después del artículo sobre los principios aplicables a las competencias de la Unión, en el artículo correspondiente de la parte I, esto es, el Título III sobre competencias de la Unión. El artículo 10 (2), fue transferido al artículo I-5, ya que contenía una cláusula que en apariencia sólo detallaba el principio de lealtad federal; hasta ahí bien... pero ninguna explicación federal se ha dado para el hecho de que el contenido del artículo 10 (1), que establece la cláusula de primacía, haya sido trasladado a un nuevo lugar: el artículo I-6 en el Título I sobre los principios y objetivos de la Unión. Si este cambio afecta al ámbito del principio de primacía y cuáles sean las consecuencias de incluirlo en la Constitución de la UE es una cuestión que permanece abierta para debate. Sin embargo, si se compara con la tradición alemana se puede comprobar cómo ha cambiado el énfasis, de un principio que necesita ser comprendido desde la perspectiva de las limitadas competencias de la Unión, debido al principio de atribución, a un principio general que se proyecta sobre todo el sistema de relaciones entre los Estados miembros y la Unión. Este cambio está claramente en contradicción con las intenciones de la CIG que se encontraban tras la más bien superflua Declaración según la cual el artículo I-6 «refleja» la jurisprudencia del TJCE, una afirmación carente de significado en la medida en que el contexto de esta jurisprudencia está siendo modificado por la CpE.

²⁸ *Idem* : «Bestehen Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar ist, so kann die zuständige Reichs- oder Landeszentralbehörde nach näherer Vorschrift eines Reichsgesetzes die Entscheidung eines obersten Gerichtshofs des Reichs anrufen».

3.4.3. *El nuevo sistema de competencias de la nueva Constitución europea*

Incluso antes de que la Convención comenzara sus trabajos, hubo importantes reclamaciones para intentar establecer un *Kompetenzkatalog* con el objeto de separar rígidamente las competencias de la Unión de las de los Estados miembros y para asegurar que no habría ninguna intrusión imprevista de las instituciones de la UE en los ámbitos competenciales de los gobiernos centrales o subcentrales. La voz más insistente en este sentido ha sido la de los *Länder* alemanes: la mayor parte de sus representantes actuaron como si la Norma Fundamental alemana permitiera una delimitación tan clara; sólo algunos afirmaron que querían evitar que la UE tuviera los mismos mecanismos que la República Federal Alemana, pues entendían que éstos tenían una naturaleza centralizadora —obviamente olvidando compararla con las constituciones de Weimar o del Imperio.

Aunque con matices entre los sucesivos textos constitucionales, el Derecho constitucional alemán nunca ha sucumbido a las ilusiones de una delimitación de competencias entre los diferentes niveles de gobierno de superposición. Por el contrario, la noción de *Konkurrierende Gesetzgebung* siempre ha sido central: las competencias legislativas conjuntas —no competencias «en competición», como se ha traducido demasiado a menudo en las lenguas latinas (por ejemplo, *compétences concurrentes*). En el sistema alemán, las competencias que se atribuyen completamente y en exclusiva a un orden de gobierno, sea la Federación o los estados que la componen, son la excepción. Ésta es la lógica indispensable tanto para el principio de primacía como para el de subsidiariedad, que serían afirmaciones meramente tautológicas en un sistema de competencias separadas, como el belga o el estadounidense. Por esta razón el modelo federal alemán encaja tan bien en la clase de competencias funcionales de la CE, y está siendo así reproducido en el artículo I-12 de la CpE, si bien la doctrina de derecho comunitario ya llevaba tiempo utilizando las categorías alemanas. Los listados de competencias están más detalladas en la Norma básica alemana que en la Parte I de la CpE, pero ésta es obviamente la elección técnicamente más correcta, porque la base jurídica de la Parte III incluye una lista mucho más detallada y comprensiva.

El federalismo alemán, como el estadounidense, ha sido construido sobre la base de estados soberanos preexistentes. Por ello la tradicional cláusula de las constituciones alemanas que recuerda que las competencias residuales pertenecen a los estados se considera una tautología jurídica, que sólo cumple la función de general confianza a la opinión pública, de la misma manera que la décima enmienda a la Constitución estadounidense. Lo mismo puede afirmarse de la última frase del artículo I-11 (2) de la CpE: «Toda competencia no atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros».

Otro rasgo fundamental del federalismo alemán es que, a diferencia de la mayor parte del resto de constituciones federales, las reglas acerca de la distribución de competencias no se limitan al proceso legislativo: en Alemania el esquema de competencias ejecutivas no se corresponde con el de competencias legislativas. El sistema federal alemán fue construido en el siglo XIX sobre la base de estados preexistentes con administraciones sólidas y bien establecidas, sobre todo en el Reino de Prusia, que abarcaba más de dos tercios del Imperio. Por ello era lógico apoyarse en el principio de que las administraciones de los estados llevarían a cabo la implantación de la legislación federal. La disolución de Prusia en 1945 no conllevó la transferencia de la administración prusiana a la Federación en 1949, aunque salvo por una serie de elementos importantes, la Federación se convirtió en el sucesor jurídico de Prusia. El sistema de competencias ejecutivas del Imperio y de la República de Weimar se mantuvo y se reforzó. Los especialistas en Derecho administrativo europeo seguramente lamentarán que la Convención no tomara en cuenta el Título VIII de la Ley Fundamental alemana, que reafirma el principio de que las competencias de ejecución pertenecen a los gobiernos de los estados, antes de diferenciar entre la administración por los *Länder*, bajo control federal (*Landeseigene Verwaltung und Bundesaufsicht*), administración con un mandato federal (*Auftragsverwaltung der Länder*), y administración por la Federación (*Bundeseigene Verwaltung*).

Desde la reforma constitucional de 1969, la Norma Fundamental alemana también regula las denominadas tareas comunes (*Gemeinschaftsaufgaben*), un concepto que aún no ha sido unánimemente aceptado en Alemania, porque se considera un mecanismo

centralizador por muchos defensores de la autonomía de los *Länder*. El concepto es seguramente el más cercano posible a las competencias complementarias de la CpE. En cualquier caso, este concepto es bastante único en Derecho constitucional: por eso no resulta sorprendente que a la Convención le resultara tan incómodo establecer su propio concepto y sintetizarlo.

Incluso el denominado método abierto de coordinación tiene claros precedentes en la práctica alemana, a través de mecanismos muy desarrollados y refinados de federalismo cooperativo, que en ocasiones incluyen instituciones federales (por ejemplo, decisiones comunes sobre los gobiernos federales y de los *Länder*²⁹), y en ocasiones los excluyen, como las conferencias horizontales de los ministros estatales (*Länderkonferenzen*). Pero estos mecanismos no están escritos en la Ley fundamental: aquí la Convención no se apartó del modelo alemán al renunciar a poner por escrito el método abierto de coordinación.

3.4.4. Más que buenas palabras para la descentralización

El artículo I-5 de la CpE tiene por primera vez en cuenta las subdivisiones internas de los gobiernos de los Estados miembros. Simplificando mucho, hay dos modelos de conceptos constitucionales relativos a la posición del gobierno local en las constituciones federales. El modelo estadounidense ignora completamente el gobierno local por la simple razón de que su organización y configuración es una competencia de los estados. Puesto que la sociedad estadounidense está construida en buena medida desde abajo, desde el gobierno local al estado, y del estado a la Unión, esto plantea pocos problemas para la pervivencia de las libertades locales. El modelo alemán está basado también sobre libertades locales hondamente

²⁹ En su momento, la «Decisión común sobre extremistas» *Extremistenbeschluss* de 1972, ha sido muy famosa como base para las denominadas exclusiones profesionales (*Berufsverbote*), véase E. W. BÖCKENFÖRDE, Ch. TOMUSCHAT, & D. UMBACH (eds.): *Extremisten und öffentlicher Dienst – Rechtslage und Praxis des Zugangs zum und der Entlassung aus dem öffentlichem Dienst in Westeuropa, USA, Jugoslawien und der EG*, Nomos, Baden-Baden, 1981.

enraizadas, preexistentes a la reunificación del siglo XIX y al federalismo e incluso a la democracia, lo que otorga un alto valor constitucional sobre esos valores. Por eso no resulta sorprendente que la Ley Fundamental alemana garantice las libertades locales, incluso frente a los *Länder*, cuya competencia es organizar y regular el gobierno local.

Al reconocer el gobierno local y regional en los Estados miembros, tras 50 años en que el derecho de la UE/EC ha ignorado las estructuras internas, en aplicación del principio de la indivisibilidad de la estatalidad —que deriva del derecho internacional público en relación con la responsabilidad de los Estados— la CpE ha dado un paso en la dirección del modelo alemán. La dicción literal del artículo I-5 y del Protocolo para la aplicación de los principios de subsidiaridad y proporcionalidad están intentando lo mejor que pueden evitar cualquier interferencia de la UE en la organización interna de los Estados miembros. El paso hacia el modelo alemán es sin embargo innegable, sobre todo a la luz de la versión alemana de la CpE, que deliberadamente utilizó la misma dicción literal que el Derecho constitucional alemán (*Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung*) al referirse al autogobierno local y regional: «*einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung*». Una dicción francesa mucho más cautelosa se hubiera referido a «*la libre administration des autorités régionales et locales*» —al igual que el equivalente francés de la «*Communale Selbstverwaltung*»— en lugar de referirse a «*l'autonomie régionale et locale*». La versión en italiano es correcta en este sentido para los juristas, pues menciona las «*autonomie regionali e locali*» al igual que lo hace la Constitución italiana. Aún quedan por examinar las versiones en otros idiomas. Claramente, la versión inglesa «*inclusive of regional and local self-government*» es mucho menos significativa en una configuración constitucional que ha permitido uno de los mayores niveles de descentralización compatibles con la democracia bajo el gobierno de Thatcher.

3.4.5. *Del Ping-Pong constitucional al constitucionalismo entrelazado*

Para concluir, me gustaría llamar la atención sobre un ejemplo simple y claro de traslación de conceptos constitucionales a la Cons-

titución europea, y de conceptos europeos al Derecho constitucional de los Estados miembros (un fenómeno bien ilustrado por las traslaciones del principio de proporcionalidad)³⁰.

El artículo 227(2) del Tratado de Roma realizó una referencia explícita a la categoría constitucional francesa de *départements d'outre-mer* (DOM que también incluía Algeria hasta que el Tratado de Maastricht actualizó el texto, treinta años después de la independencia). Esto había conducido a una actuación sin precedentes del TJCE en el caso *Hanse*³¹. Mientras que Francia no había realizado ninguna observación en el procedimiento que implicara la cuestión sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario a uno de sus *départements* (Guadalupe), el Tribunal solicitó al Gobierno francés que indicara su posición, que fue seguida por el Abogado General Capotorti y el propio Tribunal al afirmar que el artículo 227 del TCEE debía ser interpretado «*en première ligne*» a la luz del Derecho constitucional de los Estados miembros. El caso *Hansen* es por lo tanto un precedente del artículo I-5 de la CpE. El vocabulario del artículo 227 (3) TCEE, de forma indirecta también hace referencia al Derecho constitucional francés al utilizar las palabras «*(Pays et) territoires d'outre-mer*» (Países y Territorios de ultramar (PUT)).

Con la ampliación a España y Portugal, tres territorios más entraron en el mercado interior de la EC con un estatus jurídico que si bien estaba basado en el tratado de anexión, era muy similar al DOM francés: las Islas Canarias, para España, Azores y Madeira, para Portugal. Una declaración del Tratado de Maastricht y más tarde una nueva redacción del artículo 227 (2), ahora artículo 299 (2) TCE, regula el régimen jurídico de lo que la práctica de la CE y la legislación secundaria ya denominaba regiones ultraperiféricas (*régions ultrapériphériques, outermost regions, regioes ultraperifericas*) desde 1988.

La noción de regiones ultraperiféricas ha sido asumida por las legislaciones francesa, portuguesa y española. Con las enmiendas a la Constitución francesa de marzo de 2003, la redacción exacta del

³⁰ Véase n. 7, *supra*.

³¹ 10 de octubre de 1978, Caso 148/77.

artículo 299 (2) TCE se ha reproducido en dicha Constitución al referirse a las «*adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités*» en la nueva redacción de su artículo 73. En el mismo año, la Convención lógicamente asume el contenido del artículo 299 TCE que de nuevo, y también lógicamente, divide en una parte general el ámbito territorial de aplicación de la Constitución y el artículo III-330 (III 424 de la CpE) de su proyecto asumiendo el artículo 299 (2) TCE, que contiene más detalles sobre las consecuencias jurídicas del concepto de regiones ultraperiféricas. También por primera vez, la Constitución francesa hace referencia concreta a Guadalupe, Guyana, Martinica y Reunión, en lugar de referirse a los «*départements d'outre-mer*». Durante la CIG una propuesta francesa hace lo propio para los artículos III-424 y IV-440 de la CpE, que ya no mencionan el DOM francés, pero sí sus nombres.

Este ping-pong constitucional se desarrolla aún más por un apéndice a las cláusulas acerca del ámbito territorial de la CpE. El artículo IV-440 (7) incluye una pequeña «*passerelle*» que permite un cambio de régimen jurídico de región ultraperiférica a OCT y viceversa, sin necesidad de reforma constitucional. El reconocimiento pleno de los conceptos constitucionales específicos de los Estados miembros se produce porque este cambio de estatus sólo se permite para los territorios pertenecientes a Dinamarca, Francia y Holanda, pero no para Portugal, España o el Reino Unido.

Puede que esto se considere un ejemplo exótico y aislado, pero en mi opinión sirve para ilustrar claramente un fenómeno más general de constitucionalismo entrelazado (*intrecciamento costituzionale*) — por razones que he desarrollado en otro lugar, prefiero esta expresión a la más comúnmente utilizada *multi-level constitutionalism*³²— a la que toda la construcción e innovaciones de la Constitución para Europa están otorgando el debido reconocimiento.

³² Véase J. ZILLER: «L'élargissement change-t-il les données du problème?» en J. ZILLER (dir.): *L'europeanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe – The Europeanisation of Constitutional Law in the Light of the Constitution For Europe*, L'Harmattan, Paris, 2003, p. 315-316.