



Por una Constitución europea pluralista

Descripción

UNA PERSPECTIVA NUEVA Y VIEJA

A las puertas del constitucionalismo posestatal debemos recordar que el constitucionalismo genuino es no estatista, lo que nos coloca en buenas condiciones para entender un fenómeno constitucional, el de la UE, que no se está produciendo en un Estado. Sugerimos enfocar el problema constitucional europeo con la misma óptica constitucional que enfocaríamos la Constitución alemana, inglesa o española (el bloque de la constitucionalidad española, mejor). Para identificar lo que hay de constitucional en la UE hay que usar algo así como un detector de constitucionalidad: donde se detecte materia constitucional, habrá constitución, aunque sea un fragmento. ¿Cuál es, entonces, la materia constitucional? Básicamente, la división del poder (horizontal y vertical), el imperio del Derecho y las libertades. Si hay eso, habrá Constitución, con o sin poder constituyente formalizado, soberanía y documento constitucional, pues no son esenciales. ¿Dónde estaban la soberanía, el poder constituyente y el pueblo al hacer las constituciones canadiense, australiana o alemana?

Tal como están las cosas ahora mismo, no partimos de cero; ya existe desde hace algunos decenios una Constitución material de la UE y es posible identificarla a grandes rasgos y decir de qué fuentes bebe. Desde nuestra perspectiva, aparece una Constitución material fragmentaria, asimétrica, cambiante e incompleta, pero ya realmente constitucional en ciertos aspectos. Su imperfección no procede tanto de sus muchos defectos de forma como de los de fondo: la separación del poder, su control y la sumisión del poder al Derecho son insuficientes. Por otra parte, hay aspectos en la UE que permanecen en lo jurídico-internacional (como la PESC, por el momento), haciendo improcedente el enfoque constitucional.

Dentro de la UE se dan muy diferentes relaciones: en un extremo, relaciones de cooperación típicas del Derecho internacional; en el medio, otras que ya no son internacionales, sino internas y materialmente constitucionales; en el extremo contrario, otras relaciones tan internas y detalladas que no son constitucionales por ser «menos que constitucionales»: procesales, administrativas o tributarias. Hay zonas discutibles y arenas movedizas; los mismos Tratados europeos fueron, en su origen, tratados internacionales y pudieron no haber desarrollado ninguna dimensión política destacable. Hay casos en que lo constitucional es la capacidad de tomar la gran decisión —prohibir restricciones a la libre circulación, constituir un Banco— mientras que la ejecución es administrativa o monetaria.

Para aproximarse a la Constitución europea basta con no partir del estatismo, de la concepción de la

Constitución como norma suprema, única y completa con un Estado, un poder constituyente, un pueblo, un territorio, un poder soberano¹. Para estudiar la Constitución europea no tenemos otro enfoque que, *mutatis mutandis*, el mismo que para la española: rastrear lo que hay de materialmente constitucional en la Constitución de 1978, los Estatutos, los Tratados, las grandes Leyes y las sentencias constitucionales. El conjunto de la constitucionalidad real española resulta ser una masa, formando como una serie de círculos irregulares en los cuales la «densidad» constitucional decrece, pero no homogéneamente. La designación variará —«bloque de la constitucionalidad», «constitución material» u otra—, pero el resultado del rastreo del material constitucional vendría a ser, más o menos, como ése. Si la Constitución española real está un tanto dispersa, poco nos sorprenderá que la europea esté muy dispersa; y si así es la Constitución española, de modo análogo estudiaremos la europea.

LOS GRANDES RASGOS DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

¿Cómo es esa Constitución europea que decimos que ya existe? Si hubiera que dibujar sus grandes trazos como dibujaríamos los de cualquier constitución, diríamos lo siguiente.

Para ingresar en la UE los Tratados exigen respetar los derechos.

- a) El poder constituyente está disperso, en diferente proporción, en el Consejo Europeo, el de Ministros (o sea, los Estados miembros), el TJCE, la Comisión, el Parlamento y, en alguna medida, los políticos y los pueblos de los Estados.
- b) No hay «Estado de Derecho» porque no hay Estado, pero sí un cierto grado de «imperio del Derecho», con control de legalidad e incluso de constitucionalidad. Se parece más a un *Rule of Law* (o *Rechtsstaat* actual) que a un Estado de Derecho tradicional francés o español.
- c) En cuanto a división horizontal de poderes, es un lugar común que Europa deja mucho que desear (aunque no mucho más que sus Estados miembros). Los Tratados no garantizan la separación de poderes ni en teoría. Eso no impide que la concentración del poder sea más difícil en la UE —pues está muy disperso y nadie, con ninguna mayoría, puede monopolizarlo— que en sus Estados miembros. Hasta Maastricht, el defecto dominante no fue monopolizar el poder, sino gobernar de espaldas a la gente. Así, la UE es poco democrática pero relativamente liberal.
- d) La forma de gobierno resultante de esa insatisfactoria separación de poderes sería un parlamentarismo igualmente peculiar e incompleto. Sólo hay relaciones de censura y confianza entre Parlamento y Comisión, y el presidente de ésta no procede del Parlamento. Hay un cierto control parlamentario sobre la Comisión por vías como preguntas y comisiones de investigación. Los consejos Europeo y de Ministros no pueden ser controlados por el Parlamento. El TJCE, que monopoliza la interpretación constitucional, tampoco está controlado. En conjunto, el capítulo de controles no supera el examen (como tampoco en España).
- e) En cuanto a derechos y libertades, no partimos de cero. Aunque no sistematizados, los derechos ya están relativamente desarrollados. Hoy, los derechos que tenemos como ciudadanos comunitarios son prácticamente todos los importantes y pueden verse en cualquier manual y en la sentencia alemana *Solange II*, que se molestó en enumerar los que había en 1986. La jurisprudencia sobre derechos es abundante y las referencias en los Tratados son también cada vez más numerosas. La Comunidad ha bebido en el Convenio Europeo de

Derechos Humanos y en los principios constitucionales de sus miembros, sobre todo, alemanes. En cuanto a los proyectos de formalizar los derechos, nada que objetar, pero lo importante es que los jueces los protejan efectivamente con o sin Carta.

f) No hay pueblo europeo, pero ello no es condición para que haya Constitución. Pretender que porque haya una Unión tenga que haber un pueblo es un reflejo estatista. Nunca se habló de un «pueblo de la *Commonwealth*», sino de «los pueblos anglófonos» aunque los pasaportes dijeran que «un subdito canadiense es un subdito británico». Tampoco hubo «pueblo español» hasta que se refundó el Estado en torno a 1812.

g) El déficit democrático es notorio. A causa del tamaño, la dimensión democrática de la UE no puede crecer fácilmente. Tendríamos que considerar si no sería mejor luchar por el aspecto liberal más que por el democrático y concentrar el esfuerzo democratizador en los Estados miembros y sus Comunidades Autónomas, todos los cuales tienen mucho que mejorar.

h) En cuanto a dimensión territorial, la UE es particularmente compleja y asimétrica. Su constitucionalidad se reparte en tres niveles: el europeo, el estatal y el autonómico. Según la perspectiva que usemos, la UE es una organización internacional —por ejemplo, la PESC hasta Amsterdam—, una confederación —la PESC ahora— o una federación —agricultura— con su cláusula de supremacía, alto tribunal y cámara de los Estados miembros. El aspecto territorial está en constante transformación y, vistas las próximas ampliaciones, será aún más difícil que cuaje en un modelo definido. Crece la dimensión federalizante, aunque no debería anular las otras dos. El federalismo en sentido amplio tiene la ventaja de ser un proceso flexible con variadas posibilidades, pero muchos federalismos no tienen frenos importantes a la centralización.

La asimetría territorial de la UE es bien conocida, y más desde que se inventó la cooperación reforzada². La Comunidad como confederación aparece en la famosa sentencia alemana sobre Maastricht; en cambio, en varias sentencias comunitarias se le trata como una federación (en ciertas materias), con principios federales de primacía, poderes implícitos y efecto directo.

El reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros está gobernado por fines o criterios indeterminados y poco tranquilizadores para las competencias de los miembros y sus Comunidades Autónomas³. Los Tratados afirman la competencia sobre las competencias, que es contraria a varias constituciones estatales.

Los principios que inspiran la estructura territorial de la UE, aparte de efecto directo y primacía, son los de lealtad comunitaria, subsidiariedad y respeto a la identidad nacional de los Estados miembros, según el cual Europa nunca llegaría a ser una nación; todo lo más, una nación de naciones (art. 6.3 del Tratado de la Unión Europea, TUE).

¿DÓNDE ESTÁ LA CONSTITUCIÓN EUROPEA?

Está en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Luxemburgo, los Tratados, la Convención Europea de Derechos Humanos, las Constituciones de los Estados, la jurisprudencia de sus altos tribunales internos, y los principios constitucionales generales.

a) La principal fuente constitucional ha sido, posiblemente, la jurisprudencia del TJCE. El

Derecho europeo es más judicialista que legalista; la cantidad de sentencias productoras de Derecho constitucional es notable. Aparte de sentencias ya famosas, como *Costa contra ENEL*, *Van Gend* o *Simmenthal*, recordaremos que fueron los jueces quienes definieron temas como derechos y libertades⁴. También fueron ellos quienes se pronunciaron sobre los «poderes implícitos»⁵, la participación del Parlamento europeo en la legislación y el principio democrático relacionado con esa participación⁶, o sobre el control de constitucionalidad⁷.

b) Respecto a los Tratados, son materialmente constitucionales algunos de sus artículos, más otros de la Convención Europea de Derechos Humanos a la que se adhirieron unilateralmente las Comunidades en 1977. El TJCE se apoyó repetidamente en la Convención.

Del TUE sólo consideramos materialmente constitucionales, en todo o en parte, el preámbulo y una docena de artículos importantes que tratan de disposiciones comunes generales, derechos, cooperación reforzada, reforma de los Tratados, duración ilimitada de los mismos y otras materias relevantes. Del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) solamente destacaremos, además del preámbulo, unos cincuenta artículos que tratan, entre otras cosas, de las distintas instituciones, la ciudadanía, unión aduanera, las cuatro libertades, moneda y Banco. De los diferentes protocolos, señalaremos el de *Schengen* (en una pequeña parte); el de Subsidiariedad y Proporcionalidad y el Protocolo sobre los Parlamentos Nacionales y la Conferencia de Organos Especializados en Asuntos Europeos. Huelga decir que la mayor parte de los prolijos y farragosos Tratados no tiene interés constitucional.

c) En cuanto a las Constituciones de los Estados como productoras de constitucionalidad europea, admitiremos que tal enfoque sería insólito dentro de España. Pero en la UE existe una «interdependencia entre los ordenamientos de los Estados miembros, de un lado, y el de las Comunidades Europeas, de otro lado»⁸, y así no consideramos las Constituciones estatales como rivales de la europea, sino como sus bases. El TJCE ha buscado material constitucional en ellas; por ejemplo, en una sentencia de 1979 (*Hauer*) se apoyó en artículos de la Constitución alemana y mencionó otros italianos e irlandeses. Y es que las Constituciones de los Estados miembros en cierto modo «constituyen» la europea: algunos artículos de algunas Constituciones de los Estados miembros forman parte de la Constitución material europea. El fenómeno no es tan raro; incluso una Constitución monista como la española admite que los Estatutos de Autonomía, aun no siendo anteriores a la Constitución, forman parte del bloque de la constitucionalidad (art. 28.1 de la LOTC).

En la relación entre las Constituciones estatales y la europea pueden discernirse tres actitudes. alguna de ellas forcejea con la UE y, cuando acepta la integración, deja su impronta en la Constitución comunitaria (ejemplo: la alemana). Otras reforman sus textos cuando los avances en la integración les obligan, pero no influyen apreciablemente en la configuración constitucional comunitaria (ejemplos: la francesa o la portuguesa). Otras, por último, ni influyen en la formación de la Constitución europea ni casi acusan recibo de los efectos de la integración (ejemplo: la española).

1. La decisiva contribución de Alemania a la formación de la Constitución europea ha sido, a grandes rasgos, como sigue. Primero, fue quien más contribuyó a expandir los derechos más allá de las originarias cuatro libertades económicas, pues los derechos en Alemania forman parte de su núcleo duro constitucional. Segundo, contribuyó a introducir principios

como los de subsidiariedad y proporcionalidad, ahora recogidos formalmente. Tercero, influyó decisivamente en el Banco Central europeo. Cuarto, cooperó a que la UE haya dejado de ignorar la estructura territorial interna de sus miembros. Quinto, contribuyó a la penetración de los principios de la democracia y el Estado de Derecho.

La *Grundgesetz* tiene media docena de nuevos artículos verdaderamente constituyentes del orden político europeo. Botón de muestra: «Alemania participa en el desarrollo de la UE, la cual se somete a los principios de la democracia y del Estado de Derecho, a los principios sociales y federales, como también al principio de subsidiariedad, y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la de la presente Ley Fundamental» (art. 23.1). El orden constitucional europeo ha de ser, por tanto, como el germano. El mismo artículo *ordena* la participación del *Bundestag* y de los *Länder* en los asuntos europeos; otro, el 88, *ordena* que el Banco Europeo sea independiente y garantice la estabilidad monetaria; y otro, el 79.3, al establecer esos núcleos duros inviolables, limita indirectamente la expansión comunitaria: «Será ilícita toda modificación de esta Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en *Länder*, al principio de la participación de los *Länder* en la legislación, o a los principios consagrados en los artículos 1 y 20 »⁹.

Ninguna otra Constitución estatal habla así a Europa ni emplea tal lenguaje. Pero podían haberlo hecho.

2. Las Constituciones francesa y portuguesa adoptaron otra actitud. La francesa ignoró el fenómeno europeo hasta que resultó evidente que Maastricht iba a afectar seriamente la *souveraineté*. Se introdujeron entonces cuatro nuevos artículos, uno de los cuales incrementa indirectamente el papel del parlamento francés en la legislación europea (el 88-4; los restantes son menos importantes). En conjunto, el planteamiento francés es de alcance limitado, además de haber ido a remolque de los acontecimientos. En cuanto a la Constitución portuguesa, se reformó en 1992, también formalizando hechos consumados. Las reformas legitiman la cesión de competencias a la UE en condiciones de reciprocidad y respetando el principio de subsidiariedad, conceden sufragio activo y pasivo en las elecciones locales y europeas a los extranjeros y subordinan el Banco de Portugal a «las normas internacionales a las que el Estado portugués se vincule».

Es cierto que estas Constituciones se reformaron *a posteriori* y con menos vuelos. Pero, aunque tarde, al dar formalmente el «sí», concluyeron un pacto entre ellas y la europea, lo que nos recuerda que ésta es una Constitución pacticia. Nótese que toda Constitución es un pacto de límites que legitima la desobediencia de los ciudadanos, y de los territorios menores, si el poder excede tales límites.

d) Dos palabras sobre producción constitucional comunitaria por los altos tribunales de los Estados miembros. Por un lado, algunas jurisprudencias nacionales, en especial la alemana, mostraron una actitud constituyente activa; por otro, si el TJCE pudo expandir la escasa dimensión constitucional del primitivo Mercado Común fue por el consentimiento, expreso o tácito, con forcejeos de los tribunales estatales (Alemania) o sin ellos (España), incluyendo la Cámara de los Lores.

La contribución activa más importante fue la de la jurisprudencia germana, por ej emplo, en

materia de derechos, como dijimos. Hay materias, como el principio de proporcionalidad, en las que se ve cómo el Derecho alemán se ha convertido en Derecho comunitario y de los miembros.

La contribución pasiva de las jurisprudencias nacionales es destacable en materia de principios de primacía y efecto directo (aceptándolos), competencias comunitarias (aceptando su expansión a costa de las nacionales), y relación de la Constitución europea con las estatales (consintiendo la primacía de la primera). Nadie les impedía haberse resistido más.

1. De las sentencias constitucionales alemanas mencionaremos *Solange I*, *Solange II* y *Brunner*. *Solange I* (1974) cuestiona la primacía del Derecho comunitario en Alemania mientras no ofrezca una protección de los derechos fundamentales como la germana. *Solange II* (1986) admite que esa protección ha alcanzado ya en la Comunidad un nivel equivalente al alemán; con todo, el guardián último de los derechos para Alemania seguirá siendo su Tribunal Constitucional, y si descubre un descenso importante en la protección europea, podrá volver a la línea de 1974; asimismo, la vara de medir seguirá siendo la *Grundgesetz*.

La tercera, *Brunner*, es la «sentencia de Maastricht» (1993), larga (85 folios), farragosa y tan completa como una tesis doctoral. Los jueces de Karlsruhe repiten que Alemania conserva su estatalidad y soberanía, que la Comunidad es una confederación de Estados soberanos, que no tiene la «competencia sobre la competencia», y que las competencias comunitarias son habilitaciones concretas y limitadas. La última palabra sigue en la Constitución alemana y en su Tribunal Constitucional, no en el TUE ni en el TJCE. Los poderes implícitos y el *effet utile* (utilización más amplia posible de las competencias comunitarias) no serán vinculantes para Alemania en adelante. Al principio de limitación de las competencias añade el de subsidiariedad, vinculante para la Comunidad y que limita el ejercicio de todas sus competencias, exclusivas o no.

Esta sentencia fue una bomba que no llegó a estallar. Fue el más amplio pronunciamiento de una jurisdicción interna sobre la integración europea, pero no invirtió la marcha de los acontecimientos.

2. Respecto de las otras jurisdicciones estatales, en general no han adoptado una actitud muy activa. (Nótese que la pasividad facilitó la integración). El Tribunal Constitucional italiano es el que desarrolló una jurisprudencia más relevante discrepando de la línea del TJCE (mencionaremos sus sentencias *Frontini*, 1973, y *Granital*, 1984). La jurisprudencia constitucional española es prescindible: se ha producido una gran mutación constitucional; ha dejado la Constitución de ser soberana, *norma normarum*, única y suprema, pero la jurisprudencia constitucional apenas lo refleja.

e) En el Derecho europeo los principios, que son muchos, tienen cuatro procedencias principales: primera, las tradiciones jurídicas comunes; segunda, el constitucionalismo general de los Estados miembros; tercera, la interpretación de los Tratados por el TJCE; y cuarta, los Tratados mismos. Algunos de ellos son el de igualdad, el de seguridad jurídica, el citado de proporcionalidad, el de lealtad comunitaria (cf. la «lealtad federal» germana), y el de subsidiariedad (alemán, incorporado a los Tratados a partir de Maastricht).

e. En cuanto a principios constitucionales comunitarios, lo relevante no es que existan, sino que

también muestran esa interdependencia entre las Constituciones estatales y la comunitaria. La Constitución europea no «constituye» Europa ni sus Estados miembros ni sus Constituciones, ni tiene inconveniente en tomar principios de sus tradiciones constitucionales. En la elaboración de principios se ha podido ver a menudo dos pasos: primero, un principio de un Estado —ejemplo: proporcionalidad— pasa de un Estado a la Comunidad a través del TJCE; segundo, ese principio pasa del torrente circulatorio comunitario a los restantes miembros.

f. **¿HACE FALTA UNA CONSTITUCIÓN ESCRITA?**

Quizá sí. Pero en el año 2000 el constitucionalismo europeo tiene también que preocuparse de frenar los poderes europeos. Ya no estamos ante una débil criatura en peligro: estamos ante unas instituciones razonablemente sólidas que operan en un ambiente que carece de la innata desconfianza anglosajona y liberal ante todo gobierno. La comparación con la historia norteamericana nos ilumina mucho.

Quizá haga falta una magna carta formal, entre otras razones para acabar con el caos de textos, resolver el conflicto entre unanimidad y mayoría, regularizar las potestades públicas europeas, «comunitarizar» parte de los otros dos pilares (no todo), controlar al Consejo, dar derechos a las regiones, o garantizar los núcleos duros de los Estados. Pero la UE, incluso como está ahora, ya forma una verdadera comunidad política *sui generis* (una comunidad política de comunidades políticas), dotada de un considerable poder político al que habrá que controlar como a cualquier poder, aunque sea constitucional. Si esos poderes son de ámbito continental, mayor necesidad de control. Eso es lo constitucional; para eso necesita Europa una Constitución: para lo mismo que España, frenar el poder, defender los derechos de los ciudadanos (y de los territorios menores), proteger al débil, no legitimar al fuerte; evitar toda concentración de poder; impedir que un día los sistemas jurídicos y las sociedades civiles de los Estados queden a merced de la jurisprudencia de valores de un tribunal constitucional europeo incontrolado. Necesitamos constitución europea para que no haya Estado europeo. La necesitamos, pero no para que todas las normas aplicables en Europa procedan de una única *norma normarum* europea, sino para garantizar a los derechos estatales y regionales un mínimo de pluralismo e independencia; no para legitimar nuevos grandes poderes, sino para garantizar su dispersión.

Partimos de la base de que ya existe un considerable bloque de la constitucionalidad europea que sería aproximadamente como lo hemos abocetado, y no todo está mal en él. Está desordenado, incompleto y lleno de defectos, pero ha generado, accidentalmente, una Constitución pluralista, liberal, dispersa y sin monopolios, sin poderes militares ni económicos descomedidos en manos del centro (por ahora), sin una mitología como la estatista; incluso, de momento, sin un centro en sentido francés o español. Hay que constitucionalizar la UE para controlar más el poder, garantizar más las libertades y el imperio del Derecho, reducir el déficit democrático. Para esto no es imprescindible una codificación constitucional en la acepción estatista que justamente está siendo superada ahora. No hay que abandonar este constitucionalismo liberal (de liberalismo político, «republicano»), no jerárquico. Mantener este pluralismo evitará «nuevas totalidades», nuevos absolutismos, jurídicos o éticos —de valores que al final serán lo que entienda un tribunal—. Una Constitución europea así, que consista en una parte escrita (la referida materia constitucional ordenada en un documento, más las novedades que se produzcan en Niza), en las jurisprudencias (del TJCE y de los miembros), en las Constituciones de los Estados y en los principios, al estar en tantas manos evitará monopolios, resolviendo el problema de crecer en constitucionalismo sin crecer en estatismo. Con el fin de dividir la interpretación constitucional, el TJCE será máximo intérprete pero no único (y de las Constituciones

estatales, tampoco será máximo). Respecto de los Estados miembros —sus regiones, pueblos, parlamentos, tribunales—, mientras puedan decidir algo sobre alguna parte de esa Constitución europea mantendrán algo de poder constituyente y de reforma. No todas las jurisdicciones, parlamentos, Estados o regiones se mostrarán igual de activos, pues hasta ahora ya no ha sido así, pero la Constitución debe garantizarles esa posibilidad.

Si se trata de escribir una Constitución europea codificada, estatista, *norma normarum*, omnicomprendiva, monista, conjunto objetivo de valores a imponer desde arriba, una Constitución como quiso ser la de 1978, mi respuesta sería que no es lo más conforme con el constitucionalismo. No hace falta que una carta magna europea regule la vida social de los pueblos, ni todas sus fuentes del Derecho, ni sus valores, ni que alguien monopolice la interpretación de esa Constitución. Personalmente, no defiendo eso ni en un Estado. No debemos caer en lo que Schmidt-Assman llamó «nueva totalidad» y nuevo «absolutismo de valores normativo». Por constitucional que sea una comunidad política, la vida nunca debe ser ejecución de la Constitución¹⁰; si ésta es continental, con más razón. Como decían los estudiantes del College of William and Mary (Virginia), «los americanos no vivimos nuestras vidas leyendo primero la Constitución».

El fenómeno constitucional europeo está rescatando el constitucionalismo «negativo», el cual, más que ordenar la producción de normas o «constituir» la sociedad, frena el poder y protege los derechos. Los valores deben seguir fluyendo de abajo arriba; de la religión, la ética, la cultura y la estética de los pueblos. Toda Constitución refleja valores, pero no debe producirlos —excepto los específicamente constitucionales—; menos aun imponerlos, so pena de generar una jurisprudencia de valores e interferir hasta en las conciencias personales. Esto que decimos es sólo una regla de oro del constitucionalismo: el poder, la legitimidad, la jurisdicción y el control deben fluir de abajo arriba, como en un pacto, siempre (no sólo al aprobar una Constitución), y que, legítimos o no, nunca deben concentrarse. La Constitución europea, más que cualquier otra, debe continuar siendo pacticia.

No por ser esta opinión desfavorable al constitucionalismo estatista y codificado se puede negar que toda Constitución tiene una dimensión organizadora y que hace falta poner orden, claridad y, si es posible, un poco de buen estilo, en la heterogénea masa constitucional de la UE. Ello puede dar lugar a una constitución escrita en buena parte; pero «escrita» como la norteamericana no equivale a «monista» como la española, ni a «positivación de un orden objetivo de valores» como la alemana. Escrita o no, no hagamos una Constitución estatal para un mundo posestatal.

• • • • •

Brevitatis causa, admitiremos que en materia constitucional europea cabrían también muchos otros enfoques y problemas que ni siquiera hemos rozado; como el de si la Constitución española dejará de ser una verdadera Constitución —Canotilho se pregunta si la portuguesa se ha reducido a Constitución regional y concluye que aún no¹¹—. Pero aquí nos conformaríamos con haber incitado a reflexionar sobre un problema tan importante como apasionante.

NOTAS

1· Partimos de la teoría constitucional no estatista de nuestras *Lecciones de Teoría Constitucional*, Madrid, Colex, 1997, 3ª ed. española, así como de Pereira-Bronfman-Cancela-Hakansson, *La Constitución europea*

, USC, Santiago, 2000.

2· La asimetría aparece en diversos protocolos sobre el Reino Unido, Irlanda o Dinamarca, en algún artículo de los Tratados referente al BENELUX (el 306 del TCE) y en otros sobre cooperación reforzada.

3· En otras Constituciones federales o autonómicas el reparto se hace por listas de materias, sistema que, en la práctica, tampoco frena mucho a los poderes centrales cuando invocan «las bases de la economía» u otros argumentos semejantes.

4· Los definieron bien temprano, a menudo respondiendo a la presión de litigantes y jueces alemanes, como en los fallos *Internationale Handelsgesellschaft* (1970), *Nold* (1974) o *Hauer* (1979). Los dos primeros dicen que las Comunidades deben respetar los derechos, y extraen derechos de los principios. Importante: consideran las tradiciones constitucionales estatales como fuente constitucional europea.

5· *Implied powers*: regla norteamericana que justificó el crecimiento del poder federal (caso *McCulloch contra Maryland*, 1819). Para Europa, la sentencia AETR (1971), que los reconoció, significó que la Comunidad disponía de competencias no previstas explícitamente en los Tratados, pero derivables de otras previstas.

6· Fallo *Roquette Frères* (1980).

7· El TJCE dictó en 1987 la sentencia *Foto-Frost*, atribuyéndose el monopolio a sí mismo.

8· Frase de Rainer Arnold, *La unificación alemana*, Madrid, 1993, p. 115. Nosotros mencionaremos sólo las Constituciones de Alemania, Francia, Portugal y España.

9· Art. 1: dignidad humana, inviolabilidad e inalienabilidad de los derechos. Art. 20: carácter federal, democrático y social del Estado alemán, sumisión de los poderes públicos a la ley y al Derecho, derecho de resistencia contra quien amenace el orden constitucional. Toda Constitución tiene algún núcleo duro; en la española, aquello que ella considera anterior o superior a sí misma: unidad de España, fundamentación de los derechos en la dignidad y en la naturaleza humana, derechos históricos y forales, autonomía de Galicia, Cataluña y Euskadi.

10· Eberhard, Schmidt-Assman, «Der Rechtsstat», en J. Isensee, y P. Kirchhof, *Handbuch der Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1987, t. I, pp. 987-1043. Se refiere a Alemania; para toda Europa sería aun peor.

11· *Direito Constitucional*, Coimbra, 1998, pp. 204-205.

Fecha de creación

30/09/2000

Autor

Antonio-Carlos Pereira Menaut