

# REFLEXIONES SOBRE LA IDEA DE CONSTITUCION EUROPEA (\*)

Por LUIS MARIA DIEZ-PICAZO

## SUMARIO

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA.—II. LA ADOPCIÓN DE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN EUROPEA EN SEDE DOCTRINAL.—III. USOS CONTEMPORÁNEOS DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN.—IV. LA PROBLEMÁTICA EXISTENCIA DE UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA.—V. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

### I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

A medida que el proceso de integración comunitaria, si bien con altibajos, va progresando, es cada vez más frecuente hallar menciones explícitas de la existencia, siquiera *in fieri*, de una Constitución europea. El problema que ello suscita, como es obvio, radica en determinar hasta qué punto esta utilización de la idea de Constitución es adecuada a la realidad jurídico-política a que se refiere y, por ende, si es conceptualmente correcta en el actual estadio de desarrollo del Derecho comunitario. A fin de enfocar correctamente esta cuestión, parece preliminar-

---

(\*) El presente estudio recoge el texto de una conferencia pronunciada el 9 de marzo de 1993 en el marco del *Seminario di Studi Parlamentari* de la Universidad de Florencia, por invitación del profesor Mario Chiti. Con su permiso se publica aquí en versión castellana.

mente necesario examinar los diferentes significados con que se emplea dicha noción de Constitución europea en sede técnica, es decir, por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) y de la literatura académica. Su uso en foros meramente políticos —más allá de las recurrentes iniciativas, que hasta la fecha nunca han superado la fase de estudio preparatorio, de dotar a la Comunidad de una genuina carta constitucional— puede ser sintomático de la vocación de ciertas fuerzas políticas hacia la creación de una unión más perfecta; pero no es indicativo a la hora de dar una calificación rigurosa al presente.

Comenzando, pues, por la jurisprudencia del TJCE, es interesante observar cómo su percepción del ordenamiento comunitario ha evolucionado en los últimos treinta años, acentuando precisamente su aspecto constitucional. Así, al afirmar en 1964 la primacía del Derecho comunitario sobre los Derechos nacionales —lo que no era, en aquel tiempo, más que una consecuencia necesaria del principio de eficacia directa, sentado el año anterior por la Sentencia *Van Gend en Loos*—, el TJCE dijo en la Sentencia *Costa*:

«(...) à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un *ordre juridique propre*, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions.»

Esta consideración de la Comunidad como ordenamiento diferenciado tanto del Derecho internacional cuanto de los Estados miembros se basa en el tipo de capacidad jurídica y de instituciones de que ha sido dotada, así como en la transferencia de facultades soberanas operada a su favor por los propios Estados miembros. De aquí, que éstos no puedan hacer prevalecer medidas unilaterales contra el Derecho comunitario. Merece la pena observar que, en esta primera fase de la construcción comunitaria, el problema se plantea en términos de pura relación entre ordenamientos: el Derecho comunitario implica una forma de integración diferente y más intensa que la meramente internacional, de suerte que sus normas gozan de eficacia directa y primacía con respecto a los ordenamientos nacionales. Para ello, no es preciso recurrir a la idea de Constitución. No obstante, la más antigua referencia expresa a los Tratados constitutivos en clave constitucional se halla ya

en el propio asunto *Costa*, cuando el abogado general Lagrange sostuvo en sus conclusiones a favor del principio de primacía que el Tratado CEE operaba en cierto sentido como una Constitución.

Hubo que esperar má de veinte años para que el TJCE hiciera suyo este símil. Parece que sólo en 1986, con la Sentencia *Parti écologiste*, hubo un pronunciamiento jurisprudencial en este sentido:

«Il y a lieu de souligner d'abord à cet égard que la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses Etats membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la *charte constitutionnelle* de base qu'est le traité.»

Aún así, conviene subrayar que la virtualidad de este primer supuesto de asimilación de los Tratados constitutivos a un documento constitucional no deja de agotarse en el ámbito de las exigencias del *rule of law*: se trata de equiparar la fuerza vinculante de los Tratados constitutivos y la protección por ellos dispensada a las más elevadas manifestaciones del Estado de Derecho a nivel nacional, esto es, no como puro principio de legalidad sino también como principio de constitucionalidad. Ello trae consigo que no hay actos de los poderes públicos, comunitarios o nacionales, inmunes al juicio de conformidad con los propios Tratados constitutivos, quedando de este modo plenamente garantizada la tutela judicial de los particulares en el ámbito de competencia de la Comunidad.

A esta resolución han seguido algunas otras en sentido similar; pero la más acabada versión de la caracterización constitucional que el TJCE hace de los Tratados constitutivos se encuentra probablemente en su Dictamen de 1991 sobre el proyecto de tratado relativo al *Espacio Económico Europeo*, ya que en este caso hubo de afrontar directamente el problema de la naturaleza jurídico-política misma de la Comunidad. Dicho proyecto de tratado, en efecto, prevía una asociación con los países miembros de la EFTA y el establecimiento de un área económicamente homogénea más allá del ámbito estrictamente comunitario. A este fin, debía haber ciertas reglas sustantivas comunes —en particular, en materia de libre competencia—, así como determinados mecanismos para la aplicación de éstas, entre los que destacaba un Tribunal compuesto por miembros procedentes de los países de la EFTA

y Jueces del TJCE. Pues bien, el Dictamen comienza recordando la jurisprudencia anterior acerca de los principios de eficacia directa y primacía como fundamentos del Derecho comunitario, ya que sin ellos resultaría impracticable una aplicación uniforme de éste en toda la Comunidad; reitera que, por medio de los Tratados constitutivos, los Estados miembros han dado vida a un ordenamiento jurídico nuevo y diferenciado, a cuyo favor han renunciado al ejercicio de facultades soberanas; y, sobre todo, introduce la novedosa noción de que el carácter jurídico-internacional de los actos fundadores de la Comunidad no impide que sean, al mismo tiempo, una Constitución. Ha afirmado, así, el TJCE en el asunto del *Espacio Económico Europeo*:

«En revanche, le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, les traités communautaires ont instauré un nouvel ordre juridique au profit duquel les Etats ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont seulement les Etats membres, mais également leurs ressortissants (...). Les caractéristiques essentielles de l'ordre juridique communautaire ainsi constitué sont, en particulier, sa primauté par rapport aux droits des Etats membres ainsi que l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes.»

Ahora bien, el TJCE ha ido aún más lejos en el tratamiento en clave constitucional de los Tratados constitutivos. El proyecto de tratado del Espacio Económico Europeo pertenecía a la categoría de los llamados tratados mixtos, en los que son partes tanto los Estados miembros cuanto la propia Comunidad en su condición de sujeto de Derecho internacional. Por este motivo, el Tribunal contemplado en el proyecto de tratado habría podido resolver sobre cuestiones relacionadas con la distribución de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros; lo que no es compatible con la delimitación competencial diseñada en los Tratados constitutivos, ni con la función que éstos encomiendan al TJCE como máximo intérprete del Derecho comunitario y garante de su uniforme interpretación:

«Il s'ensuite que la compétence attribuée à la Cour EEE (...) est susceptible de porter atteinte à l'ordre de compétences défini para les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour de justice assure le respect, en vertu de l'article 164 du traité CEE. Cette compétence exclusive de la Cour de justice est confirmée par l'article 219 du traité CEE selon lequel les Etats membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de ce traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci. L'article 87 du traité CECA comporte une disposition dans le même sens.

L'attribution de cette compétence à la Cour EEE est, dès lors, incompatible avec le droit communautaire.»

De este pasaje se desprende con claridad que la identificación de los Tratados constitutivos con una Constitución ya no se basa tan sólo en consideraciones acerca del *rule of law*: aunque la voluntad del TJCE de defender su propio *status* es inequívoca, ésta goza de un sólido punto de apoyo en el hecho de que los tratados constitutivos han realizado una distribución de competencias sobre el ejercicio de facultades soberanas, que, desde el punto de vista del Derecho comunitario, no puede ser alterada por un tratado internacional posterior. En otras palabras, si bien es un principio general del Derecho internacional la modificabilidad de cualquier tratado por el consenso de las partes, las instituciones creadas por los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea y, en especial, el TJCE sólo pueden admitir la reforma de éstos a través de los procedimientos establecidos al efecto en los mismos; y ello, porque los Tratados constitutivos son la regla fundamental de un ordenamiento jurídico diferenciado que ha engendrado una organización política compuesta, es decir, porque a efectos de la distribución territorial del poder son una Constitución. El colofón de todo ello es no sólo la rigidez y supremacía normativa de los Tratados constitutivos con respecto al *treaty-making power* de la Comunidad, sino la existencia de una genuina cláusula de intangibilidad. Efectivamente, al someter el proyecto de tratado sobre el Espacio Económico Europeo a la consideración del TJCE, la Comisión había anunciado que, en caso de opinión negativa, podría proponer una reforma del artículo 238 del Tratado CEE —a fin de evitar tener que seguir el procedimiento previsto

en el artículo 236 del Tratado CEE, al que aquél se remite— que permitiera dotar de un sistema jurisdiccional a las organizaciones internacionales con participación de terceros previstas en ese precepto. El TJCE ataja de raíz cualquier tentación en este sentido:

«Toutefois, l'article 238 du traité CEE ne fournit aucune base pour instituer un système juridictionnel qui porte atteinte à l'article 164 de ce traité et, plus généralement, aux *fondements mêmes de la Communauté*.

Pour les mêmes raisons, une modification de cette disposition dans le sens indiqué par la Commission ne saurait remédier à l'incompatibilité du système juridictionnel de l'accord avec le droit communautaire.»

De aquí podrían extraerse tres conclusiones. Ante todo, existe un núcleo duro de normas y principios en los Tratados constitutivos no susceptible de revisión. En segundo lugar, la virtualidad de este núcleo duro podría desplegarse también en sede de interpretación, como criterio objetivo para dar preferencia a unas líneas argumentativas sobre otras. En fin, la referencia a los fundamentos de la Comunidad, no por completo coincidentes en extensión y cualidad con los Tratados constitutivos mismos, permitiría enlazar con las teorías de la Constitución material. Es curioso, por lo demás, cómo con este apodíctico *obiter dictum* el TJCE ha zanjado la siempre espinosa cuestión de si, en ausencia de disposición expresa al respecto —recuérdese que el artículo 173 del Tratado CEE no prevé la fiscalización de la regularidad de las revisiones de los Tratados constitutivos—, cabe enjuiciar la constitucionalidad de las reformas constitucionales.

## II. LA ADOPCIÓN DE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN EUROPEA EN SEDE DOCTRINAL

Hasta aquí, el recurso expreso a la noción de Constitución por parte del TJCE. Su utilización doctrinal, como cabía esperar, ha sido más variada y, a veces; menos rigurosa. Los autores que han escrito sobre la existencia de una Constitución europea pueden ser agrupados en cuatro grandes líneas de pensamiento, según cuál sea el objeto con que

identifican aquélla: 1) la jurisprudencia del TJCE, 2) la regla fundamental del ordenamiento comunitario, 3) la creación y organización de un poder público comunitario, 4) el establecimiento de una estructura cuasi-federal.

La primera corriente está formada por aquéllos que, como Rasmussen o Mancini, de una manera predominantemente descriptiva, acenúan la importancia del papel desempeñado por el TJCE en la construcción de una organización jurídico-política supranacional. Ponen de relieve, sobre todo, cómo el innegable éxito de la Comunidad en su faceta de integración jurídica —contrapuesta a su faceta de integración política— ha sido debido a la actitud decidida del TJCE. Baste pensar a este respecto que dista de ser claro que la intención de los autores de los Tratados originarios fuera instaurar un ordenamiento jurídico de las características del que existe y opera en la actualidad, nitidamente distinto de las formas tradicionales de colaboración internacional. Los grandes principios sobre los que descansa el Derecho comunitario (eficacia directa, primacía, efecto útil, etc.) son, sin duda alguna, creación jurisprudencial. En este orden de consideraciones, si bien con un propósito más restringido y técnicamente más preciso, no se debe omitir la constatación doctrinal, encarnada de manera ejemplar por Weiler, de que el TJCE abandonó tempranamente los métodos de interpretación propios de los Tribunales internacionales para aproximarse a los que suelen emplearse en las jurisdicciones constitucionales y administrativas nacionales. No cabe duda de que, con este significado, es plenamente ajustado a la realidad afirmar que se ha producido una constitucionalización de la jurisprudencia del TJCE.

La identificación de la Constitución europea con la regla fundamental del ordenamiento comunitario es realizada, en un volumen colectivo publicado oficialmente por la Comunidad, por Bernhardt. En la medida en que los Tratados constitutivos han dado vida a un ordenamiento jurídico diferenciado, provisto de instituciones propias habilitadas para crear y aplicar normas jurídicas, el conjunto de normas y principios jerárquicamente supremos forman la regla fundamental o Constitución de dicho ordenamiento; es decir, la Constitución vendría dada por las normas fundacionales que se hallan en la cúspide de la jerarquía normativa, determinando la validez de todas las demás. La Constitución europea coincidiría, así, con el llamado Derecho comunitario primario. Dos aspectos de esta concepción merecen ser desta-

cados. Por una parte, si bien deliberadamente descriptiva, tiene el mérito de apoyarse sobre un criterio objetivo: la fuerza vinculante, activa y pasiva, de las normas y principios que se encuentran en una posición suprema. La aplicación al Derecho comunitario de este concepto de fuerza vinculante, que tiende a ser idéntica dentro del mismo grado jerárquico, ayuda a comprender el funcionamiento de las relaciones internormativas dentro de aquél. Además, la insistencia sobre la jerarquía normativa, fenómeno jurídico ligado a la aparición del Estado liberal, aproxima el Derecho comunitario a las categorías mentales propias del Derecho interno y, en particular, del Derecho constitucional. Todo ello permite verificar que la Constitución europea o Derecho comunitario primario no consta únicamente de los Tratados constitutivos, sino también de otros actos que los integran (Decisión del Consejo de 20 de septiembre de 1976 sobre elección directa del Parlamento Europeo) o los complementan en sede interpretativa (Declaraciones de 27 de abril de 1977 y 8 de abril de 1978 sobre los derechos humanos y la democracia, respectivamente); y permite, asimismo, comprobar que no se trata de una Constitución meramente procedimental, sino impregnada de valores sustantivos. Por otra parte, hay que señalar que Bernhardt es sumamente cauteloso y afirma de manera explícita que, desde el punto de vista de su significado jurídico-político profundo, no es fácil asimilar el Derecho comunitario primario a una Constitución.

El enfoque de la Constitución europea como creación y organización de un poder público comunitario ha sido adoptado por Sabino Cassese. Pone de manifiesto cómo la Comunidad ejerce un genuino *imperium* en el interior de los Estados miembros, que afecta directamente a multitud de aspectos de la vida cotidiana de los particulares. Examina cuidadosamente, a continuación, las funciones asumidas por la Comunidad y su articulación con las que siguen correspondiendo a las autoridades estatales. Distingue, en fin, los diversos elementos (integubernamental y transnacional) presentes en la estructura institucional de la Comunidad, al tiempo que subraya la ambigua configuración de las potestades administrativas comunitarias: en el Derecho comunitario, la función ejecutiva en sentido propio compete casi siempre a los Estados miembros, si bien la Comisión posee atribuciones reguladoras y de inspección y fiscalización. Es cierto que este autor no explica si la tradicional clasificación de las funciones y poderes públicos sirve para comprender el Derecho comunitario, ni sugiere alternativa alguna en este sentido;



pero no se le puede negar que pone de manifiesto un fenómeno típicamente constitucional, como es la creación y limitación del poder público por medio de normas jurídicas. Por lo demás, ofrece una utilísima visión analítica del poder público en el ámbito de la Comunidad. Aun así, no cabe desconocer que estudia el contenido de la Constitución europea dando por supuesta su plena existencia. El párrafo con que se abre su estudio habla por sí solo:

«Che esista una Costituzione europea, non vi è dubbio. Si può dire che gli ordinamenti giuridici nazionali dei dodici paesi che aderiscono alle Comunità europee siano parte di un ordinamento unitario e che questo ordinamento ha una Costituzione, sia nel senso di assetto costituzionale di tipo sostanziale o materiale, come inteso da Dicey e da Mortati, sia nel significato formale. Ma quale è la Costituzione della Europa unita?»

La última de las líneas de pensamiento arriba apuntadas representa, tal vez, la elaboración más acabada de la idea de Constitución europea, al poner el acento en el establecimiento de una estructura cuasi-federal o, si se prefiere, de una estructura compuesta que puede evolucionar sin rupturas hacia un genuino modelo federal. Este filón, que ha dado sus mejores frutos en el terreno de la comparación entre el federalismo norteamericano y la experiencia comunitaria, fue abierto por Stein. Una excelente muestra de sus frutos es ofrecida por Hartley, quien pone de relieve cómo en la Comunidad Europea se pueden encontrar ya, con mayor o menor grado de desarrollo, casi todos los rasgos distintivos del federalismo, tal como se desprende del parangón con los Estados Unidos. Indica, en concreto, la existencia de una distribución de competencias entre dos niveles de gobierno y la posibilidad de que la Comunidad legisle de manera inmediatamente vinculante y prevalente sobre la legislación de los Estados miembros; de un Tribunal que resuelve los litigios competenciales y ejerce *judicial review* sobre la legislación de la Comunidad e, indirectamente, a través de la cuestión prejudicial (art. 177 del Tratado CEE), también sobre la legislación de los Estados miembros; de un poder, siquiera limitado, de entablar relaciones internacionales; de una cierta restricción de la jurisdicción de los Tribunales estatales y consiguiente aceptación mutua de las resoluciones judiciales (Convención de Bruselas de 1968, sobre reconocimiento

y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil), en línea con la cláusula de *full faith and credit*. Apunta, además, a la incipiente aparición de un *common law* sustantivo sobre la base de principios generales del Derecho elaborados por el TJCE, así como al desarrollo por idéntica vía de la protección de los derechos humanos. Con todo, la más interesante aportación de Hartley en esta sede es su asunción de la tradicional exigencia según la cual un verdadero federalismo no puede existir sin una norma *super partes*, esto es, sin una Constitución; y de ello extrae que los Tratados constitutivos, a la vista de que cumplen los cometidos esenciales para una federación que se acaban de enunciar, son una Constitución. Particularmente inusual y penetrante es su observación de que, en este contexto, deja de tener relevancia decisiva la naturaleza jurídico-internacional de las normas constitucionales de la Comunidad:

«The Constitution of the Community takes the form of a series of international treaties. This is no reason to believe that this form, in itself, disqualifies the Constitutive Treaties from being regarded as a Constitution. It is true that they are undoubtedly acts of the Member States, and not an act of the people, as is the Constitution of the United States, but this is not determinative of their status: the Canadian Constitution originated as a series of statutes of another country, the United Kingdom.»

Esta afirmación, sin embargo, no hace caer al autor en un injustificado optimismo ni perder su rigor analítico. Reconoce que, mientras la actividad normativa y jurisdiccional de la Comunidad es prácticamente federal, su actividad política —incluido el célebre déficit democrático— sigue estancada en un modelo de cooperación intergubernamental.

Para acabar de perfilar este panorama de la literatura académica en la materia, es conveniente mencionar dos recientes contribuciones, que exceden del ámbito estrictamente comunitario. Por una parte, está la idea avanzada por Haerberle acerca de la progresiva emergencia de un Derecho constitucional común europeo, consistente en un *corpus* unitario de nociones, principios y doctrinas que está permeando la teoría y la práctica constitucionales de los diferentes países europeos. La fuerza motriz de esta tendencia unificadora de los *standards* del Estado

democrático de Derecho no se halla sólo en el Derecho comunitario tal como viene siendo aplicado por el TJCE, sino que procede más en general de una actitud sostenida de apertura y colaboración política y jurídica, que abarca sin ánimo exhaustivo desde la aceptación de la jurisdicción y el acatamiento de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta los intensos contactos universitarios y el creciente interés por la comparación. Es evidente que la formación de una cultura jurídico-constitucional común es terreno abonado para el nacimiento de una auténtica Constitución europea. Por otra parte, se encuentra la sugerencia de Zagrebelesky —en verdad, incidental dentro del contexto en que la hace— sobre la posibilidad de aplicar el concepto de Constitución a la comunidad internacional, a fin de subrayar su cada vez mayor juridificación y, en consecuencia, la comprensión de la esfera de soberanía de los Estados.

### III. USOS CONTEMPORÁNEOS DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Una vez aclarados los principales significados con que circula la idea de Constitución europea en la actualidad, la verificación de su adecuación a la realidad jurídico-política y de su corrección conceptual exige proceder a un contraste con los usos generalmente admitidos de la noción misma de Constitución. Para ello, sin ceder a la temeraria tentación de intentar construir en tan breve espacio una Teoría de la Constitución, es inexcusable mostrar claramente cuáles son los perfiles esenciales de dichos usos generalmente admitidos.

Ante todo, es bien sabido que de Constitución se habla tanto en sentido descriptivo como prescriptivo. En sentido descriptivo, la Constitución designa, dentro de una tradición de origen aristotélico, la organización política propia de una determinada comunidad y es, por consiguiente, un concepto politológico o sociológico. También designa, como concepto estrictamente jurídico, la regla fundamental de cualquier ordenamiento; es decir, según la clásica construcción de Kelsen, se trata de la regla que instituye un sistema normativo, de la cual deriva la validez de todas las demás normas del mismo. La limitación intrínseca del punto de vista descriptivo radica, como es obvio, en la generalidad y, por tanto, en la vaguedad e imposibilidad de diferenciación: la Constitución es, así, un atributo político de toda comunidad y un atributo

jurídico de todo ordenamiento, que no ofrece criterio alguno para calificar sus contenidos. A ello se pone coto con el sentido prescriptivo de Constitución, según el cual no se trata de cualquier organización política o cualquier regla fundamental, sino únicamente de aquéllas que encarnan y salvaguardan ciertos valores. Es éste un enfoque axiológico, que exige de la Constitución que encarne y salvaguarde determinados valores. La Constitución, en pocas palabras, debe ser una nomocracia o limitación jurídica del poder como medio para garantizar la libertad política; y sus instrumentos técnicos han de ser, de acuerdo con la proclamación lapidaria del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, la tutela de los derechos fundamentales y la división de poderes. Importa señalar que el sentido prescriptivo de Constitución aparece históricamente vinculado al constitucionalismo como movimiento político y, en definitiva, a la filosofía política liberal; y ello, hasta el punto de que el término fue acuñado, en su acepción contemporánea, precisamente contra el absolutismo. De esta comprobación de que el sentido prescriptivo de Constitución ha precedido a su sentido meramente descriptivo se sigue que no sea justificable una excesiva condescendencia con este último. Debido a su prestigio, se han apropiado de la palabra, con intenciones inequívocamente cosméticas y propagandísticas, todo género de regímenes.

Todo esto es, hoy en día, harto conocido. Ocurre, sin embargo, que no es suficiente, porque el interrogante axiológico o prescriptivo sobre qué debe ser una Constitución requiere de algún tipo de complemento y matización, siquiera sumario, con respecto, al menos, a las siguientes cuestiones: 1) el valor de las características constitucionales de escritura, rigidez y supremacía; 2) la incidencia del control judicial de constitucionalidad en el funcionamiento de la Constitución; 3) la importancia del poder constituyente para la existencia de una Constitución; 4) la relación entre Constitución y democracia.

Desde un punto de vista puramente conceptual, escritura, rigidez y supremacía pueden ser diferenciadas: la escritura consiste en recoger formal y solemnemente la Constitución en un documento *ad hoc*; la rigidez, en establecer requisitos para la reforma de la Constitución más gravosos que los que rigen para la legislación ordinaria; la supremacía o supralegalidad, en prever el control judicial del respeto incondicionado hacia la Constitución. Caben, de este modo, múltiples variantes según concurra una o más de estas características. No obstante, escritura,

rigidez y supremacía reflejan —ciertamente con un énfasis en aspectos diversos, que deriva de las circunstancias de lugar y tiempo en que cada una fue acuñada— una similar visión global de la Constitución. Las tres son expresión del auténtico valor normativo, no meramente programático, que se atribuye tanto a sus disposiciones organizativas y procedimentales cuanto a sus declaraciones sustantivas, especialmente aquéllas que reconocen derechos y libertades; y son expresión, asimismo, de que la Constitución se impone a todos los poderes públicos, incluido el legislador. Lo que interesa subrayar ahora es que esta naturaleza fundamental de la Constitución no procede sólo de sus atributos formales, como puede parecer a primera vista si se insiste excesivamente en la rigidez o, más en general, en los requisitos de elaboración y modificación, los cuales no son sino la sola apariencia externa de la jerarquía normativa. Resulta históricamente claro que, en los orígenes del constitucionalismo, lo que otorga a la Constitución una naturaleza fundamental es precisamente la circunstancia de ser puesta por escrito y, en consecuencia, ser un acto consciente y voluntario de establecimiento de una nueva organización política dotada de un nuevo ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que era propio del Antiguo Régimen, la Constitución no tiene valor declarativo de un *higher law* externo e inmutable, sino que es tal por tener un valor constitutivo del entero orden jurídico-político, de manera que puede decirse fundamental por ser fundacional. De aquí, que los requisitos formales, como la rigidez, sean garantías añadidas al servicio de la Constitución, cuya incondicionada superioridad emana primordialmente de su contenido. Ello es puesto de relieve, en la actualidad, por la reacción sustantiva y moderadamente antiformalista ínsita en la noción de supremacía constitucional.

A la vista de lo anterior, es de todo punto evidente que la existencia de algún tipo de control de constitucionalidad, difuso o concentrado, es absolutamente consustancial con la supremacía de la Constitución: ésta sólo puede hacerse valer en la medida en que puede ser aplicada por los Jueces. Por lo demás, aunque en su virtualidad práctica los modelos difuso y concentrado de *judicial review of legislation* tienden a aproximarse, no cabe ignorar que el primero de ellos favorece un funcionamiento de la Constitución como norma directamente invocable por los particulares, en tanto que el segundo se inclina más a operar como un límite objetivo para el legislador. En esta sede, sin embargo,

importa hacer hincapié en otra distinción: el valor normativo de la Constitución, aparte de incidir sobre la legislación en general, puede limitarse a hacer respetar la distribución de competencias entre los dos niveles de gobierno en un Estado compuesto; distinción que, en la doctrina alemana, se refleja con las expresiones *Verfassungsgerichtsbarkeit* y *Staatsgerichtsbarkeit*. Esta última es una manifestación más antigua y, sobre todo, más restringida de control de constitucionalidad, ya que no toma en consideración cualquier vulneración de la Constitución, sino sólo aquéllas de índole competencial. Esta observación es relevante para deshacer un equívoco frecuente. Es rigurosamente cierto, como se afirma a menudo, que el federalismo exige una Constitución (distribución de competencias) y un mecanismo judicial de control de constitucionalidad (garantía del respeto a la distribución de competencias); y es igualmente exacto que ello implica en sí mismo una división de poderes —llamada vertical o entre niveles de gobierno, en cuanto contrapuesta a la división de poderes por excelencia entre órganos que ejercen funciones diversas— y conlleva, por ende, una forma de constitucionalismo. Ahora bien, un constitucionalismo que se basa únicamente en su elemento federal es por fuerza limitado, porque deja al margen de la supremacía de la Constitución todas las cuestiones no competenciales. *Staatsgerichtsbarkeit* y *Verfassungsgerichtsbarkeit* responden, pues, a una lógica distinta. Sin esta última no es factible una plena supremacía constitucional.

La arriba mencionada naturaleza constitutiva y fundacional de la Constitución obliga, asimismo, a interrogarse acerca de la importancia del poder constituyente para la existencia de aquélla. De nuevo con brevedad, hay que señalar que el problema real no estriba en si en un dado momento del pasado ha habido o no un acto revolucionario, es decir, el establecimiento *ex novo*, sin vinculación a un Derecho anterior, de una organización política y un ordenamiento jurídico. Es éste, probablemente, un modelo teórico heredado por el liberalismo europeo de la Revolución Francesa; pero no parece que sea el único, como lo demuestra la experiencia histórica de procesos de instauración de una Constitución que se han desenvuelto sin una ruptura total con la situación precedente. Más bien, el meollo de la cuestión —aparte del interrogante, sobre el que se volverá en su momento, acerca de a quién se imputa la autoría de la Constitución— radica en el valor unificante de la Constitución misma. Este valor unificante no es sólo jurídico,

en el sentido de que todas las normas del ordenamiento traen su validez de la Constitución, sino también político: la Constitución origina una organización política diferenciada, que ha de asentarse en ciertos valores básicos de la convivencia política que no son ni pueden ser ya puramente procedimentales, sino que el constitucionalismo del siglo XX requiere también de valores sustantivos; y ello, debido a múltiples razones, entre las que cabe citar, a título de ejemplo, la complejidad de las relaciones sociales y de los intereses en potencial conflicto, el pluralismo cultural, etc. Pues bien, la identificación de los valores básicos sobre los que se asienta una Constitución es de importancia decisiva para guiar el entero proceso de interpretación-aplicación de la misma y, en definitiva, para determinar su alcance. Es aquí donde reside la esencia de lo que suele ser designado, con expresión cargada de ambigüedad, como Constitución material.

Precisamente el creciente influjo de los valores sobre el constitucionalismo contemporáneo obliga a interrogarse sobre la relación entre Constitución y democracia. En el constitucionalismo decimonónico clásico, este problema ni siquiera se planteaba; y ello, además de por su carácter censitario y su insuficiente democratización, porque se operaba sobre una concepción prevalentemente procedimental de la Constitución. Esta era vista como un *frame of government*, o sea, como un marco mínimo dentro del cual los actores políticos podían moverse con libertad. Hoy en día, en cambio, la tensión entre Constitución y democracia se percibe con nitidez. Es notorio que el constitucionalismo es expresión del liberalismo, entendido como limitación jurídica del poder (*rule of law*, Estado de Derecho); y, en esa medida, mantiene una relación ambivalente con la democracia: aunque la historia enseña que es prácticamente imposible la existencia separada del uno y la otra, no dejan de responder a ideales distintos y, llevados a sus últimas consecuencias, pueden resultar incompatibles. Por ello, en aquellos países liberal-democráticos carentes de una Constitución escrita hay una cierta tendencia a introducir algún tipo de equivalente funcional del control de constitucionalidad, que da lugar a lo que agudamente se ha denominado un Derecho constitucional sin Constitución. Allí donde hay un control de constitucionalidad firmemente asentado, se deja sentir, más bien, la necesidad inversa: impedir que la natural fuerza expansiva de las exigencias del principio de constitucionalidad asfixien la política.

La democracia, en efecto, requiere la posibilidad de optar entre ob-

jetivos y prioridades diferentes, así como entre distintos modos de afrontar los mismos problemas. Si la fecundidad de los valores incorporados en la Constitución —o, peor aún, de valores judicialmente impuestos sin enganche razonable en el texto constitucional— es exagerada, se corre el riesgo de renunciar al pluralismo y de transformar la vida pública en una extraña tecnocracia jurídica, cuyos cánones argumentativos distan de ser unívocos y previsibles. La participación *uti cives*, en una palabra, iría perdiendo sentido. Frente a esta potencial degeneración del constitucionalismo, la jurisprudencia y la doctrina de algunos países ha alzado la idea de Constitución abierta. Evocando tal vez la dicotomía medieval *gubernaculum-iurisdictio*, ésta se apoya en la distinción, dentro de las normas y principios constitucionales, entre límites negativos y fines positivos; y, sin desconocer el peso de los segundos, sostiene que el cometido primordial de la Constitución consiste en definir los primeros. No se trata de retornar a una concepción puramente procedimental de la Constitución; pero hay que insistir en que la democracia exige un ámbito reservado a la regla de la mayoría y, por tanto, a la decisión política, cuyo contenido no puede verse siempre predeterminado con mayor o menor precisión por valores constitucionales. De aquí, que la idea de Constitución abierta —que subyace al frecuentemente preconizado *judicial self-restraint* y, más en general, a lo que los norteamericanos llaman *judicial deference* hacia los Poderes Legislativo y Ejecutivo en cuanto políticamente representativos—, imponga que la Constitución sea entendida, más que como un programa obligatorio para la acción de gobierno, como un conjunto de reglas sustantivas y procedimentales del juego político; es decir, ha de ser entendida como ciertos valores y formas que canalizan el pluralismo y que han de ser respetados por cualquier posible mayoría.

#### IV. LA PROBLEMÁTICA EXISTENCIA DE UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Teniendo en cuenta, pues, todos los anteriores rasgos definitorios de la noción contemporánea de Constitución, no se puede por menos de comprobar que la mayor parte de ellos concurren en alguna medida en la arriba examinada idea de Constitución europea. Una somera comparación entre los usos generalmente admitidos del concepto de Cons-



titución y los significados que se atribuyen a la idea de Constitución europea arroja los siguientes resultados:

1. Como pone de manifiesto Sabino Cassese, la Comunidad Europea es sin duda una organización política. La única objeción a este respecto es que no persigue una universalidad de fines, sino que se ciñe principalmente al ámbito económico; lo que la diferencia del Estado, organización política moderna por excelencia.

2. El Derecho comunitario, tal como se indicó ya en el caso *Costa*, es un ordenamiento jurídico diferenciado y, en esa medida, posee una regla fundamental, cuyos elementos integrantes han sido exhaustivamente identificados por Bernhardt.

3. Por lo que hace a los requisitos tradicionales del constitucionalismo, es indudable que en la Comunidad hay división de poderes, como indica Sabino Cassese. Que la articulación de las funciones normativa y administrativa entre las tres instituciones políticas (Consejo, Comisión y Parlamento) no responda a los esquemas estatales tradicionales no empece a la virtualidad del *ethos* de la no concentración del poder, como tampoco se ve obstaculizada por la peculiar distribución de la actividad de ejecución entre la Comisión y los Estados miembros. No puede decirse lo propio de la tutela de los derechos fundamentales; y ello, porque la sola protección de base jurisprudencial, más allá de cualquier consideración acerca de su eficacia práctica, pasa por alto el hecho de que las declaraciones de derechos poseen un carácter lógicamente previo al resto de la Constitución en tanto en cuanto definen las condiciones de aceptación del acto constituyente.

4. Formalmente concurren, asimismo, las notas de escritura, rigidez y supremacía. Ello es incuestionable a partir del caso *Parti écologiste*. Particular importancia tiene, en este sentido, la constitucionalización de los métodos de interpretación del TJCE. No obstante, en su faceta sustantiva de instauración de una nueva organización política y un nuevo ordenamiento jurídico, la respuesta es menos diáfana, porque la Comunidad y el Derecho comunitario no han suprimido la soberanía de los Estados miembros, sino que se han superpuesto a ésta.

5. Por lo que hace al control de constitucionalidad, con especial referencia a una estructura compuesta, las Sentencias *Parti écologiste* y *Espacio Económico Europeo* son bien elocuentes de que, directa o indirectamente, el TJCE garantiza el respeto de los Tratados constitutivos por parte de las instituciones comunitarias y los Estados miembros.

bros, así como la primacía del entero Derecho comunitario sobre los Derechos nacionales. Conviene señalar, sin embargo, que estas resoluciones, al igual que la exhaustiva elaboración de Hartley, reflejan un punto de vista próximo a la lógica de la *Staatsgerichtsbarkeit*: en la medida en que instaura una Comunidad con fines limitados, la llamada Constitución europea tiende más a imponerse en cuanto orden competencial que por su sola cualidad de regla suprema. Así, por ejemplo, no parece que hoy en día el *judicial review* comunitario estuviera en condiciones de proceder a una operación de alcance similar a la *incorporation* realizada por el Tribunal Supremo norteamericano, es decir, la declaración de que ciertas normas y principios constitucionales —en particular, en materia de derechos fundamentales— vinculan a los Estados abstracción hecha de cualquier consideración competencial.

6. La Comunidad se asienta sobre ciertos valores sustantivos básicos. Así se desprende sin ambigüedad de la Sentencia *Espacio Económico Europeo* y es enfatizado por Bernhardt. Pero, de nuevo, se trata de valores restringidos principalmente a la esfera económica. Baste pensar en las recientes dificultades para ampliar los objetivos sociales de la Comunidad.

7. En fin, la democracia representa la laguna más notoria para la existencia de una Constitución europea. No deja de ser sintomático que, cuando en sede jurisprudencial o doctrinal se proclama la existencia de ésta, se calle públicamente sobre el célebre déficit democrático de la Comunidad. No vale la pena detenerse en este dato, que constituye ya un lugar común; pero dos observaciones parecen pertinentes. Por un lado, paradójicamente el déficit democrático tiene algunos defensores, más o menos declarados. Se trata de quienes creen que la toma de decisiones en Bruselas por canales altamente tecnocráticos e intergubernamentales sirve para imponer políticas modernizadoras de difícil, si no imposible, aprobación y ejecución a nivel nacional. Esta actitud, particularmente frecuente en aquellos Estados miembros con una tradición democrática menos vigorosa, no sólo es cuestionable desde el punto de vista del auténtico constitucionalismo, sino que da por supuesta sin prueba alguna la mayor eficiencia de un menor grado de democracia. Por otro lado, parece difusa la creencia de que el déficit democrático se resolvería otorgando poder decisorio al Parlamento elegido por sufragio universal. Sucede, sin embargo, que el referido déficit democrático no es sólo decisonal y organizativo; esto es, no estriba

únicamente en la falta de representatividad y responsabilidad de las instituciones con mayor peso en el proceso decisonal. De manera paralela a cuanto ocurre con la supranacionalidad, hay también un déficit democrático normativo, que choca frontalmente con la idea de Constitución abierta: la Comunidad no puede, siempre dentro de su esfera material de competencias, legislar de acuerdo con las preferencias políticas de la mayoría de cada momento, sino que está constreñida a perseguir objetivos ya predeterminados en cierto detalle por los Tratados constitutivos. Así, éstos tienden a funcionar, más que como límites negativos, como estrictos fines positivos; y el Derecho comunitario derivado se aproxima más a los reglamentos ejecutivos que a las leyes, expresión de una libre opción política. De ello es buena prueba la inexistencia de un único procedimiento normativo comunitario —cada atribución de competencia en los Tratados constitutivos va acompañada de la previsión del correspondiente procedimiento para su ejercicio—, así como la obligación de motivar cualquier acto de las instituciones comunitarias (art. 190 del Tratado CEE), que en los Derechos nacionales suele limitarse a los reglamentos y, sobre todo, a los actos administrativos.

Antes de seguir adelante, conviene hacer un inciso crítico sobre las propuestas de Haerberle y Zagrebelsky, ya que en ambos casos la referencia a la Constitución o al Derecho constitucional es, en última instancia, metafórica. El Derecho internacional carece de Constitución porque no rige sobre una verdadera organización política: la comunidad internacional es, por definición, descentralizada y no posee órganos específicos de creación y aplicación de las normas. Por su parte, el llamado Derecho constitucional común europeo es descrito, en sustancia, como un proceso de homogeneización de la cultura constitucional en Europa; pero, por ello, aquí Derecho no designa Derecho objetivo, sino que está más bien por Ciencia del Derecho. Pues bien, sin infravalorar la importancia de los fenómenos puestos de manifiesto por estos dos juristas ni poner en tela de juicio su patente buena intención, es dudoso que se pueda reputar de irrelevante hablar de Constitución o de Derecho constitucional en tales contextos. Las palabras tienen, aparte de un significado, una carga valorativa; y su utilización incorrecta, que implica engaño y propaganda cuando el fin es injusto, puede siempre conducir a su trivialización y, por tanto, a su pérdida de significado y carga valorativa. No puede negarse que algo de esto hay también cuan-

do se habla, en el más restringido ámbito comunitario, de Constitución europea. La insistencia en que la Comunidad ha alcanzado una cota de integración que la hace acreedora a una Constitución no deja de dar la impresión de que oculta, precisamente, una inconfesada insatisfacción acerca del grado y solidez de esa integración. En este orden de consideraciones, recuerda al fenómeno que, en la República Federal de Alemania con anterioridad a la reunificación, se denominaba *Verfassungspatriotismus*: ante la vergüenza por su pasado histórico reciente y la falta de una nación, el sentimiento de pertenencia a la colectividad se manifestaba como adhesión sentimental a la Ley Fundamental de Bonn. Pero tan obvio resulta que ésta era ya y es aún una Constitución, como que no eliminó el sentimiento nacional alemán. Si bien importantes, las Constituciones no lo son todo, ni pueden sustituir lo que no existe.

Recapitulando las principales lagunas que impiden, hoy por hoy, caracterizar los Tratados constitutivos como una Constitución en el sentido pleno del término pueden ser agrupadas en dos grandes apartados. Por una parte, se encuentra la limitación de los fines de la Comunidad al terreno *lato sensu* económico, de donde derivan otras carencias: inexistencia de una nueva organización política completa, naturaleza eminentemente económica de los valores básicos sobre los que se asienta la Comunidad, ausencia de una declaración de derechos como condición previa para un acto constituyente, etc. Por otra parte, está el déficit democrático, que se acaba de examinar. Conviene poner de relieve que, si bien íntimamente relacionados —en cuanto el constitucionalismo contemporáneo no puede prescindir de la democracia—, se trata de dos grupos de lagunas diferentes. Es claro que lógica e históricamente una cosa es el establecimiento de una nueva organización política y otra distinta la democratización de ésta. La experiencia de Estados Unidos, tan a menudo evocada en los estudios sobre la Comunidad Europea, es elocuente: la creación de una *more perfect Union* fue llevada a cabo con la Constitución en 1787, cuya inspiración era en sustancia sólo liberal, en tanto que la legendaria democracia norteamericana no es comprensible sin las ulteriores reformas de Jefferson y Jackson. Con esto, no se intenta preconizar una especie de federación europea de matriz elitista, ni despreciar el peso que una mayor democratización de la Comunidad puede ejercer en la instauración de una nueva organización genuinamente política; pero no cabe ignorar que

en ésta radica el problema último: la sola unión económica no es base suficiente para una Constitución europea.

Llegados a este punto, resulta inaplazable abordar el interrogante, que se dejó apuntado más arriba, acerca de la autoría de la Constitución: es decir, en términos tradicionales, ¿quién es el nuevo sujeto político que, en virtud del acto constituyente, es titular de la soberanía, al menos en cuanto fuente originaria de legitimación y ejercicio del poder? Que no se trata de una cuestión meramente académica lo demuestran las graves reticencias y dificultades que está encontrando la ratificación del Tratado de Maastricht. Si bien éste no prevé todos los elementos propios de una estructura federal y evita cuidadosamente tal denominación, es evidente que contempla la instauración de una nueva organización más amplia que la Comunidad —la Unión Europea abarca «políticas y formas de cooperación» (art. A del Tratado de Maastricht) en materia de justicia, seguridad y relaciones internacionales que exceden del Derecho comunitario en sentido propio— cuyo carácter auténticamente político es ya innegable; y, sobre todo, impulsa una unión monetaria, cuya consecución no sólo sustraería a los Estados miembros un atributo del concepto tradicional de soberanía sino que, por ello mismo, traspasaría a la Unión una cuota fundamental y probablemente irreversible de la fuente originaria de legitimación y ejercicio del poder. Así las cosas, no debe ofrecer dudas que el nudo gordiano de la existencia de una Constitución en una estructura compuesta o cuasi-federal no es la pureza de origen, entendida como la ausencia de mácula jurídico-internacional, sino que en algún momento se produzca un salto cualitativo que permita entender que el vínculo ha dejado de pertenecer al Derecho internacional.

Hay que matizar, por ello, la afirmación de la Sentencia *Espacio Económico Europeo* relativa a la compatibilidad del origen jurídico-internacional de los Tratados constitutivos con la configuración de los mismos como una Constitución: no importa que, al inicio, hubiera un convenio entre Estados siempre que se haya transformado en una Constitución. La diferencia radica, como es obvio, en que de un acto constituyente no cabe la denuncia o desvinculación unilateral. El parangón con la historia constitucional norteamericana es, de nuevo, sumamente ilustrativo. Es cierto que la Constitución fue formalmente elaborada y promulgada en nombre del pueblo de los Estados Unidos; pero, más allá de este valor simbólico, no es menos claro que los *framers* de la

Convención de Filadelfia actuaron en condición de representantes de los Estados y que hubieron de ser estos últimos quienes ratificaran la Constitución. Incidentalmente, si bien es cierto que la entrada en vigor de ésta requería sólo la ratificación de nueve de los trece Estados originarios (art. VII de la Constitución de los Estados Unidos), ello no representa por sí mismo un rasgo ajeno al Derecho internacional. Durante largo tiempo, en consecuencia, coexistieron dos visiones diversas del texto de 1787. Sólo a partir de 1819, con la Sentencia *McCulloch v. Maryland*, rechazó el Tribunal Supremo que se tratara de un pacto entre los Estados, del que éstos pudieran disponer a su antojo; y, aún así, fue necesaria la Guerra Civil para erradicar hasta sus últimos vestigios el espíritu de confederación. A pesar de los esfuerzos de los federalistas en la primera década de la nueva República —que hallaron una inesperada continuidad en la larga y fructífera permanencia de Marshall en la presidencia del Tribunal Supremo—, la visión confederal puede decirse predominante en la primera mitad del siglo XIX. No deja de ser una ironía histórica que, también entonces, la reacción antifederalista encontrara sus más sólidos argumentos y diera sus mejores frutos en clave de profundización de la democracia. Ahora bien, la visión confederal tuvo, asimismo, una manifestación reaccionaria, cuyo máximo intérprete fue John C. Calhoun con su doctrina de la *interposition* y la *nullification*. Aunque llevada a sus consecuencias extremas encierra la justificación de la secesión, la importancia de esta doctrina yace más bien en su naturaleza disuasoria: precisamente porque conserva la facultad teórica de separarse, todo Estado ostenta un derecho implícito a interponer su autoridad soberana frente a cualquier decisión de los órganos comunes que afecte a sus intereses vitales y, llegado el caso, puede anularla o neutralizarla; lo que, dicho sea incidentalmente, no deja de guardar cierta similitud con el espíritu del llamado Compromiso de Luxemburgo, que, si bien carente de valor jurídicamente vinculante, puso fin en 1966 a la crisis comunitaria abierta por la ausencia francesa de las reuniones del Consejo. De este modo, la Federación vivía bajo la posibilidad permanente de chantaje por parte de los Estados.

La enseñanza es diáfana: una Constitución exige entablar un nuevo vínculo jurídico-político básico que sustraiga la fuente originaria de legitimación y ejercicio del poder a las antiguas partes. La Comunidad Europea ha avanzado mucho en esta dirección; pero, en contra de las

principales tendencias jurisprudenciales y doctrinales analizadas más arriba, quien esto escribe cree que el símil adecuado a la situación actual no es el de un aeroplano en vuelo que llega al punto de no retorno, sino el de un conquistador que quema sus naves impidiéndose el viaje de vuelta. Los espíritus ilustrados concuerdan en que hace falta una Constitución europea, inspirada en una generosa vocación continental. Mas, para obtenerla, no basta invocarla, ni favorecer una evolución integradora. Antes o después, es inevitable un acto de voluntad. Hanna Pitkin, una distinguida politóloga norteamericana, lo ha expresado con enorme belleza:

«(...) constitutions are *made*, not found. They do not fall miraculously from the sky or grow naturally on the vine; they are human creations, products of convention, choice, the specific history of a particular people, and (almost always) a political struggle in which some win and others lose. (...) Unless we succeed in creating —together with others— something lasting, inclusive, principled, and fundamental, we have not succeeded in *constituting* anything.»

## V. NOTA BIBLIOGRÁFICA

Las referencias a las resoluciones del TJCE se hacen a la versión francesa del Repertorio oficial. En los pasajes transcritos, el subrayado, evidentemente, es mío. Se trata de las siguientes resoluciones: *NV Algemeine Transport en Expéditie Onderneming Van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, 5 de febrero de 1963 (causa 26/62); *M. Flaminio Costa c. ENEL*, 15 de julio de 1964 (causa 6/62), párrafo 2; *Parti écologiste "les Verts" c. Parlement européen*, 23 de abril de 1986 (causa 294/83), párrafo 23; *Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité CEE (Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen)*, 14 de diciembre de 1991 (dictamen 1/91), párrafos 21, 35 y 36, 71 y 72. La mención al abogado general Lagrange como pionero de la conceptualización de los Tratados constitutivos como una Constitución procede de E. STEIN, *Un nuovo diritto per l'Europa*,

Milán, 1991, pág. 354. Sobre el problema de si cabe el control de validez de las reformas de la Constitución en ausencia, como ocurre en casi todos los ordenamientos constitucionales, de disposición expresa que lo prevea, es claro que ha de ser examinado desde el punto de vista del principio de constitucionalidad en su conjunto. Así, si se subraya que el poder de reforma constitucional es un poder constituido y, por ende, jurídicamente limitado, existe alguna base teleológica para sostener que cabe el control de constitucionalidad, incluso cuando no hay un precepto explícito que lo autorice. Sobre esta cuestión, puede consultarse P. DE VEGA, *La reforma constitucional*, Madrid, 1985, págs. 296 ss.

Las construcciones doctrinales examinadas sobre la idea de Constitución europea se hallan en las siguientes obras: H. RASMUSSEN, *The European Community Constitution*, Copenhagen, 1989; G. F. MANCINI, «The Making of a Constitution for Europe», en *Common Market Law Review*, 1989, págs. 595 ss.; R. BERNHARDT, «Le fonti del diritto comunitario: la "costituzione" europea», en *Trent'anni di diritto comunitario*, Bruselas/Luxemburgo, 1981, págs. 71 ss.; S. CASSESE, «La costituzione europea», en *Quaderni costituzionali*, 1991, págs. 487 ss., cuyo pasaje transcrito se halla en pág. 487; T. C. HARTLEY, «Federalism, Courts and Legal Systems: The Emerging Constitution of the European Community», en *American Journal of Comparative Law*, 1986, págs. 229 ss., cuyo pasaje reproducido se encuentra en págs. 231-232. El fenómeno de la constitucionalización de los métodos de interpretación del TJCE es analizado en J. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bolonia, 1985, págs. 53 ss., donde, además, se caracteriza la Comunidad como un sistema supranacional en el que coexisten un aspecto normativo y un aspecto decisonal. Según el mencionado autor, habría sido el éxito logrado en implantar una auténtica supranacionalidad normativa lo que habría determinado la reticencia de los Estados miembros hacia la profundización de la supranacionalidad decisonal; es decir, dado que la eficacia directa y la primacía han sido realmente asimiladas, los Estados miembros tratan de compensar esta pérdida de poder resistiéndose a un proceso de toma de decisiones no intergubernamental. Por otra parte, sobre la comparación entre la Comunidad y Estados Unidos iniciada por STEIN, puede consultarse su libro ya citado, en cuyo primer capítulo, además, se da una excelente visión panorámica de la construcción jurisprudencial de un ordenamiento comunitario di-



ferenciado; y ello, sin usar la idea de Constitución. De la contribución de P. HAEBERLE, «*Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1991, págs. 261 ss. da noticia A. LÓPEZ CASTILLO en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36 (1992), págs. 481-483, en tanto que G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Turín, 1992, págs. 9 y 18 parece basarse en la versión italiana de la obra de A. CASSESE, *International Law in a Divided World*, Oxford, 1986.

La bibliografía sobre los usos del concepto de Constitución resulta, como es obvio, inabarcable. No obstante, con un valor puramente indicativo y con respecto a los principales problemas tratados aquí, cabe mencionar a N. MATTEUCCI, «Costituzionalismo», en N. BOBBIO, N. MATTEUCCI y G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, 2.ª ed., Turín, 1983, págs. 270 ss., así como G. SARTORI, *Elementi di scienza politica*, Bolonia, 1990, págs. 11 ss. Ambos analizan los principales significados de la Constitución y el sentido general del constitucionalismo. Sobre la utilización de la idea de Constitución con fines espúreos, es clásico el libro de K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución* (trad. esp.), Barcelona, 1982, donde también puede hallarse una interpretación del federalismo como división vertical del poder. Un tratamiento completo y actualizado de los atributos de escritura, rigidez y supremacía de la Constitución puede encontrarse en S. BARTOLE, «Costituzione (Dottrine generali e diritto costituzionale)», en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IV, Turín, 1989, págs. 288 ss., donde, asimismo, se hace un cuidadoso examen de la idea de Constitución material. La necesaria correlación entre federalismo y Constitución está perfectamente ilustrada, por ejemplo, por K. C. WHEARE, *Modern Constitutions*, 5.ª ed., Oxford, 1980, págs. 21 ss. Sobre la distinción entre *Staatsgerichtsbarkeit* y *Vefassungsgerichtsbarkeit*, puede verse el comentario de A. PIZZORUSSO al artículo 134 de la Constitución italiana, en el volumen *Garanzie costituzionali* del *Commentario alla Costituzione* dirigido por G. BRANCA, Bolonia/Roma, 1981, págs. 1 ss. La concepción de la Constitución como un acuerdo jurídico-político unificante sobre ciertos valores básicos es examinada por K. HESSE, «Concepto y cualidad de la Constitución» (trad. esp.), en *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid, 1983, págs. 3 ss. La idea de Derecho constitucional sin Constitución procede de A. BARAK, «Constitutional Law without a Constitution: The ole of the Judiciary», en S. SHETREET (ed.), *The Role of*

*Courts in Society*, Dordrecht, 1988, págs. 448 ss., en tanto que la dicotomía medieval entre *gubernaculum* y *iurisdictio* está tomada del clásico libro de Ch. H. MCILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno* (trad. esp.), Madrid, 1991, págs. 89 ss. Una excelente reconstrucción contemporánea del significado de la democracia es la de G. SARTORI, *Democrazia (Cosa è)*, Milán, 1992. En fin, acerca de la noción de Constitución abierta, puede consultarse, desde un punto de vista comparado, E. DENNINGER, «Constitutional Law between Statutory Law and Higher Law», en A. PIZZORUSSO (ed.), *Law in the Making*, Berlín/Heidelberg/Nueva York, 1988, págs. 103 ss., así como, desde el punto de vista de la interpretación constitucional, J. H. ELY, *Democracy and Distrust*, Cambridge (Mass.), 1980.

Acerca del problema de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea, permítase una remisión a mi trabajo «¿Una Constitución sin declaración de derechos?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32 (1991), págs. 135 ss. Sobre el fenómeno del *Verfassungspatriotismus*, véase M. SCHROEDER, «Strengthening of Constitutional Law», en Ch. STRACK (ed.), *New Challenges to the German Basic Law*, Baden-Baden, 1991, págs. 29-30. Las referencias a la historia política y constitucional de los Estados Unidos pueden ser ampliadas en R. HOFSTADTER, *The American Political Tradition*, Nueva York, 1948 y en B. SCHWARTZ, *The Reins of Power (A Constitutional History of the United States)*, Nueva York, 1963. La cita final está tomada de H. F. PITKIN, «The Idea of a Constitution», en *Journal of Legal Education*, núm. 167 (1987), págs. 168-169.

## RÉSUMÉ

Cet article analyse l'utilisation de l'idée de constitution référée à la Communauté européenne et en particulier aux traités constitutifs. On examine la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes qui a assimilé les traités constitutifs à une constitution. Les principales tendances de la pensée doctrinale dans ce domaine sont aussi prises en considération. Après une comparaison avec les principales significations du concept de constitution dans le droit public contemporain, on conclut que les traités constitutifs de la Communauté européenne possèdent pratiquement toutes les caractéristiques d'une constitution, sauf en ce qui concerne l'établissement d'un nouveau lien politico-juridique primaire.

## ABSTRACT

This article examines how the concept of constitution has been applied to the European Community legal order. It analyzes the different meanings in which the case-law of the European Court of Justice has adopted the idea of constitution in order to refer to the European Community constitutive treaties. It also reviews the main scholarly trends in this field and compares this use of the idea of constitution in the European Community with the major characteristics of the concept of constitution in modern public law. The main conclusion is that the European Community constitutive treaties meet most of the requirement of modern constitutions, with the exception of the establishment of a new basic politico-legal covenant.



NOTAS

