

¿OTRO MODELO CONSTITUCIONAL PARA EUROPA?¹

Antonio Carlos PEREIRA MENAUT

SUMARIO. I. Introducción. II. Qué es la Constitución. III. Las distintas constituciones. 1. Escritas y no escritas. 2. Constituciones rígidas y flexibles y constitucionalismo europeo. 3. Constituciones abiertas y cerradas; relación entre constituciones de distintos niveles. 4. Constituciones normativas y constituciones programáticas. 5. Positivas y negativas. 6. Constituciones largas y cortas. IV. ¿Cuántos modelos hay realmente?. V. Cómo es la Constitución europea actual y en qué modelo encaja. VI. La Unión Europea, un exitoso proyecto nuevo y viejo al mismo tiempo. VII. El fracaso de la Constitución giscardiana, ¿ocasión para un cambio de paradigma?. VIII. ¿Por qué no inspirarnos en el modelo norteamericano? IX. ¿Una Constitución mayoritaria o minoritaria para Europa? X. Respetar la diversidad de niveles de constitucionalidad. XI. El punto de vista del *Constitution-making*; *Constitution-making* y *nation-building*. XII. Nuestra propuesta constitucional. XIII. Conclusión.

I. Introducción

Discutir sobre la constitucionalización de la Unión Europea es discutir no sólo sobre la Unión sino también discutir qué modelo de Constitución preferimos. A menudo son dados por supuestos, como si no hubiera más que un modelo importante de Constitución, el de quien habla o escribe. De la misma manera, se suele partir igualmente de un modelo concreto de comunidad política, normalmente el estatal. Parte de los malentendidos de la actual discusión procede de que, incluso inconscientemente, a veces ocultamos las cartas con las que vamos a jugar.

Nuestro principal argumento en este trabajo es que existen no dos, sino tres modelos de Constitución —inglés, europeo continental y norteamericano— y que, puesto que el inglés², por útil que haya sido hasta ahora para la integración europea, no parece serlo en el futuro, y puesto que el continental no consigue triunfar de momento, deberíamos probar el norteamericano. Esta cuestión tiene también que ver con la discusión sobre si la Unión Europea es, o debe algún día llegar a ser, una comunidad política de tipo genéricamente

¹ Algunas partes de este trabajo se basan en anteriores trabajos míos. La preparación para la edición y la revisión final de citas y bibliografía se deben a Jaime Díez.

² El “modelo” o “paradigma inglés”, no sería realmente tal sino el resultado de haber ido haciendo una Constitución con el paso del tiempo, sin partir de un esquema racional acabado y sin conocer exactamente el punto de llegada. Cualquier Constitución que se elabore así, como ha ocurrido hasta ahora hasta cierto punto con la europea a causa del planteamiento “funcionalista”, se parecerá en eso a la inglesa. Los constitucionalistas ingleses, que en los siglos XIX y XX prepararon decenas de constituciones coloniales, eran tan poco dogmáticos que las hacían escritas y rígidas, coincidiendo en ese punto con las continentales, y, más aun, con el constitucionalismo norteamericano.

estatal. La respuesta condicionará el tipo de constitución que prefiramos. Detrás de la opción por un tipo u otro de Constitución habrá, probablemente, una opción por un tipo de comunidad política y una opción por cómo querríamos que algún día fuese la Unión.

Partimos de la base de que aunque la Unión Europea es un éxito objetivamente indiscutible, hoy estamos en una situación percibida como de malestar y desencuentro, cuyos platos rotos ha venido a pagar el [Tratado Constitucional](#) (sin olvidar sus propios deméritos, que no faltan). Afligen en este momento a la Unión al menos las siguientes causas de malestar: inmigración, miedo a la globalización, miedo al *plombier polonais*, subida de precios tras el euro, criminalidad transfronteriza, generalmente procedente del Este, impopularidad de «Bruselas», exceso de reglamentismo e interferencias, riesgo de pérdida de las identidades; divisiones en temas importantes (modelo social, relación con Estados Unidos, guerra de Irak), así como la gran división acerca de si queremos ser una federación relativamente centralizada o sólo un área de libre comercio. (Ambos extremos son simplificaciones: aunque quedemos como estamos —y no sería fácil— ya somos más que un área de libre comercio; aunque optemos por una federación centralizada, no vamos a llegar a ella sin problemas; sin olvidar que las federaciones no son necesariamente más centralizadas que la Unión Europea hoy). De todos los problemas mencionados, hay algunos que ninguna Constitución por sí sola puede solucionar, y en ese caso lo mejor será no agravarlos, aunque sea por el sencillo procedimiento de guardar silencio, y otros pueden mejorar, al menos en parte, con la ayuda de una Constitución sobria y realista que constitucionalice formalmente lo que ya hay de Constitución material abriendo al mismo tiempo las puertas al futuro.

Partimos de la base, que no todos los europeos de hoy comparten, de que las cosas son como son y no como nos gustaría que fueran y de que nuestra principal tarea *hic et nunc* es acomodar la diversidad, no eliminarla; articular la complejidad y las diferencias dentro de unos límites superiores e inferiores, no “armonizarlas” (en el sentido frecuente de imponer la uniformidad). No están los tiempos para esas políticas. Atravesamos un momento, ya desde Maastricht, de euro escepticismo y divergencia entre los pueblos y las elites. Guste o no, ningún político prudente debe ignorar que “con estos bueyes hay que arar”. Incluso para modificar la realidad es necesario antes constatarla.

También partimos de que una comunidad política puede ser grande en el planeta sin tener previamente una gran cohesión interna. La historia muestra diversos ejemplos de acomodar con éxito la diversidad —imperios romano, germánico, británico y austro-húngaro; incluso, en menor medida, España bajo los Austrias; Estados Unidos—. Considerar la cohesión y uniformidad internas, más allá de un mínimo indiscutible, como condición *sine qua non* para jugar un gran papel en el mundo —Conde-Duque de Olivares, Decretos de Nueva Planta, Aznar— es un *tic* estatista que la historia desmiente, pues los citados imperios han sido interiormente deslavazados y todavía hoy el presidente norteamericano tiene *ad intra* menos poder que el de cualquier pequeño Estado centralizado en Hispanoamérica o Europa. Las Españas que conquistaron América al mismo tiempo que producían a Cervantes, Vitoria y Velázquez no tenían unidad monetaria, jurídica ni institucional. El Primer Ministro belga Guy Verhofstadt recientemente ha afirmado que “si Europa intenta ser un verdadero actor mundial en el futuro, debe integrarse más estrechamente”, y que “la noción de unos

“Estados Unidos de Europa” es la única opción para el viejo Continente”³. La idea de que “sin centralización interior no hay protagonismo exterior” es indiscutible para muchos, sobre todo en la Europa del sur.

Partimos también de la base de que a estas alturas de la vida de la Comunidad Europea ya no se puede discutir si es o no merecedora del adjetivo “política” aunque conserve —y quizá para siempre, ¿por qué no?— una dimensión internacional⁴, junto con otros varios aspectos discutibles y movedizos. ¿Es el Estado, en el fondo, el modelo o paradigma hacia el que debe orientarse Europa? Entendemos que es una verdadera comunidad política pero que no necesariamente debe llegar a ser un Estado. Considerando la historia de la humanidad, el Estado —la pretensión de que en un territorio perfectamente delimitado sólo puede haber un ordenamiento jurídico y un poder, que ha de ser absoluto y sin superior *ad intra* ni *ad extra*— parece haber sido la excepción. Si esto es cierto, estaríamos volviendo a la normalidad.

II. Qué es la Constitución

Es una limitación del poder, por medio del Derecho y con unos derechos y libertades de los ciudadanos. “Limitación del poder” genera la separación o división de poderes; “por medio del Derecho” produce el Imperio del Derecho. Los derechos y libertades son los que toda Constitución contiene, bien en el propio texto, como la mayoría, bien en una declaración aneja, como en Norteamérica y en la propia Unión Europea. En sentido formal, la Constitución es el documento (o documentos) que recoge lo anterior, pero al que no se puede atribuir valor más que si se observa en la realidad en un grado mínimamente razonable, pues tener una espléndida Constitución formal está al alcance de cualquiera. El sentido formal importa, pero no demasiado: según él, Gran Bretaña carecería de Constitución, al igual que la Unión Europea hasta ahora.

La Constitución es también el resultado de aplicar el Derecho al poder. La experiencia muestra que los poderes públicos, dejados a su libre dinámica, no tienden a someterse al Derecho, sino a someter ellos al Derecho. Por ello, hay Constitución cuando la Política se somete al Derecho en lo posible y los conflictos son resueltos, en lo posible, por un juez

³ G. VERHOFSTADT, “Forging ‘United States of Europe’ is key to the future”, *European Voice*, 1-7 December, 2005, p. 9: “If Europe intends to be a true world player in the future, it must become more closely integrated (...). The notion of a ‘United States of Europe’ is the only option for the old continent”. Admite que la Unión debería dejar en paz a los miembros en las materias que ellos están mejor equipados para gestionar, y concentrarse en unas pocas grandes tareas. Pero ese tipo de afirmaciones, mientras no se concreten, no garantizan suficientemente lo que enuncian. Desarrolla más a fondo esas y otras proposiciones en *Los Estados Unidos de Europa* (Santiago de Compostela, 2006), donde propone que Europa deje la cultura, las mermeladas, las menudencias y el reglamentismo, y asuma cinco grandes tareas: un gobierno y una estrategia socio-económica, tecnología, espacio europeo de justicia y seguridad, diplomacia y ejército.

⁴ Mejor “internacional” (en el sentido de “interestatal”) que “intergubernamental”, pues las relaciones intergubernamentales no siempre discurren entre estados independientes. De hecho, su estudio nació de la observación de las relaciones entre los distintos gobiernos dentro de los Estados Unidos.

imparcial que dicta sus sentencias conforme a reglas de justicia que no han sido creadas por ninguna de las partes (la parte débil, el ciudadano, no tiene apenas posibilidad de crearlas). El freno al poder lo efectúa el Derecho (el *rule of law* se opone al *rule by "fiat"*) pero también la Política (separación de poderes, *accountability* o exigencia de responsabilidad política, remoción de gobernantes). La Constitución es control, pero no sólo judicial sino también político (por el parlamento, por el electorado), pudiendo incluso ocurrir que ni siquiera proceda el judicial.

También hay Constitución cuando se concluye un pacto de límites entre poder y pueblo que marca la frontera del poder del gobierno con los derechos de los ciudadanos: si el gobernante incumple gravemente el pacto, nosotros podremos desobedecer sus leyes y dejar de pagar sus impuestos. Según sea el caso, podríamos llegar a la resistencia, la autodeterminación y, eventualmente, la secesión. La idea de origen francés de que tras entrar libremente en un sistema democrático renunciamos para siempre al derecho de autodeterminación es de origen estatista, no contractualista. El Tratado Constitucional europeo recogía el derecho a la secesión.

Los elementos de organización y sistematización, para muchos indisolublemente unidos a la Constitución, están también presentes en ella, pero son secundarios. La más venerable de las constituciones, la del Reino Unido, carece de ellos, porque ni siquiera está toda escrita, y no por ello pierde su carácter constitucional; luego esos elementos no pueden ser tan esenciales. En el constitucionalismo europeo, hasta ahora, el aspecto de ordenación deja mucho que desear.

Es también típico del constitucionalismo que el poder, aunque sea legítimo y de la mayoría, esté siempre limitado: *limited government*, gobiernos limitados, que nunca lo puedan todo, que estén “contrapesados” por unos *checks and balances* formales o reales, que pueden ser desde otras instituciones políticas hasta una sociedad civil autónoma. “Constitución” significa que ningún gobierno —ni siquiera un gobierno democrático, ni siquiera el pueblo mismo— tiene un cheque en blanco ni competencia universal y significa también que siempre hay que respetar a las minorías. El gobierno en Inglaterra en el siglo XIX era poco democrático *stricto sensu* pero estaba muy limitado y era muy responsable. La mera existencia de unos derechos humanos inviolables representa un freno a las mayorías y una excepción al carácter absoluto de la soberanía; por ejemplo, ninguna mayoría del mundo podría condenar sin juicio previo ni a una sola persona. El federalismo ayuda a conseguir esa limitación del gobierno porque es una separación de poderes aplicada a los territorios. Es innegable que en la Unión Europea hasta ahora no hay mucha democracia ni es fácil que llegue a haberla en plenitud, pero su poder está más disperso y es más limitado que el de la mayoría de sus estados miembros, incluyendo los que más denuncian el déficit democrático.

Además de limitado, el gobierno debe ser mixto, en el sentido clásico (Aristóteles, Polibio) o en el de una *compound Commonwealth*. Los clásicos gustaban de combinar lo democrático con lo aristocrático: algo así como “los muchos consintiendo y los pocos gobernando”.

Además de ser mixto, un gobierno constitucional gobernará por consentimiento (*government by consent, rule by consent*), no por imposición. Este ideal nunca se cumplirá al cien por cien, ni siquiera en el más constitucional de los sistemas imaginables, pero siempre habrá que tender a él. Es interesante subrayar que mucha gente hoy en muchos países acepta que si un gobierno gana unas elecciones, tiene derecho a gobernar como desee hasta las próximas.

Hasta ahora la Unión Europea es más mixta, *composée* y pluralista que sus estados miembros, probablemente no por mérito de sus funcionarios sino por ser postestatal y edificarse sobre unas comunidades políticas muy consolidadas y muy diferentes entre ellas, lo que a veces le obliga a hacer un ejercicio de *auctoritas* más que de *potestas*. La reciente ampliación al Este aumenta esa dispersión cultural, con lo cual, si el modelo monista⁵ de origen estatal ya era poco recomendable ahora, en adelante lo será aun menos. Y si el modelo monista y estatal resulta ahora poco viable, los modelos constitucionales inspirados en él, o que consideren indiscutibles sus principales rasgos, deben ser evitados, por simple sentido común.

Con la mente puesta en la Unión Europea, re-enunciemos las componentes del constitucionalismo general: a) derechos y libertades, b) freno y control del poder, c) separación o división del mismo, d) sumisión al Derecho, e) gobierno limitado y responsable, f) gobierno mixto, g) gobierno por consentimiento, y h) representación y participación de los ciudadanos. No es de esencia que la Constitución forme un conjunto de valores positivizado, ni sea el icono o símbolo en que se autocontempla una comunidad política. Tampoco ha de ser necesariamente fundamento de todo el resto del Derecho, ni *norma normarum*, ni organización básica, ni cúspide de la pirámide del ordenamiento jurídico, ni listado de las cabeceras de capítulo del mismo. Ciertamente, esos aspectos están presentes en muchas de nuestras constituciones, pero más por lo que tienen de estatales que por lo que tienen de constitucionales, y cuanto mayor sea la comunidad política, más disfuncionales serán.

III. Las distintas constituciones

1. Escritas y no escritas

A menudo damos por supuesto que estas dos son todas y las únicas clases de constituciones. Pero, incluso concediendo eso, ningún país tiene una Constitución totalmente escrita y ninguno la tiene totalmente ágrafa, pues la de Inglaterra está escrita en parte, como también la actual de la Unión Europea. Y puesto que las expresiones “escrita” y “no escrita” son equívocas, sería más exacto hablar de “codificadas” y “no codificadas”. La

⁵ Llamamos “monista” a aquel sistema jurídico en el que todas las fuentes del Derecho sean reconducibles a una, como la Constitución; o bien aquel que reconozca un sólo ordenamiento jurídico, o bien que, teniendo varios, reconozca sólo uno superior y fuente de todos los restantes; o bien aquel en cuyo territorio pueda afirmarse que toda creación y aplicación de Derecho trae su origen, legitimidad y validez de una fuente única.

[Constitución norteamericana](#) está escrita pero no codificada. Hoy, en todas las ramas del Derecho, estamos inmersos en un proceso general de descodificación que, aplicado a las constituciones, da lugar a que la constitucionalidad también esté en algunas grandes leyes y sentencias y no sólo en los textos de las magnas cartas, lo que nos devuelve al proceso de constitucionalización europea.

Ya existe, desde hace algunos decenios, una Constitución Europea en sentido material, parcialmente escrita y no codificada, y ya es posible identificar sus grandes rasgos. Es como identificar en un mapa una región que ya existe pero que conocemos sólo imperfectamente, o como dibujar un plano poco detallado. ¿Dónde está? En aquellos artículos de los Tratados⁶ que *ratione materiae* son constitucionales, así como en ciertas sentencias del [Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas](#) (TJCE). Pero como la Unión Europea no es un Estado, su actual Constitución no escrita también está en algunos artículos de algunas constituciones de los miembros, sobre todo la [alemana](#), y algunas sentencias de las altas jurisdicciones de los mismos, sobre todo la alemana y la [italiana](#), así como en los principios y tradiciones constitucionales comunes a toda Europa, aunque no siempre sean tan comunes como se da por supuesto, especialmente tras la última ampliación.

2. Constituciones rígidas y flexibles y constitucionalismo europeo

Se recordará que las flexibles pueden ser enmendadas por el legislador como cualquier ley; por ejemplo, la inglesa (antiguamente había bastantes más), mientras que las rígidas (hoy la gran mayoría) requieren un procedimiento especial.

Ahora bien, por rígida que sea una Constitución, en cuanto dura unos decenios se ve inmersa en una espesa hiedra de leyes y sentencias, que entenderán la literalidad del texto original — “legislación básica”, “propiedad”, “matrimonio”, “autonomía”— de una forma quizá diferente. Además, como esas leyes y sentencias no tienen rango constitucional, podrán ser modificadas con mayor facilidad que la Constitución, lo cual, en la práctica, vuelve a ésta más modificable, más flexible. Hasta ahora, la Constitución de la Unión Europea ha sido por un lado rígida, pues la reforma formal de los Tratados es muy difícil, y por otro flexible, en la práctica, pues muchos cambios reales han tenido lugar por medio de sentencias, normas ordinarias de Derecho derivado y auto atribuciones de competencia carentes de base en los Tratados ni en las constituciones nacionales.

Por otra parte, las flexibles que funcionan bien tampoco son fácilmente modificables en la práctica.

⁶ [Tratado de la Unión Europea](#) (TUE) y [Tratado de la Comunidad Europea](#) (TCE), a los que debe añadirse la [Carta de Derechos](#). Sólo una pequeña parte es realmente constitucional.

3. *Constituciones abiertas y cerradas; relación entre constituciones de distintos niveles*

En la práctica ninguna Constitución, a pocas sentencias y leyes que la desarrollen, es realmente cerrada, completa ni autosuficiente. Pero algunas parecen pretenderlo, como la [española](#) de 1978, una magna carta enteramente auto contenida tanto *ad intra* —cara al resto del Derecho español— como *ad extra* —cara al Derecho exterior—⁷. La práctica muestra que cuanto más cerrada y auto contenida sea una Constitución, mayor poder sobre ella y sobre la sociedad civil tendrá el intérprete constitucional, especialmente si tiene el monopolio de la interpretación.

Aparte de las mal llamadas no escritas (británica, europea), que son abiertas por definición, un notorio caso de Constitución abierta es la [canadiense](#). Su Ley de la Constitución, tras proclamar su supremacía y la correspondiente nulidad de toda ley contraria, aclara en qué consiste la Constitución: entre otras cosas, en las leyes y decretos mencionados en un Apéndice al que nos remite (*cf.* [Constitution Act 1982, 52.2.b](#)). Consultado dicho Apéndice, resultan formar parte de esa Constitución más de veinte normas, que, a su vez, tampoco son siempre cerradas. La mayoría son leyes de reforma constitucional aprobadas por el [Parlamento británico](#), algunas en el siglo XIX; otras son constituciones de provincias canadienses, otra reproduce los términos de la adhesión de la Isla del Príncipe Eduardo al Canadá, y otra es una ley ordinaria británica, el [Statute of Westminster](#) de 1931, que jugó un destacado papel en la relación entre constituciones coloniales y Constitución británica.

El actual constitucionalismo de la Unión Europea, como otros anteriores a él —Estados Unidos, la Commonwealth—, es multinivel y debería seguir siéndolo, pero de manera que el nivel más alto no absorba, en teoría ni en la práctica, a los más bajos. La constitucionalidad no reside toda en un único nivel y no se deriva toda del nivel más alto.

En España, aquel hincapié de los años ochenta y noventa en el carácter autosuficiente y completo de la Constitución era un fruto tardío de la soberanía, el positivismo y la mentalidad de código. La realidad es que, inmersos ya en un constitucionalismo multinivel, en el último cuarto de siglo la lucha por una Constitución auto contenida tiene cada vez menos interés. Es cada vez legalmente más difícil y prácticamente menos interesante pretender una Constitución económicamente autárquica. Varias magnas cartas se han abierto formalmente al Derecho internacional: Alemania ([artículo 25](#)), Portugal ([artículo 8.1](#)), España ([artículo 10.2](#)), Reino Unido ([Human Rights Act](#)), para no mencionar la [argentina](#), uno de los casos más claros. Las cosas han cambiado tanto que en algunas materias, como ciertos pactos internacionales de derechos, a veces es necesario que las constituciones salvaguarden sus identidades nacionales. En materia económica es discutible que valga siquiera la pena incluir en los textos de las magnas cartas una Constitución económica.

⁷ Es discutible que los redactores de 1978 pretendieran hacerla realmente así, pues varios de sus preceptos son abiertos, pero esa ha venido siendo la interpretación dominante.

Varias constituciones de la Unión Europea se han abierto, incluso formalmente, al proceso de constitucionalización comunitario, con lo cual vienen a renunciar a la pretensión de ser auto contenidas, perfectas, monistas (un pueblo, un poder, una Constitución, un ordenamiento jurídico, una fuente de legitimidad, como dijimos) y autosuficientes. Quedan, por tanto, en una posición tan curiosa como interesante que desafía la vinculación, usual entre nosotros, de Constitución con Estado. Por un lado, respecto a la Constitución europea, son lógicamente independientes y anteriores a ella, y de la misma manera son originarias y fundantes respecto al resto del Derecho europeo. Frente a ellas, todo Derecho europeo es derivado, incluyendo los Tratados. Son, además, más democráticas y legítimas. Por otro lado, en caso de conflicto entre ellas y la europea, la superioridad o primacía es de la última. Esta articulación entre constituciones, aunque parcialmente contradictoria y paradójica, es buena, pues por un lado es razonable que la Constitución europea no lo absorba todo ni lo pueda todo y, por otro, si queremos hacer avanzar la integración, no queda más remedio que renunciar a la supremacía nacional en ciertas materias.

Por su parte, la Constitución europea es hasta ahora abierta, incompleta, fragmentaria y derivada. Necesita tomar criterios, principios, derechos e instituciones de las constituciones estatales, y no hay nada de irregular en ello. Debe notarse, empero, que el Tratado constitucional giscardiano mostraba una cierta vocación al monismo y a convertirse en una Constitución completa —en las materias de su competencia— y autosuficiente. En los países donde se aprobara por el mismo titular de la soberanía y del poder constituyente, como España, habría que entender —*lex posterior derogat anteriori*— que derogaría todo lo que se le opusiera en la Constitución nacional y se independizaría de ésta en todo, incluida la fuente de la legitimidad y la posible regla de reconocimiento, si tal cosa existe. Además, dejaría de ser derivada. Para completar esa tendencia al monismo autosuficiente, la Constitución giscardiana completaba su edificio con un coronamiento de valores, principios y objetivos en el que no falta nada.

4. Constituciones normativas y constituciones programáticas

Atendiendo a los criterios de la aplicabilidad y de la proporción de Derecho y Política en las magnas cartas, hay (y, sobre todo, había) dos tradiciones: la anglosajona, para la cual las leyes son para aplicarse y deben ser ejecutables por un juez, y la francesa, que admite que las constituciones tengan partes que no pueden llevarse a la práctica mientras no las desarrollen otras leyes más concretas. Llamamos “normativa” o “normativa directa”⁸ a la Constitución inmediatamente aplicable por los jueces como cualquier ley. Es la *direct enforceability before a court of law* del constitucionalismo anglosajón —[Act of Settlement](#) británica, Constitución norteamericana—.

⁸ Sería mejor “directamente aplicables por los jueces” porque las normas son de por sí generales; es la aplicación la que es concreta. Por esa generalidad, lo más “normativo” no es lo más directamente aplicable. Lo más aplicable es una sentencia, un principio, una *regula iuris*. Por tanto, lo más normativo no es necesariamente lo más jurídico. Pero “normativa” y “normativa directa” parecen haberse instalado en el lenguaje jurídico constitucional español.

La programática es una Constitución menos jurídica. Programa los rumbos fundamentales de la actividad política y la legislación ordinaria. Ata menos al legislador y al gobernante. No siempre puede exigirse su cumplimiento judicial, pues cuanto más Política contenga, menos exigible ante los jueces será: ¿ante qué juez podemos exigir los derechos al ocio, a una alimentación adecuada o a una vivienda digna? En las constituciones recientes, hay muchas cláusulas así, que no sirven para mucho, ni siquiera con la nueva garantía procesal de la inconstitucionalidad por omisión existente en algunos países. Incluso en la española, que ha alcanzado un apreciable nivel de aplicabilidad directa, el [Tribunal Constitucional](#), en algunas materias (derechos sociales, derechos históricos de los territorios forales), a veces la trata como programática y no inmediatamente vinculante para él.

Las constituciones programáticas, al hacer muchas referencias a futuras leyes, ellas mismas vienen a ponerse, en cierto modo, en manos del futuro legislador y gobernante, lo que puede dar lugar a una como “desconstitucionalización” práctica de esas disposiciones constitucionales. Por ejemplo, en España, la autonomía regional está gobernada más por la legislación y la jurisprudencia que por la Constitución y los estatutos de autonomía. Aquellas partes de una Constitución que se confíen al futuro legislador ordinario atarán menos al poder y serán más dúctiles para él —especialmente para los tribunales constitucionales—, más próximas al grado de dificultad de reforma de una ley que al de una Constitución rígida. Cuando un texto constitucional dice, por ejemplo, que se combatirá la discriminación por sexo en todos los campos y todas las políticas, está ampliando indirectamente tanto la competencia del legislador y el ejecutivo de Bruselas como su margen de maniobra para combatirla o no en la práctica, junto con la manera en que desee hacerlo. Considerado desde este punto de vista, el Tratado Constitucional giscardiano no merecía un juicio muy favorable, si bien hay que admitir que en este asunto “llueve sobre mojado” en el terreno de la técnica legislativa europea.

En la constitución europea, puesto que el control político democrático es débil, el lenguaje programático debe cuidarse para que no se convierta en principio de atribución a un poder poco controlado. No sería la primera vez, como han explicado Joseph Weiler y Miguel Maduro, que los poderes estatales eluden el control a través del proceso de toma de decisión comunitaria. La legitimidad democrática del proceso de integración es endeble, como es natural en un proceso de integración a partir de comunidades políticas anteriores. El poder legislativo en la Unión Europea la mayoría de las veces tiene una legitimidad derivada mientras que los poderes legislativos nacionales en su mayoría gozan de legitimidad directa.

5. Positivas y negativas

En este contexto, llamamos “positivas” a las constituciones que ordenan al gobierno *hacer* algo, como garantizar un nivel elevado de protección de la salud en todas las políticas y acciones de la Unión⁹. Las constituciones actuales son frecuentemente positivas pues ordenan comportamientos y marcan valores y objetivos, a veces también para las personas,

⁹ Por ejemplo, [Artículo III-278.1](#) del Tratado Constitucional de la UE.

como usar el ocio adecuadamente¹⁰. Basta el lenguaje para apreciar la diferencia: unas dicen que “no se aprobarán impuestos sin consentimiento” y otras dicen que “el Estado velará por...” o “compete a los poderes públicos remover todos los obstáculos...”. Por eso, los norteamericanos, cuya Constitución es prototipo de las negativas, dicen que para vivir sus vidas no tienen que leer antes la Constitución. Consideran su Constitución como un documento que señala los grandes principios de la maquinaria del gobierno, la relación entre poder central y estados miembros y poco más (al principio ni siquiera tenía un listado de derechos), pero que no promueve particulares programas sociales y económicos ni, menos aun, antropológicos.

Las constituciones positivas tienen un lenguaje atractivo pero son “apoderadoras”, dan más poder a los gobiernos. También suelen ser más largas. Hasta bien entrado el siglo XX las constituciones eran predominantemente negativas; no aspiraban a dirigir la vida de las personas, no eran “constituciones dirigentes” en ese sentido. La norteamericana, a causa del actual uso de su [Bill of Rights](#), originalmente negativo y dirigido sólo contra el poder central, es hoy algo más positiva aunque menos que las europeas.

Un caso más claro es Canadá. Su Constitución nació en 1867 como una típica magna carta de escuela británica que interfería poco o nada en la vida social y menos aun en las vidas personales. Pero a partir de 1982, con la expansiva Carta de Derechos de ese año y el activismo judicial a que dio lugar, se convirtió en una Constitución positiva y los jueces que la interpretan en los “nuevos sacerdotes” de aquel país. No es descabellado pensar que la [Carta europea de derechos fundamentales](#) pudiera algún día tener entre nosotros un efecto parecido. El tenor general del texto giscardiano tiende también a aumentar la dimensión positiva en el constitucionalismo de la Unión.

El lenguaje constitucional positivo sería adecuado para las cartas magnas de comunidades políticas débiles o recién fundadas, que atraviesan una fase de construcción o “unitiva” en la que el poder central, todavía balbuciente, no debe ser frenado sino reforzado. El constitucionalismo más bien negativo sería adecuado para comunidades políticas consolidadas o que no se discuten, y en las cuales hay que poner todo el esfuerzo en frenar la natural tendencia del poder al crecimiento más allá de sus justos límites. Con todo, la Constitución norteamericana (como muchas otras más en el pasado) empleó desde el primer momento, en plena fase todavía unitiva, un lenguaje negativo, lo que arroja dudas sobre la generalización de ese argumento y hace pensar más en las diversas culturas políticas.

Las constituciones más positivas fomentan la noción de que la comunidad política es una organización de competencia universal y fines universales a la cual «nada humano es ajeno». Por eso, a las constituciones estatistas todo les interesa. Pero, como se puede deducir de Aristóteles, la comunidad política carece, por definición, de finalidad universal u omnicomprendiva y ni siquiera debe pretenderlo. Lo contrario es una idea perturbadora para la libertad, que debemos al estatismo. Las ideas estatistas de la soberanía, la *perfecta*

¹⁰ [Artículo 43.3](#) de la Constitución española.

societas, el positivismo jurídico con su legislador sin límites materiales y con competencia universal, han generado este problema. Pero justamente en este momento en que superamos el Estado, debemos evitar que ese aspecto del mismo le sobreviva transmutado en la Unión Europea. En el constitucionalismo no sólo el gobierno ha de ser limitado y parcial sino también, aunque no en idéntica medida, la organización general del Estado e incluso la comunidad política entera. El lenguaje «positivo» debería limitarse a aquellas materias en las que hay acuerdo sólido. También es conforme con la lógica comunitaria establecer, o al menos dejar un espacio, para aquello en lo que no estamos de acuerdo o no es preciso el acuerdo.

Desde el punto de vista de acomodar el pluralismo —de territorios, comunidades políticas menores, constituciones, ordenamientos jurídicos— las constituciones positivas serían más comparables a una pirámide y las negativas a un techo o paraguas. En una Constitución-pirámide todo, hasta el menor acto administrativo, procederá por deducción, derivación o goteo de la cúspide —lo cual puede no ser malo en una *polis* unitaria y simple—; en una Constitución-paraguas, quien esté bajo él no se mojará; quien se mantenga bajo el techo podrá saltar, caminar o sentarse según desee; ahora bien, quien no respete los límites del paraguas o techo podrá ser sancionado, incluso enérgicamente, como en las sentencias [Cooper](#) y [Brown](#)¹¹. En España todo, desde los estatutos regionales hasta los principios y valores, procede de la *norma normarum* como por deducción o derivación. En Estados Unidos, si el antiguo Derecho español sigue vigente en Nuevo México no es porque se derive de la Constitución sino porque ya estaba allí; si bien no puede ir contra ella. En la India británica, los mismos colonizadores que prohibían incinerar viudas, respetaban la prohibición nativa de cazar pavos reales y el carácter sagrado de las vacas; no porque se derivara ni fuera conforme con la Constitución británica sino por ser extravagante pero no repugnante a los principios civilizados.

6. Constituciones largas y cortas

Cuanto más larga y detallada sea una magna carta, más percedera resultará. A mayor tamaño, más partes contendrá que, consideradas por su materia, no serán verdaderamente constitucionales¹². No todo lo constitucional cabe en el texto de una Constitución, *ergo*, menos aun cabrá lo civil, laboral o penal. La [Constitución mexicana](#) tiene un artículo, el [123](#), que, con unas trece páginas, parece un pequeño código de Derecho laboral (ocupa aproximadamente un tercio de la norteamericana completa, incluidas sus enmiendas), y la

¹¹ *Brown v. Autoridad de Educación de Topeka* (349 US 294, 1955) y *Cooper v. Aaron* (358 US 1, 1958) son dos famosas sentencias del Tribunal Supremo norteamericano dictadas contra la segregación racial que seguían practicando unas obstinadas escuelas de Topeka (Kansas) y Alabama. En aquellos años, el ejecutivo federal llegó a enviar fuerzas armadas para garantizar el derecho de los padres negros a enviar a sus hijos a esos centros educativos.

¹² El [artículo III-239](#) del Tratado Constitucional europeo dice que: “Toda medida en materia de precios y condiciones de transporte que se adopte en el marco de la Constitución deberá tener en cuenta la situación económica de los transportistas”. Además de impropio por excesivamente detallado, este artículo ordena una obviedad de sentido común. Cualquier Constitución resultaría gigantesca si se redactara con ese detalle. Por ejemplo, ¿por qué no poner en una Constitución que “en toda medida en materia de vivienda se tendrá en cuenta la situación económica de los arrendatarios” y así sucesivamente?

parte dedicada al Derecho penal también contiene casi un código. El Tratado Constitucional de la Unión Europea tiene 448 artículos, 36 protocolos, dos anexos y 50 declaraciones, batiendo todos los records de fárrago y prolijidad. Las constituciones muy largas (hoy en día, muchas) son como círculos concéntricos en los que la densidad constitucional va disminuyendo hasta atenuarse tanto que, como en el ejemplo mexicano, el lector ya no sabe si está ante una Constitución o una gran ley penal o laboral. Ninguna de las constituciones clásicas era demasiado larga.

Hay que admitir que la actual europea incurre en ese defecto, como se ve en el TCE y en la parte tercera del Tratado Constitucional, los cuales, al tratar de las políticas concretas de la Unión, incurren en un detallismo manifiestamente impropio de una Constitución, como — un ejemplo entre mil— el citado artículo III-239. Nadie sensato considerará este tipo de preceptos esencial para el constitucionalismo.

Desde este punto de vista (no necesariamente desde otros) no se puede negar la superioridad de la Constitución norteamericana.

IV. ¿Cuántos modelos hay realmente?

Tradicionalmente distinguíamos dos grandes paradigmas: constituciones escritas y codificadas frente a flexibles y no codificadas, considerando a menudo que en estas dos matrices constitucionales, europea continental e inglesa, caben todas las constituciones importantes. Pero, considerando las anteriores diferencias y combinándolas, resultan tres modelos.

El primero sería el inglés: constituciones no escritas y no codificadas que se van formando por acumulación de sucesivos documentos, convenciones, costumbres, sentencias y prácticas. No responden a un plan deliberado. Es algo parecido a esas modernas técnicas de pintura constructivista en las que se pinta sobre lo ya pintado. Técnicamente, son defectuosas. Dependen mucho de las condiciones sociales y de la mentalidad de los agentes. Cuando las circunstancias son adversas o falta un mínimo de comunidad cultural, las constituciones no escritas y flexibles muestran sus límites.

Debe notarse que, por sus propias características, estas constituciones son buenas para acomodar territorios, culturas o comunidades políticas heterogéneas.

El segundo modelo es el europeo continental: constituciones rígidas, codificadas, frecuentemente asociadas al concepto de Estado. Con variaciones según momentos y lugares, son cúspide de pirámide normativa, norma de normas, acto fundacional constituyente, base y fundamento del edificio social, político y jurídico, así como carta fundamental de la organización pública. Son completas, cerradas y autosuficientes y,

últimamente, son también conjuntos de valores positivizados, así como iconos o espejos en los que se ve reflejada la comunidad política. Este tipo de Constitución tiende a ser monista y se encuentra cómoda en un sistema jurídico normativista estructurado en códigos, uno para cada gran rama del Derecho. El texto constitucional contiene las cabeceras de los capítulos del ordenamiento jurídico. Aunque hubo constituciones de este tipo poco ambiciosas y de mínimos (así ocurría en el siglo XIX), en la práctica, hoy son de máximos, adecuadas para comunidades políticas consolidadas y con una cohesión social, cultural y territorial muy elevada, cercana a veces a la uniformidad. Si la comunidad política no es así, estas constituciones tienden a forzarla en esa dirección.

Tercer modelo: la Constitución norteamericana. Suele considerársele prototipo de las escritas y rígidas y, basándose en esas dos indiscutibles características suyas, no es raro colocarla al frente del segundo grupo. Sin embargo, aparte de escrita y rígida, la Constitución norteamericana tiene poco que ver con la española, la francesa o, menos aun, la giscardiana. Las diferencias son tantas y de tanta importancia, de fondo y forma, que hasta el lector no especializado las percibe. Podemos, por tanto, hablar de un tercer modelo o paradigma suficientemente diferenciado: Constitución escrita y rígida pero no codificada. Basta dar la vuelta como un guante a muchas características del segundo modelo para obtener una Constitución del tipo de la norteamericana: de mínimos, breve, abierta, pluralista, suprema pero no única, que no se pronuncia sobre las restantes fuentes del Derecho, no pretende constituir la sociedad civil ni, menos todavía, la cultura o la Ética.

V. Cómo es la Constitución europea actual y en qué modelo encaja

La Unión Europea tiene dimensión constitucional desde hace unos cuarenta años, aunque al principio fuera sólo tenue. El primer trabajo científico en ese sentido es de comienzos de los años sesenta, las primeras sentencias constitucionales por su naturaleza constitucional son similarmente antiguas, los primeros derechos fundamentales reconocidos (por vía judicial) son también de los sesenta, las primeras elecciones parlamentarias son de 1979... Para otros, no hay esa dimensión constitucional ni hoy, a menos que se apruebe el Tratado Constitucional o algún documento equivalente, pero uno se pregunta si estos negadores de la Constitución europea a toda costa no se verían también obligados a negar la existencia de la Constitución británica y otras, como la canadiense hasta 1982.

Si hubiera que dibujar un elemental retrato de la Constitución material europea, atendiendo a los mismos grandes criterios con que describiríamos cualquier otra, cabría decir aproximadamente lo que sigue.

No hay Constitución formalizada como documento constitucional único. No existe, por ahora, ley ni tratado alguno así llamado, aunque la [sentencia Parti Ecologiste](#) (1986) hable del Tratado como “Carta constitucional”; si bien el Tratado no es constitucional sólo porque lo diga el Tribunal. Es una Constitución fragmentaria, incompleta (no trata de todo), dispersa (hay que rastrearla en los Tratados, sentencias y otras fuentes). En cuanto a rigidez

o flexibilidad, es rígida (la reforma formal de los Tratados es difícil; *cfr.* [artículo 48](#) TUE), y en cuanto a extensión, es muy larga (retirando los artículos que no son materialmente constitucionales, no tanto). No consiste en una única norma, no está codificada, no es *norma normarum*, no regula la producción de toda ulterior norma aplicable en la Unión ni consagra un orden objetivo de valores, aunque la Carta de Derechos parece pretenderlo.

Todas esas debilidades no obstan para que sea suprema, directamente aplicable, vinculante para las autoridades (tanto comunitarias como de los estados), dotada de primacía y creadora de derechos y obligaciones —incluso, en ciertos casos, para los particulares—. Sus principios básicos son el de la primacía y el del efecto directo.

Sus fuentes son la jurisprudencia de [Luxemburgo](#), los Tratados, la [Convención Europea de Derechos Humanos](#) (CEDH), la Carta de Derechos, las constituciones de los estados miembros, la jurisprudencia de los altos tribunales de los estados miembros, y los principios.

El poder constituyente está desigualmente disperso en el [Consejo Europeo](#) y el [Consejo de Ministros](#) (o sea, los estados), en el [TJCE](#), la [Comisión](#), el [Parlamento](#) y, en alguna medida —no muy grande— en los pueblos de los estados miembros.

Este corto proceso de constitucionalización ha tenido notables alteraciones, a menudo por medio de cambios no formales. El primer cambio constitucional importante lo produjeron las grandes sentencias de los años sesenta y setenta ([Van Gend](#), [Costa](#), [Simmenthal](#) y otras). Antes de las dos primeras, la Unión Europea (que ni siquiera se llamaba así) era una organización internacional que bien podía no llegar a desenvolver nunca una dimensión política apreciable. El segundo fue la elección directa del Parlamento (1979), que cambió tanto el espíritu de ese órgano que en 1984 produjo el Proyecto Spinelli, primer proyecto constitucional europeo y mejor que el de Giscard, por cierto. El tercer cambio, en los ochenta, fue la efervescencia que culminó en el [Acta Única](#). El cuarto, Maastricht. El quinto gran hito, si prescindimos del Proyecto Herman de 1994, iba a ser el Tratado Constitucional.

El sentido general de esas alteraciones fue un desplazamiento relativamente rápido pero muy fragmentario y asimétrico de lo internacional a lo político o interno, pero que no tiene por qué acabar en un estado unitario, sin dimensión internacional alguna.

La historia de la integración europea puede ser explicada, entre otras maneras, como una evolución o desplazamiento a lo largo de una flecha imaginaria. En su extremo izquierdo (mínima integración) estaría un grupo de estados desarticulado, un conglomerado de estados con un grado de integración muy bajo o inexistente, por ejemplo, una organización internacional clásica cuyos miembros se limitan a cooperar voluntariamente si lo desean y en los ámbitos que lo desean. En el extremo de la derecha (máxima integración) estarían los estados unitarios centralizados. Entre ambos extremos, de menos a más integración, encontraríamos los siguientes pasos o etapas: en primer lugar, la organización internacional

de integración, a continuación, la confederación, después, el federalismo de tipo dual, después —siguiente paso en integración—, el federalismo de tipo cooperativo; la siguiente vuelta de tuerca en la centralización nos conduciría al estado unitario autonómico, el cual sería la máxima expresión de integración, excepto el estado unitario centralizado, extremo opuesto a las organizaciones internacionales clásicas. (Por su extremo centralismo, aquí lo descartamos).

La Unión ha “viajado” (y sigue haciéndolo), a partir de una organización internacional de cooperación, en la dirección contraria, si bien es de esperar que no llegue nunca a ser un Estado unitario. El problema es que el desplazamiento es asimétrico y no sabemos cómo acabará, aunque es improbable que termine en la última fase, un Estado, y menos aun unitario. Decimos que es asimétrico porque no toda la Unión pasa uniformemente de una fase a otra: en materias como agricultura o moneda la Unión es ya una federación, y bastante centralizada; en asuntos de cooperación judicial y policial, recuerda una confederación; en materias como la guerra de Irak, por ahora la Unión recuerda más bien una organización internacional, a cuyos miembros no se puede impedir hacer lo que desean e incluso aliarse con terceros ajenos a la Unión.

No existe por ahora un “pueblo de la Unión” en sentido político, ni es condición indispensable para la existencia de una constitución ni para poder aplicar una lógica contractualista¹³. Para que existiera un pueblo en el usual sentido post-1789 habría que alcanzar un nivel de integración social y cultural demasiado uniforme. Pretender que porque haya una comunidad política tenga que haber un pueblo, es un reflejo estatista. La ciudadanía de la Unión no tiene por qué producir un pueblo europeo. Los pasaportes canadienses decían durante decenios que “un súbdito canadiense es un súbdito británico” sin que eso diera lugar a un solo pueblo. Ingleses e irlandeses, mientras formaron el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda, no constituían un único pueblo. La formación de un pueblo para cada estado fue un aspecto del proceso de construcción de los estados-nación en torno a la Revolución Francesa; por ejemplo, no había “pueblo español” antes de las Cortes de Cádiz. Esa carencia no impedía a España ser una de las grandes potencias mundiales, lo que quiere decir que la máxima integración *ad intra*, incluso la uniformidad, no necesariamente acarreará un mayor peso en el mundo.

¿En cuál de los modelos encaja mejor, o menos mal, la actual Constitución europea no escrita? En el que hemos denominado paradigma inglés. Y ¿en cuál encaja el Tratado Constitucional giscardiano? La respuesta es clara: es un documento europeo continental, predominantemente franco-alemán. La Carta, en especial, es indisimuladamente germanizante.

¹³ Diversos autores insisten en que sin *demos* no puede haber contrato social (ni democracia, poder constituyente o, en última instancia, Constitución: *ohne demos, keine Verfassung*). Semejante dogmatismo no está avalado por la experiencia ni por el sentido común. Puede ser que unas personas que no formen un *demos* ni tengan nada en común pueden verse en la necesidad de pactar, poner por escrito el pacto, garantizar el respecto a lo pactado, dirimir los litigios que se produzcan en la interpretación del pacto, garantizar los derechos que de él resulten, y demás. Además, puede haber pactos que no los concluyan las personas sino los gobiernos, estados o territorios.

VI. La Unión Europea, un exitoso proyecto nuevo y viejo al mismo tiempo

Considerada como proyecto de asociación política, la Unión Europea es un éxito. Solamente haber conseguido la paz durante medio siglo la justificaría. No es cierto que a causa del rechazo francés y holandés al Tratado Constitucional esté ahora la Unión al borde del colapso, pues aunque no se ratifique la Constitución, lo conseguido hasta ahora, que no es poco, no se pone en cuestión.

Es interesante parar mientes en que esta Unión que ha sido un éxito, era un proyecto de fines limitados —paz y desarrollo— y, consecuentemente, competencias y campos de acción concretos, muy lejos de la idea estatal de la competencia universal (que es compatible con la división interna de poderes). Es verdad que hasta ahora, sobre todo en la década de 1980, la Unión ha operado por el procedimiento de auto-atribuirse competencias con poco *self-restraint*, bien *de facto* (tomando decisiones en campos que no eran suyos, forzando las interpretaciones en un sentido y no en otro), bien *de iure* (reformando los Tratados o creando unilateralmente una base jurídica comunitaria, sin respetar las constituciones nacionales que la fundan y dan legitimidad y validez), pero la idea generalmente profesada era que Europa no tenía fines ni competencia universales, lo cual se expresaba como principio de atribución de las competencias. En los últimos decenios, el principio de atribución, *conferred powers only*, aunque gana terreno, convive con un planteamiento, visible por ejemplo en la Carta de Derechos, según el cual nada humano, ni siquiera lo personal, parece ajeno a la Unión Europea. ¿Será capaz de continuar su carrera con éxito si se convierte en un proyecto político de fines y competencia universales?

Tampoco es verdad que la Unión carezca de precedentes. Casi no hay aspecto de ella al que no se pueda encontrar precedentes en el Imperio Romano, el Sacro Imperio Romano-Germánico, la Commonwealth o los procesos de integración de los [Estados Unidos](#), [Alemania](#) y [Canadá](#); sin olvidar la [unificación española](#), que también fue una integración económica, tributaria, jurídica e institucional. A fuerza de subrayar la comparación con los imperios, algunos creen que volvemos al pasado (más bien *back to the future*): si durante la mayor parte de su historia, excepto de 1550 a 1950, Europa estuvo de alguna forma integrada, o no enteramente desintegrada, lo que ahora estaríamos haciendo sería volver a la “normalidad”: integrarnos de nuevo pero no bajo un Estado. Si hay precedentes, ¿por qué no buscar inspiración en ellos, aunque no imitemos exactamente ninguno?

Lo que hay de atípico en la Unión Europea es que estamos, casi desde los orígenes, en las fases unitiva y expansiva a la vez. Aún sin terminar la construcción europea ya hay que frenar al poder. Aún es éste débil, delegado y parcial, y ya regula hasta las jarras de cerveza, para mayor disgusto británico. Aún no hay acuerdo sobre hasta dónde debe llegar la integración y ya tenemos que detener las interferencias bruselenses. Estamos en una situación en la cual es tan cierto que la integración ha ido demasiado lejos (en algunas cosas) como que es insuficiente (en otras).

La paradoja se explica por el asimétrico desarrollo de nuestra integración. Los Estados Unidos de América fueron pasando de fase en fase con actos jurídicos formales y solemnes: [Declaración de Independencia](#), [Articles of Confederation](#), [Constitución](#). A partir de 1787 su integración, que no por tener Constitución era ya completa, continuó adelante aunque sin cambios formales y más lentamente que en la Unión Europea. Ésta, en cambio, nació como organización internacional, como otras (aunque con objetivos políticos a largo plazo), y bien pudo haberse quedado en eso. Desde muy pronto, convivieron en las Comunidades un apreciable poder, impropio de una organización internacional e incluso bastante intervencionista, con unas carencias igualmente notables. Esto explica que la Unión Europea, aun siendo débil y necesitando crecer en unos campos, sea al mismo tiempo indebidamente centralista en otros. Es perfectamente concebible que un Estado o región, sin incoherencia alguna, pueda necesitar defender de Bruselas sus competencias en un terreno y al mismo tiempo reclamar mayores intervenciones europeas en otro.

Esta atipicidad europea no es necesariamente negativa; simplemente, es más difícil de alojar en nuestros archivadores conceptuales. Estamos preparados para entender que un grupo de estados decidan unirse para formar una organización internacional, más tarde decidan pasar *in toto* a confederación, luego, igualmente *in toto*, a federación, y quizá después a estado unitario. Lo que nos cuesta —excepto a los anglosajones— es admitir que una misma entidad pueda tener simultáneamente rasgos de organización internacional, de confederación y de federación, y quizá por mucho tiempo. No nos cuesta admitir conceptualmente que en un proceso de integración haya que ceder competencias a la nueva asociación; nos cuesta admitir que al mismo tiempo haya que estar vigilante para negarle otras. El mundo en el que ya vivimos es postestatal y postwestfaliano¹⁴; los estados continuarán, quizá mucho tiempo, pero ya no son autosuficientes ni soberanos. Según las definiciones de manual, que invariablemente requieren control sobre el territorio, población y poder soberano, ya no son verdaderos estados. Dice Beata Kohler-Koch que el estado de los “tiempos modernos es una construcción de fines del siglo XIX que ya no es un modelo válido para capturar la realidad. Sin embargo, sigue ocupando la mente de la gente”. Ahí está la clave: nuestro equipamiento conceptual ya no explica la realidad pero seguimos aferrados a él¹⁵. Profesamos lo que no vivimos. En España se libran hoy batallas por la soberanía e integridad de un Estado que hace tiempo que ya no es tal en la realidad.

Shaw insiste en una idea semejante: estamos en un *postnational constitutionalism in a non-state polity*, con un doble proceso, simultáneo y contradictorio en apariencia, de globalización y regionalización. En la realidad, Europa (cuando sus estados miembros son

¹⁴ Se refiere al orden impuesto tras la [Paz de Westfalia](#) (1648), que dividió el suelo europeo en estados y selló la defunción de Europa, o al menos de la idea imperial, que quedó limitada al área alemana. El principio del fin del orden westfaliano fue, seguramente, la Primera Guerra Mundial.

¹⁵ Escriben DE CARRERAS y GAVARA en un difundido repertorio constitucional: “La Constitución es la norma superior de nuestro sistema normativo y, por consiguiente, encabeza nuestro ordenamiento jurídico. Así lo expresa con claridad [su] art. 9.1 (...) Kelsen lo ha formulado con claridad (...): «El Derecho es (...) un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema (...)». La idea de ordenamiento (...), o, en la terminología de Kelsen, de sistema, [tiene] las siguientes características: (...) c) Las estructuras son sistemas completos, es decir, cerrados (...)”. F. DE CARRERAS y J. C. GAVARA, *Leyes Políticas*, Aranzadi-Civitas, Barcelona, 2005, p. 99.

compuestos) tiene ya tres niveles constitucionales: los ciudadanos viven bajo tres constituciones, están gobernados por gobiernos dispuestos en tres niveles, votan en elecciones de tres niveles, obedecen tres niveles de legislaciones y tienen tres identidades (gallego, español, europeo, por ejemplo). Si esto es así, ¿cuál será el tipo de Constitución más adecuado para esta realidad? Y si carecemos por ahora de uno realmente adecuado, ¿cuál será el menos inadecuado? Desde luego, uno que no se inspire en el modelo constitucional estatista que estamos ahora superando; un modelo que garantice lo importante de la integración y deje las puertas abiertas a futuros desarrollos.

VII. El fracaso de la Constitución giscardiana, ¿ocasión para un cambio de paradigma?

Ante todo debe recordarse que el actual no es el primer intento de constitucionalización formal, aunque sí el que ha llegado más lejos porque los proyectos de Spinelli (1984) y Herman (1994) no pasaron de la fase parlamentaria. Ambos eran más sobrios y realistas que el de Giscard pero nacieron prematuramente. Siendo también escritos y rígidos, eran por lo demás muy diferentes del actual. Posiblemente habrían superado el proceso de ratificación mejor que el actual. No eran realmente codificados.

Hasta aproximadamente la [Declaración de Laeken](#) podríamos decir que el modelo de constitucionalización normalmente denominado funcionalista, y que aquí hemos asimilado al inglés¹⁶, produjo una Unión que ya es un éxito. Pero llegó un momento en que esa Constitución no escrita mostró sus límites, pues sólo para conocer el reparto de competencias entre la Unión y sus miembros había que hacer poco menos que una tesis doctoral. La falta de sentido común de los líderes europeos sumó a las naturales dificultades de la constitucionalización la extemporánea incorporación de diez nuevos miembros. Así, hubo que pensar en otro paradigma constitucional. Los mandatos formulados en Laeken eran realistas y no ordenaban pasarse con armas y bagajes al paradigma europeo continental¹⁷. Pero ya la Convención que preparó la Carta de Derechos siguió un planteamiento marcadamente germanizante, y la giscardiana se movió dentro de unos parámetros igualmente continentales. El Tratado Constitucional se alejó mucho de Spinelli y de Herman y consumó un cambio de paradigma, con el resultado de todos conocido, además de incrementar el euro escepticismo¹⁸ y la división entre las distintas visiones de Europa.

Queda dicho que los europeos de nuestros días pensamos de una forma distinta de la que vivimos. Estamos encantados de viajar sin pasaporte, desplazarnos sin cambiar de moneda y

¹⁶ No queremos decir que los actores constitucionales hayan intentado seguir el modelo constitucional inglés, pues ni siquiera participaban de esa cultura jurídica. Como se dijo, nos limitamos a señalar una cuestión de hecho: que una Constitución formada por sucesivos documentos y sentencias recuerda la manera inglesa de hacer constituciones, la cual, por cierto, tampoco constituía un modelo uniforme racionalizado.

¹⁷ Lo que por comodidad designamos así tampoco es un modelo conceptual unitario, pues desde el punto de vista del Derecho Constitucional no es lo mismo Francia que Alemania.

¹⁸ "Public support for the EU on decline", *European Voice*, 21 de diciembre de 2005 - 11 de enero 2006, p. 2. Se basa en una encuesta publicada el 20 de diciembre por la Comisión Europea.

trabajar en cualquier lugar de la Unión. Pero nos inquietamos si nos dicen que nuestro Estado ha perdido su soberanía, sin pararnos a pensar que si la conservara no podríamos vivir de esa forma que nos parece buena. Ese estatismo de la cultura política todavía dominante en los estados miembros, al enfrentarse al estatismo del Tratado Constitucional, ha producido la confrontación que hoy tenemos ante nosotros. Las inmodestas apariencias y la pretenciosa arquitectura del Tratado Constitucional, junto con la lógica estatista que destila, provocaron un rechazo desproporcionado, que quizá una Constitución más sobria no habría provocado. Lo que proponían Méndez de Vigo y Stubb no anda sobrado de sentido común ni es muy democrático¹⁹, pues los europeos han mostrado, ya desde las elecciones parlamentarias de 2004 e incluso antes, que no comparten el rumbo ni el ritmo de los actuales líderes de la Unión.

Nosotros no proponemos abandonar ni detener el proceso de constitucionalización sino mudarlo a otro paradigma de tipo genéricamente norteamericano. Si el inglés, aunque haya servido bien hasta ahora, ya no se puede mantener en el futuro, si el europeo continental no ha triunfado y además nos ha dividido, ¿por qué no buscar inspiración alternativa en el proceso de integración experimentado por los Estados Unidos? Una constante en la historia de la integración europea es su parecido material con los precedentes norteamericanos²⁰, junto con la insistencia formal en que la Unión Europea es un Objeto Político no Identificado distinto a todo lo anterior, y más todavía a los Estados Unidos, contra modelo para muchos europeos. Pero la realidad es que muchos de los problemas con que se ha venido encontrando la integración europea reproducen los que en su día se encontraron los norteamericanos, desde la supremacía hasta los poderes implícitos. Basta echar un vistazo a los principales hitos constitucionales norteamericanos desde 1776 —independencia y confederación— hasta el siglo XX —impuesto federal sobre la renta, eficacia del *Bill of Rights* federal en el interior de los Estados miembros— para percibir las similitudes. Sionaidh Douglas-Scott, en su “Constitutional Law of the European Union” (Londres, 2002), cita hasta treinta y cuatro sentencias norteamericanas. El estudio de la historia constitucional norteamericana facilita mucho la comprensión de la integración europea²¹. En su vibrante trabajo antes citado, Verhofstadt propone explícitamente el modelo federal norteamericano para salir de la actual crisis europea.

¹⁹ I. MÉNDEZ DE VIGO, A. STUBB, “A Five-Step Plan to get Europe’s Constitution on Track”, *Financial Times*, 30 de septiembre de 2005. Insisten en salvar el actual Tratado Constitucional, ponerlo de nuevo en la agenda ahora mismo y celebrar una nueva votación, en toda Europa, en 2009. La aceptación o rechazo tendría que hacerse en bloque, no por partes.

²⁰ Y también con los alemanes (en el siglo XIX) y canadienses. En Canadá pueden rastrearse restricciones a la libre circulación hasta hoy. Véase la actual controversia entre Quebec y otras provincias, como Alberta, a propósito de la margarina amarilla. Para que el consumidor no las confunda y para proteger a los granjeros, muy poderosos allí, las autoridades quebequesas ordenan que la margarina sea blanca. Curiosamente para nosotros los europeos, el Tribunal Supremo sentenció en favor del derecho de Quebec a prohibir en su territorio la venta de margarina con color de mantequilla (*The Economist*, 10 de diciembre de 2005, p. 57).

²¹ C. CANCELA, *El Proceso de Constitucionalización de la Unión Europea*, Santiago, 2001, pp. 197-202, (principios de reparto de poderes) y *pássim*.

VIII. ¿Por qué no inspirarnos en el modelo norteamericano?

En el actual estado de su evolución la Unión Europea ya no es una organización internacional clásica de estados soberanos; es una verdadera comunidad política de comunidades políticas dispuesta en un panorama constitucional de varios niveles. Ya tiene Constitución en sentido material; ahora necesita un proceso de constitucionalización formal, lo que no debe equivaler a estatización. ¿Por qué no tomar nota de lo que hicieron los norteamericanos en 1787? Ellos también se vieron en la necesidad de hacer una Constitución formal careciendo de completa unidad de valores, con intereses económicos contrapuestos y teniendo que armonizar tamaños y pesos específicos muy diversos. Ellos también comenzaron con unos simples *Artículos* de una Confederación y luego se dieron una Constitución, tan modesta que en ciertos puntos parecía casi un tratado internacional.

¿Y nosotros, qué podemos hacer? Puesto que *hic et nunc* no compartimos todo, ni siquiera el modelo final al que irá a parar nuestra integración, pongamos por escrito en un documento tan breve y sobrio como sea posible aquello en lo que estamos de acuerdo —que en realidad ya es mucho—, así como los límites máximos y mínimos de la integración, como una amplia banda, y dejemos por ahora los detalles.

Una Constitución así no necesitaría enunciados de valores, ni más enunciados de objetivos que los básicos (los cuales, si están bien redactados, ayudarán también a resolver los litigios sobre competencias); no necesita listados de derechos porque ya los tenemos en las constituciones, la CEDH y las jurisprudencias (de la UE, de Estrasburgo y de los estados miembros); no necesita entrar en los inacabables detalles de las políticas concretas ni recordar a los poderes públicos que extremen la vigilancia de la igualdad o del medio ambiente en todas sus políticas, pues ambas son actitudes políticamente correctas que hoy no corremos ningún riesgo de olvidar. Tampoco debe consagrar un concreto modelo social, valorativo ni cultural que no compartan todos los europeos, pues nos dividiría. Necesita afirmar y proteger claramente aquello que ya tenemos en común y dejar a los estados libertad en lo demás, en vez de sofocarnos con detalles o imponernos antropologías concretas. Una Constitución así no debe todavía apostar por un modelo concreto y acabado de comunidad política por la sencilla razón de que por ahora no lo tenemos; al menos, no tenemos uno que todos acepten. Por eso debe garantizar los marcos básicos de la integración y dejar abierto lo demás, según se presente el futuro.

Algunos, incluyendo Tony Blair, están haciendo tanto hincapié en la Unión Europea como comunidad de valores, que habrían hecho imposible la firma de la Constitución norteamericana, pues los norteamericanos tenían y aún tienen discrepancias importantes, como la pena de muerte y el derecho a llevar armas. Siendo realistas, en este momento de la vida de la Unión necesitamos una Constitución escrita y rígida pero corta, inteligible, que nos una —no, como el texto giscardiano, que nos divide²²—; negativa, modesta; derivada y

²² Con todos sus defectos, la Constitución española de 1978 fue de consenso. Pocas personas y grupos sociales quedaron seriamente heridos por ella.

no originaria; constituida y no constituyente; abierta, incompleta, realista y practicable. Una Constitución que sea como un paraguas bajo el que quepan constituciones y ordenamientos jurídicos cualitativamente diferentes (dentro de los generales parámetros occidentales), no como un silogismo del que se deduce todo ulterior paso ni como una pirámide jerarquizada, completa y coronada por una sola cúspide de la cual “gotean” en régimen de monopolio el poder, la jurisdicción y la interpretación, con la posibilidad para el monopolista de dictar su interpretación a todos (estados miembros, regiones, grupos sociales, personas). Tiene que ser incompleta, o de lo contrario no podrá ser abierta. Y tiene que ser abierta no sólo para respetar la libertad, no sólo porque a día de hoy ignoramos el futuro, sino porque la actual Constitución material europea tiene una estructura que se caracteriza porque de ella forman parte —y parte constituyente, no constituida— las constituciones de los estados miembros: es una Constitución *compound*, compuesta, *integrata*, una *Verfassungsverbund composée*²³, pluralista; y no hay nada de impropio en ello desde el punto de vista constitucional. Por el contrario, se trata de un rasgo que debe continuar.

IX. ¿Una Constitución mayoritaria o minoritaria para Europa?

Otro aspecto notable es que una Constitución para tan variados pueblos, culturas y estados debe ser relativamente minoritaria²⁴, a diferencia de las de diversos estados miembros que son bastante mayoritarias (esto es, si el gobierno disfruta de una mayoría cómoda, gobierna con pocos frenos). El planteamiento simplemente mayoritario —aplicar la regla de la mayoría— puede amenazar las identidades constitucionales de los estados miembros. Ni siquiera es siempre lo más constitucional dentro de un estado por pequeño y uniforme que sea, pero cuanto más grande, plural y compleja sea la comunidad política, peor. Comprobamos una vez más que no se debe hacer una Constitución para Europa a base de transponer el constitucionalismo estatal a la escala de la Unión. Y es que lo que sirve para un Estado no siempre servirá para una asociación de muchos estados y pueblos: semejante salto cuantitativo resultará también cualitativo. Así, atribuir todo el poder al legislativo, como en el constitucionalismo inglés, es una opción lícita dentro de un Estado, sobre todo unitario, pero a escala europea sería muy negativa para los parlamentos de los estados y regiones. Dentro de Portugal, España o Italia, la idea de una Constitución “dirigente” en el sentido de Canotilho, entra en el terreno de las preferencias legítimas, pero si una Constitución para toda la Unión, además de detallada y reglamentista pretende ser dirigente, resultará demasiado uniformadora. Una constitución europea no debe ser “perfeccionista”; no dirá a los estados cómo deben ser —ni ellos, ni sus sociedades civiles, ni sus familias ni sus personas²⁵—; debe decirle sólo lo que no pueden hacer: implantar la pena de muerte, impedir la libre circulación, etc. Los británicos en la India, como señalábamos, prohibieron la incineración de viudas y el infanticidio pero no cursaron instrucciones acerca de cómo reconfigurar los ordenamientos jurídicos nativos; de hecho, es mayor el centralismo en la India ahora que bajo el Imperio Británico. Similarmente, los romanos carecían de un

²³ En el sentido de I. PERNICE, “De la Constitution composée de l’Europe”, *WHI Papers*, Walter Hallstein Institute, Berlín; “Fondements du droit constitutionnel européen”, Instituto de Altos Estudios Internacionales de París, Pédone, 2004.

²⁴ En el sentido de protectora de las minorías, como la norteamericana.

²⁵ La Carta de Derechos parece responder a una concreta visión del hombre que no todos los europeos tenemos necesariamente que compartir.

proyecto deliberado de unificación de las diversas culturas, ordenamientos jurídicos e instituciones. Un proyecto así, que incluso dentro de Francia o España podría ser criticable, si se elevara a principio europeo general resultaría letal para los estados y culturas menores.

Ello nos reconduce a ese aspecto en el que la Constitución europea tampoco puede ser como una estatal ampliada: la relación mayorías-minorías. Incluso en un Estado unitario, pequeño y culturalmente homogéneo —por ejemplo, Portugal— el constitucionalismo implica protección de las minorías más que gobierno de las mayorías: basta que una sola persona invoque un solo derecho fundamental para detener la voluntad de la mayoría. Una comunidad política de comunidades políticas, gigantesca y pluralista, por definición estará llena de minorías territoriales, religiosas, étnicas o culturales, que serían eliminadas, o al menos absorbidas, si se aplicara sin más la regla de la mayoría²⁶. Ahora bien, cuanto más proteja a las minorías, menos democrática en sentido literal será esa Constitución, lo que nos devuelve al problema de que para obtener una democracia de escala continental no basta ampliar una estatal²⁷. Esto seguramente conseguiría, como los efectos no deseados en la economía, amenazar la democracia europea, cuyo éxito tiene mucho que ver con respetar la lógica de la integración. Y la integración europea no es una teoría sino una construcción práctica concreta, como se pone particularmente de relieve al tratar de acomodar los parlamentos regionales y nacionales en el gran cuerpo político europeo²⁸. Como sabía Aristóteles, el tamaño no es indiferente. Si le añadimos la complejidad, y a ésta la complejidad interior de los miembros, es aun menos indiferente.

X. Respetar la diversidad de niveles de constitucionalidad

Decimos que no basta tomar una democracia nacional y «fotocopiarla» en grande, y ello es cierto en varios aspectos más (no en todos). Debemos tener siempre presente el principio general de evitar el pensamiento estatista: no porque —por ejemplo— las constituciones estatales proclamen valores (y no todas lo hacen) tiene la europea que hacerlo; al menos, no los mismos valores ni con la misma intensidad. No porque los gobernantes se elijan en los estados por simple sufragio universal han de elegirse necesariamente igual en la Unión; no porque las reformas constitucionales se hagan en Portugal sólo por su parlamento han de hacerse necesariamente igual en la Unión. Por lo mismo, el efecto irradiador de los derechos fundamentales alemanes, concebidos como valores positivados a partir de la sentencia *Lüth* de 1958, si se ampliara a toda la Unión podría amenazar las identidades constitucionales de

²⁶ Tal como está la Constitución europea actualmente, la dispersión del poder, la necesidad de negociar muchas cuestiones y la ponderación en las votaciones protegen bastante a las minorías —más que en los estados miembros—, sin olvidar la protección radical que brinda la unanimidad, cuando procede.

²⁷ Dando por supuesto que las democracias de los estados miembros sean ejemplares.

²⁸ C. CANCELA, “Os parlamentos rexionais e a UE. Unha lectura en clave democrática e multigubernamental”, en prensa. Hay más ejemplos de cómo no puede aplicarse sin más el procedimiento de la fotocopia ampliada. La transformación de la originaria asamblea europea en un verdadero parlamento (elecciones directas, 1979) fue muy buena en general y produjo un impulso político inmediato, pero fue negativa para los legislativos nacionales y, en general, para el carácter parlamentario de las democracias de los estados miembros. Por razones similares, la extensión del procedimiento de decisión por mayoría cualificada, aun siendo en sí misma buena, puede disminuir la responsabilidad interna de los ejecutivos ante sus respectivos legislativos.

quienes tengan otra tradición en materia de derechos constitucionales. O también: los estados pueden necesitar códigos civiles —y aun eso es discutible— pero no está claro que la Unión deba también dotarse de uno; ni siquiera está claro que deba intervenir mucho en el terreno del Derecho civil. Tampoco las nociones usuales de poder constituyente o pueblo pueden ser transplantadas sin más, pues son plantas producidas en otra tierra. Quienes, sobre todo en el centro y sur de Europa, no imaginan otra comunidad política que un Estado, dan por sentado que puesto que la Unión es ya una comunidad política, debe tener poder constituyente, pueblo y códigos como los estados. Pero esa continuidad entre formas políticas es históricamente falsa; el Estado, cuando se implantó, no fue una reproducción de los reinos medievales, ni éstos del Imperio Romano, ni éste de la *civitas*, ni ésta de la *polis*. En la actual fase de transición el pensamiento estatista es un obstáculo porque incapacita para acomodar o articular la pluralidad política, jurídica y cultural, con los resultados de los desórdenes callejeros protagonizados por jóvenes musulmanes en Francia. El Estado ha demostrado su eficacia para uniformar, poner orden y garantizar la paz, pero es radicalmente incapaz de acomodar comunidades políticas, que es el desafío que tiene ante sí la Unión Europea hoy. Necesitamos más imperio o monarquía múltiple que Luis XIV; más Locke que Rousseau.

XI. El punto de vista del Constitution-making. Constitution-making y nation-building

Esos niveles de Constitucionalidad son diferentes tanto cuantitativa como cualitativamente. Quienes no lo admiten piensan que así como cada Estado tiene un pueblo, la Unión debe tener el suyo, o de lo contrario no será una verdadera comunidad política con un verdadera Constitución, especialmente en materias como contrato social y derechos (otras partes del constitucionalismo, como la separación de poderes, dependerían menos del pueblo). Quizá quienes argumentan así tengan en mente un tipo de derechos como el alemán, que implica la previa existencia de algún “terreno común existencial”. Pero cualquiera ve que para ponernos de acuerdo en el derecho a no ser condenado sin ser juzgado no se necesita ser un pueblo ni compartir una cultura común previa, y por ello tal derecho podría imponerse a toda la Unión e incluso, si fuera prudente, a todo el Planeta aunque los estados opusieran su soberanía. Para prohibir discriminar injustamente a alguien por sus tendencias homosexuales tampoco hará falta mucho esfuerzo de deliberación. Pero para imponer el matrimonio homosexual a todos los estados²⁹ hacen falta unas tomas de partido y unos grados de acuerdo muy concretos, junto con una visión del sexo, el género, el matrimonio y la familia que no todos tienen que compartir, por avanzada que se halle nuestra integración política³⁰. Que una tal visión sea unánime en un estado miembro, o en varios (por tanto en el nivel constitucional de los estados), no autoriza a proyectarla sin más sobre el escalón constitucional superior (en el nivel superior correspondiente a Europa, por tanto). Debe notarse que esto no sucede sólo con temas moralmente delicados; puede ocurrir con cualquiera relacionado con la identidad, la cultura, la ética o las experiencias históricas de cada uno: así, el llamado “patriotismo constitucional” es una respuesta a un problema

²⁹ Resolución no vinculante del Parlamento Europeo de 18 de enero de 2006, condenando por “homofóbicos” a los Estados que no acepten el matrimonio homosexual. No entramos ahora en que no es una competencia de la Unión.

³⁰ En Norteamérica es competencia de los estados miembros.

específicamente alemán y no de otros; la discriminación positiva en favor de los idiomas regionales tendría sentido en Europa, como también en España, pero no tendría mucho sentido en Portugal, y así sucesivamente.

Una Constitución para toda la Unión Europea debería omitir lo que nos enfrente, igual que los constituyentes norteamericanos se vieron forzados a aprobar su Constitución dejando sin cerrar asuntos que les dividían, como la esclavitud (*cf.* [artículo I.8](#)). ¿Qué hacer, cuando uno está escribiendo una Constitución, ante una cuestión delicada o de profundo desacuerdo entre los estados miembros, o incluso dentro de ellos? La solución de los redactores de la Carta y los del Tratado Constitucional fue entrar a regularla, pero con redacciones tan amplias y ambiguas que no prohíben ni ordenan (por ejemplo, clonación, aborto), con una generalidad e inconcreción que no facilitan su interpretación, cuando no generan confusión. En realidad, lo más sencillo y respetuoso con los estados miembros sería omitir tales temas, sobre todo si no está claro que la competencia sea de la Unión. La mejor manera de tratar tales desacuerdos, que además en más de un caso son competencia estatal, no sería regularlos ampliamente sino callar, algo así como un *non liquet*: “admitimos que no podemos resolver el desacuerdo y que carecemos de competencia sobre ello”.

Desde el punto de vista del *Constitution-making*, la Constitución europea debería huir de todo lo que genere problemas, de todo lo meramente aparente, retórico, repetitivo, formalista, vacío de contenido, vago o perteneciente al *wishful thinking*; así como de todo lo impracticable (derecho al trabajo), improcedente (derechos al ocio o al paisaje), excesivamente caro (derecho a la vivienda) o difícil, así como de las promesas genéricas (“se promoverá el bienestar”, “se valorará la diversidad cultural”) que no vayan acompañadas por un compromiso presupuestario y una acción judicial u otro mecanismo concreto para exigirlos. Se deberá huir de regularlo todo³¹, ni siquiera todo lo constitucional, y menos aún en detalle. En particular, no regulará nada que los estados o regiones puedan hacer por sí mismos, aunque lo hagan un poco mal; ni lo que pertenezca a las vidas de las personas, ni lo que deba dejarse a la sociedad civil. Si no está en juego el mercado único, la paz, la supervivencia de la integración europea o alguno de los grandes objetivos, será preferible arriesgarse a que las gallinas en un Estado pierdan algo de su bienestar antes que entregar un nuevo terreno al reglamentismo bruselense.

Si es posible, la Constitución (en el momento actual) debería evitar varios de los terrenos pertenecientes en general a los actuales pilares segundo y tercero, los cuales, al ser propios de la Unión en lo que tiene de organización internacional o de confederación, no son constitucionales, y deberán por el momento seguir siendo regulados por los correspondientes tratados internacionales. Esta Constitución tampoco deberá ocuparse en detalle de las posibles cooperaciones reforzadas que en el futuro puedan tener lugar en el terreno no político (básicamente, los mismos pilares), a menos que representen un paso tal en la integración que entren en el terreno de lo político. Bastará establecer unas condiciones

³¹ Según Verhofstadt, la Unión, en vez de concentrarse en grandes problemas como el empleo y la criminalidad transfronteriza, se pierde en la composición de la mermelada, la elaboración del queso y otras menudencias. La Unión, según él, interviene demasiado donde no debe y demasiado poco donde debe.

mínimas: que las cooperaciones reforzadas estén abiertas a todos los estados miembros y que no den lugar a discriminación injusta entre ellos. Verhofstadt propone un núcleo duro de estados muy integrados, solución arriesgada y discriminatoria que debería haberse pensado antes de la ampliación.

Nuestra Constitución partirá, como realidades tan dadas como la lluvia, de la imperfección de las sociedades humanas, de la tendencia del poder a abusar, de lo difícil que es conseguir que arraigue la libertad, de la insuficiente democracia, y de que nuestro grado de acuerdo no es tanto como debería ser, aunque no sea poco. Tratará de acomodar los desacuerdos y pluralismos, no de uniformarlos. Reconocemos asimismo las imperfecciones y problemas que aquejan a la Unión y que previsiblemente no van a desaparecer en breve: los desacuerdos, tanto superficiales como de fondo, tanto en los fines como en los medios; la dificultad de combinar constitucionalización e integración, la dificultad de equilibrar eficacia, subsidiariedad y democracia. Los discursos oficialistas y bien pensantes que se recrean declamando derechos y casando el agua de la eficacia con el aceite de la democracia (o la subsidiariedad) no servirán de mucho al hacer la Constitución porque ocultan los problemas y desconocen la imperfección de las comunidades políticas humanas, de la cual nosotros partimos para a continuación *try to make the best of it*. Esos lenguajes de la perfección y armonía de todo, por imperfecto y discordante que sea, no son los empleados en la Constitución norteamericana, que parte de que unas instituciones se enfrentarán con otras, enfrentamiento del que saldrá el juego constitucional.

Debe aquí insistirse en que embarcarnos en el proceso de hacer una Constitución, en el cual realmente ya llevamos tiempo, no implica embarcarnos simultáneamente en otro de *nation-building* o de *state-building*, de los cuales la Unión Europea debe huir. Los estados nacionales se hicieron con violencia y suprimiendo o al menos homogeneizando pueblos y culturas, nada de lo cual debe repetirse a escala europea. (En materia de símbolos ya existe algún indicio de *European nation-building* deliberado). Si con el tiempo y sin violentar a nadie llega Europa a ser una nación —aunque compleja e integrada por otras también complejas interiormente— no hay nada que objetar; también el Imperio Romano llegó a una gran unidad cultural. Pero llegó tras varios cientos de años y sin ningún plan deliberado de uniformar todo cuanto estuviera dentro de sus límites, lo cual tenía poco en común con la construcción deliberada del Estado nacional francés, argentino o español.

XII. Nuestra propuesta constitucional

Esa Constitución de inspiración norteamericana sería bastante más larga que la de 1789 porque nuestra Unión hoy parte de una integración ya muy avanzada. Podría contener aproximadamente lo siguiente.

Primero, una clara y sobria declaración de lo que es la Unión Europea. También sus valores y sus objetivos esenciales (sólo esos) enunciados con precisión, pues, ya que los objetivos

definen o al menos atraen competencias, sus enunciados podrán en el futuro ayudar a dilucidar una disputa sobre competencias.

En esta sede debe también afirmarse que la soberanía y legitimidad originarias³² son de los estados miembros *conforme a sus respectivas constituciones*, las cuales tendrán la consideración de fundantes y constituyentes respecto de la europea.

Debe decirse explícitamente que la Unión no es una organización política de objetivos ni finalidad universales³³. Es conveniente afirmar esto porque hoy en día no “va de suyo” y porque en nuestro multiconstitucionalismo actual, al existir también comunidades políticas de otros niveles, es necesario garantizar que las inferiores no se vean privadas de su propio sentido, lo cual podría ocurrir si la de nivel superior tuviera finalidad universal.

Debe declararse con claridad que la Constitución es un pacto entre los estados, los cuales entregan sólo lo expresado en la Constitución reservándose todo lo demás.

Segundo, en cuanto a instituciones, poderes, relaciones entre ellos, división de poderes y forma de gobierno resultante (por el momento, un parlamentarismo híbrido y *sui generis*): se regularán aquí las instituciones de rango constitucional, las facultades que tiene cada una y las relaciones entre ellas, así como las medidas para evitar los posibles bloqueos cuando un poder frente a otro.

Se incluirán también algunas salvaguardas contra la excesiva concentración de poder en cualquier persona, órgano o institución, aunque sea democrático; así como un mecanismo para poder exigir responsabilidad a todos los poderes públicos europeos, incluyendo el Consejo de Ministros y el Consejo Europeo.

Tercero, poderes de la Unión y de los estados miembros. En este punto partimos de la experiencia prácticamente universal de que los poderes centrales crecen solos, por lo que hay que hacer un especial hincapié en detenerlos. Se declarará que la Unión nunca será una comunidad política con competencia para decidir unilateralmente sus competencias ni con competencia genérica u omnicompreensiva. Asimismo, se concretará algún freno a la natural expansividad de los poderes de la Unión, algún muro frente a las fuerzas centrípetas y el reglamentismo de Bruselas. Ejemplos posibles aunque no indiscutibles: la Unión no tendrá potestad tributaria originaria ni percibirá impuestos directos sin consentimiento de sus

³² No la soberanía como *potestas legibus absoluta* o *summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*. Esta soberanía, la bodiniana-hobbesiana, debería desaparecer. Los estados ya no la tienen; la Unión no debe llegar nunca a tenerla.

³³ El Proyecto Herman, aunque moderado y realista en general, en su artículo 2.4 incurría en ese defecto, pues decía que uno de los objetivos esenciales era el pleno desarrollo cultural y espiritual, cosa que sería más propia de las religiones o escuelas psicológicas que de las comunidades políticas.

miembros; no podrá reclutar fuerzas armadas sin el consentimiento de los estados miembros; no podrá emplear esas fuerzas armadas contra ninguno de sus estados miembros, etc.

Además, deberá tener un freno a las fuerzas demasiado centrífugas y una declaración de lo que los estados miembros nunca estarán autorizados a hacer (implantar la pena de muerte, romper el mercado único, optar por un sistema político totalitario).

En este punto —competencias—, la experiencia muestra que al final los tribunales supremos o constitucionales terminan sentenciando, no conforme a la letra de las listas, por bien elaboradas que estén, sino según principios y criterios para interpretarlas. Como es muy difícil elaborar listados de competencias que efectivamente se cumplan, lo prudente será conformarse con redactar claramente esos criterios y aclarar lo que la Unión no podrá hacer, lo que los estados no podrán hacer, y un breve listado de las competencias que la Unión ya tiene y nadie discute. En particular, se enumerarán con claridad las principales competencias exclusivas de la Unión —que nunca deberán ser muchas— completándolas con los principios (de subsidiariedad, aplicable a toda posible clase de competencias sin condición de eficacia; de atribución, etc.), enunciando asimismo el criterio de que el *micro management* de todas las materias, siempre que sea posible (no siempre lo es), será de los estados miembros o de sus regiones, según el respectivo Derecho interno. Debe también incluirse una expresa atribución general de competencia a favor de los estados miembros excepto en lo que expresamente cedan, así como otra de respeto a las competencias regionales, conforme a las respectivas constituciones. Debe salvarse el *treaty-making power* de los estados, excepto en materias como las monetarias, pues de lo contrario resultará amenazado por las interpretaciones expansivas y “transversales” de las competencias, derechos, valores y objetivos de la Unión. Las categorías de competencias equívocas, como las compartidas que la Unión podría convertir en exclusivas avocándolas para sí³⁴, deben ser evitadas porque dan una apariencia falsa y son fuente de ulteriores problemas. Se evitarán en lo posible las competencias “transversales” como la norteamericana del comercio, de las cuales está lleno el actual TCE. Los preceptos redactados como “en la definición y ejecución de todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un elevado nivel de protección de la salud humana”³⁵ deberán evitarse, porque dan a la Unión un título jurídico para invadir todos aquellos terrenos en los que pueda alegar que los estados miembros están ejecutando competencias de la Unión. También deberán evitarse los preceptos como “Compete a los poderes públicos remover todos los obstáculos...”, ([artículos 3.2](#) de la Constitución italiana y [9.2](#) de la española) que, si se tomaran en serio, darían pie a esos poderes públicos para interferir en cuanto desearan. Dígase lo mismo de las disposiciones como “el legislador promoverá...” o “llevará a cabo...”, pues en la práctica, al ponerla en manos del legislador ordinario, desconstitucionalizan la materia que sea, la ponen al nivel de la ley y amplían las competencias de los poderes centrales (sobre todo del ejecutivo). Nadie ignora que aprobar una Constitución es depositarla en manos de los legisladores, jueces y políticos, pero una cosa es no ignorar la realidad y otra es hacer desde el principio lo necesario para que la Constitución sea como cera en manos del poder.

³⁴ Cfr. [Artículo I-12.2](#), Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

³⁵ [Artículo III-278.1](#), Tratado Constitucional.

La manera de redactar es particularmente relevante cuando se trata de las competencias. Todo lo que se insista en ello será poco, a juzgar por la experiencia de otras federaciones y de la propia Unión. Para evitar la confusión³⁶ las constituciones deben contener algún precepto inequívoco, si es posible redactado negativamente: “*No Bill of Attainder (...), No Capitation (...), No Tax or Duty (...), No Preference (...), No Money (...)*”³⁷, “*Congress shall make no Law (...)*”³⁸ “*No soldier shall (...)* be quartered (...)”³⁹, “*No Person shall be held to answer (...)*”⁴⁰. “*The enumeration (...)* shall not be construed (...).”⁴¹ La Constitución canadiense tiene también cláusulas de esa clase cuando necesita evitar la confusión: “*Notwithstanding anything in this Act (...)*”⁴², “*Nothing in subsections 1 to 5 derogates from any powers or rights that a legislature or government of a province had (...)*”⁴³.

El órgano encargado de resolver las disputas sobre competencias estaría formado por un número impar de miembros, designados por los estados miembros como deseen; será un órgano *ad hoc* para cada caso. No necesariamente tendrá que ser un tribunal de justicia.

Este es asimismo el lugar adecuado también para admitir las competencias y núcleos duros que las constituciones nacionales puedan reservarse antes de que entre en vigor esta Constitución. Sin embargo, ella no está obligada a sustituir el silencio de las constituciones estatales si éstas optan por él.

Cuarto, reforma constitucional. El procedimiento de reforma protegerá a los pequeños y, en las materias muy importantes o delicadas, hará la reforma muy difícil, sin excluir la necesidad de unanimidad en ciertos casos.

Quinto, *acquis communautaire*. Se asume el *acquis communautaire* actual en todo lo que tiene de constitucional⁴⁴. El deslinde de lo que es o no constitucional se dejaría a un anexo o disposición adicional, que lo efectuaría con el criterio de considerar constitucional sólo lo que por su naturaleza e importancia merecería estar en el cuerpo de esta Constitución. Esto plantea el problema de que alguna parte o partes de la Constitución pueden quedar fuera del documento llamado así. La respuesta es que sí; ello es imposible de evitar, incluso en la más

³⁶ Ejemplo: los [Artículos I-9, Apartados 1 y 2](#), y [III-1](#) del mismo Tratado afirman el principio de atribución, que el [I-17](#), entre otros, niega.

³⁷ [Artículo II.9](#), Constitución de los Estados Unidos de América.

³⁸ [Enmienda I](#), Constitución de los Estados Unidos de América (Bill of Rights).

³⁹ [Enmienda III](#), Constitución de los Estados Unidos de América (Bill of Rights).

⁴⁰ [Enmienda V](#), Constitución de los Estados Unidos de América (Bill of Rights).

⁴¹ [Enmienda IX](#), Constitución de los Estados Unidos de América (Bill of Rights).

⁴² [Artículo 91](#), que en este caso protege competencias centrales. Más fórmulas negativas: Arts. [94](#), [124](#) y otros. Ésta es una técnica no rara en el constitucionalismo en inglés, en el cual no es tan frecuente como en España que se afirme una cosa y al mismo tiempo la contraria. Aun así, siempre habrá problemas. En el Tratado Constitucional no parece haber un esfuerzo serio por alcanzar la claridad.

⁴³ [92A.6](#), que protege competencias provinciales.

⁴⁴ *Cfr.* Proyecto Spinelli de 1984.

rígida y cerrada de las magnas cartas y, si se acepta y canaliza, no necesariamente tiene que ser perturbador.⁴⁵ Podría expresarse por medio de una disposición como lo que sigue:

“Forman parte de esta Constitución aquellos elementos del *acquis communautaire* que son de naturaleza constitucional. Los que no sean de naturaleza constitucional quedan incorporados a la rama del ordenamiento jurídico que proceda”.

Sexto, relación de la Constitución de la Unión con las constituciones de los estados miembros y de sus *länder* o regiones. La Constitución hará una declaración del carácter abierto, compuesto, pluralista y multinivel del constitucionalismo europeo en la línea del repetidamente citado artículo 52.2 del anexo B canadiense. Aquí procedería un precepto del siguiente tenor:

“1. Las constituciones nacionales forman también parte de esta Constitución, tal como sean interpretadas por sus respectivos intérpretes autorizados, conforme a los derechos nacionales.

2. Los sistemas jurídicos nacionales, tal como los interpreten sus respectivos intérpretes autorizados, sus principales decisiones jurisprudenciales y sus principios generales del Derecho, forman parte del Derecho de la Unión Europea.

3. Las directivas o leyes-marco europeas no regularán los detalles de su propia ejecución. Se limitarán a señalar el fin perseguido.

4. Los tribunales y gobiernos nacionales o regionales aplicarán las directivas o leyes-marco europeas como si fueran leyes propias sobre materias de su propia competencia”⁴⁶.

En el punto de las relaciones con las constituciones nacionales, la Constitución europea podrá sólo incoarlo. No puede ni debe agotarlo. Mucho dependerá de lo que haga cada una de las otras partes contratantes, es decir, las constituciones estatales, y en esto hay grandes diferencias de unas a otras. Basta contrastar la española —hasta ahora prácticamente muda— con la alemana. Ésta sigue una doble línea que puede inspirar a otras: por un lado, una línea negativa en la que afirma núcleos duros o frenos a la Unión⁴⁷ y por otro lado, otra positiva de participación en el proceso de constitucionalización de la Unión como titular de una parte alícuota del poder constituyente europeo⁴⁸.

En caso de conflicto entre normas, los jueces preferirán la superior a la inferior, y a todas la Constitución siempre que se trate de una materia de competencia europea. Los criterios interpretativos utilizados por los jueces podrán ser los nacionales cuando se trate de una materia que no sea de competencia exclusiva de la Unión, cuando haya sido regulada por una directiva que obligue a los estados en cuanto al fin pero no en cuanto a los medios y

⁴⁵ Cfr. el citado Anexo B de la Constitución canadiense.

⁴⁶ Cfr. [artículo 83](#) de la Ley Fundamental de Bonn: “los *Länder* ejecutan las leyes federales como cosa propia”, *als eigene Angelegenheit*. Ello implicaría que los jueces españoles aplicarían e interpretarían ese tipo de legislación europea (no toda) como si fuera producida en España y con los criterios del [Código Civil español](#).

⁴⁷ [Artículo 79](#) junto con los [artículos 1](#) y [20](#) de la Ley Fundamental de Bonn.

⁴⁸ [Artículo 23](#), Ley Fundamental de Bonn.

cuando con ello no se dañe alguno de los grandes objetivos de la Unión. La aplicación uniforme del Derecho de la Unión puede sufrir con esta licencia, pero a largo plazo es más lo que se gana que lo que se pierde.

Como ya hemos sugerido, la tarea de declarar los núcleos duros de las constituciones nacionales no corresponde a la europea. En este punto basta con que se muestre abierta y respetuosa.

Séptimo, derechos. La Constitución no necesita proclamar nuevos derechos salvo que sean realmente nuevos, lo que no es fácil. La Unión no es, como diría Bogdandy, una organización dedicada a los derechos humanos, una ONG especializada en los derechos como moda cultural o vaga ideología de escasa dimensión jurídica. Bastará declarar asumidos los que ya están en los actuales Tratados, los del CEDH, los de la Carta de las Naciones Unidas, los recogidos por las jurisprudencias de Luxemburgo y [Estrasburgo](#) y, en general, los de las principales constituciones occidentales. Además, fomentará la interacción entre jurisdicciones al estilo de la *Human Rights Act* británica.

Como en Europa hay varias maneras de concebir los derechos, legítimas y compatibles con la integración europea, es preciso no descartar ninguna. Fue un error de la Carta optar por uno de los enfoques, el alemán, con el resultado de que los británicos no acaban de sentirse cómodos y siguen buscando excepciones o modos de desactivar algunos de sus artículos. En el enfoque alemán —derechos como valores que se irradian a todo el resto del ordenamiento jurídico— los derechos podrán no sólo ser disfrutados por sus titulares sino promovidos por los poderes públicos, y, por tanto, no se puede descartar que lleguen a ser impuestos a todo el mundo. Si ese “mundo” tiene todo él una misma cultura, no habrá grandes problemas, pero la Unión no tiene, ni debe tener nunca, una cultura uniforme, más allá de lo más básico. Bastantes problemas han producido las uniformizaciones culturales como la francesa o la española, con resultados que siguen generando agitación hasta el día de hoy, como para promover ahora una similar a escala europea. La tradición de los *Grundrechte* es excelente por muchos conceptos pero no tiene más de medio siglo, aparte de que tuvo que ver con las circunstancias alemanas y de que no es más ni menos constitucional que las venerables tradiciones inglesa, americana y francesa. Además, por el grado de comunidad cultural que presupone, puede dificultar la integración constitucional, sobre todo ahora que los derechos han derivado del terreno político a otros dominios más sensibles personal, ética o culturalmente, como en general el libre desarrollo de la personalidad. Por tanto, los estados deben seguir libres para preferir la tradición inglesa, francesa, norteamericana o alemana o para generar una propia, si son capaces.

Este problema se entrecruza con los distintos tipos y generaciones de derechos así como con los valores, el pueblo, una vez más⁴⁹, y el gran problema que flota sobre mucho de lo aquí escrito: la constitucionalización de la Unión, ¿puede consistir en la proyección sobre toda

Europa de uno de los constitucionalismos nacionales? E, incluso en ese caso, ¿cuál y por qué?

Octavo, materias anteriores o superiores a la Constitución europea. Respetará lo que sea anterior, exterior o superior a ella, para que de esa manera quede tan fuera del alcance de los poderes públicos europeos como sea posible, aunque nunca será suficiente. Si los preceptos de Derecho natural resultan hoy difícil de aceptar para todas las opiniones públicas europeas, podrían ocupar su lugar los principales derechos humanos acompañados por algunos grandes principios indiscutidos como *ne bis in idem* o *nemo iudex in causa*, los cuales, por su antigüedad y general aceptación, están más a resguardo de los posibles abusos de los intérpretes y legisladores. También podrían incluirse derechos e instituciones, que, por su carácter histórico, resulten indisponibles para los gobiernos y legisladores (ejemplo: los [antiguos fueros españoles](#), el [Derecho de Escocia](#)).

Noveno, relaciones de la Constitución con el Derecho anterior. La Constitución derogaría la actual Carta de Derechos y aquellas partes del TUE y del TCE que por su materia son constitucionales, expresándolo con claridad y detalle suficientes. No derogaría los Tratados *in toto* porque los actuales pilares segundo y tercero son en parte internacionales o confederales, y por tanto no deben ser regulados por un documento constitucional, político, interno. Si esas partes de naturaleza internacional o confederal pasan un día al terreno de lo político (por ejemplo, si el espacio [Schengen](#) se consolida), se incluirán en la Constitución, pero no se puede descartar la posibilidad de que la Unión, que no es ni debe ser un Estado, conserve mucho tiempo, o quizá siempre, una dimensión internacional y, por tanto, no fácilmente constitucionalizable.

Como toda Constitución es en principio un pacto, se supone que todo lo que hay ahora en la actual Constitución material no escrita de la Unión y que se incorpora a la nueva sin ponerse en discusión, ha sido entregado libremente por las constituciones de los estados. Como esto no ha sido cierto siempre, pues hay constituciones nacionales que, como la italiana y la española, no se reformaron apenas a pesar de que la integración producía en ellas grandes mutaciones constitucionales —que nos llevarían a la posible inconstitucionalidad del euro, por ejemplo—, esta Constitución tendría fuerza sanatoria de dichas carencias, entendiéndose a partir de ahora que todo lo que forma la Constitución no escrita europea actualmente —antes de entrar en vigor la nueva— ha sido también entregado expresa y libremente por las constituciones nacionales, cualquiera que sea su actual tenor literal. Sería como poner el cuentakilómetros a cero antes de comenzar una nueva etapa del viaje constitucional.

Una Constitución europea concebida con estos criterios —declarar ordenadamente, con la mayor brevedad y claridad posibles, aquello en lo que estamos de acuerdo— resultará, quizá, poco ambiciosa para algunos, pero seguramente no suscitará el rechazo de ningún estado miembro ni grupo social importante. Es notable que la Constitución giscardiana haya embarrancado no por ser ambiciosa en nuevas competencias o instituciones, pues no lo es, sino por asustar y dividir a la gente y por no haber sabido desvincularse de ciertos problemas —inmigración, delincuencia, globalización— innegables pero que no son culpa del Tratado

Constitucional. Se ha auto presentado como una Constitución universal y omnicompreensiva, por lo cual no es extraño que se le asocie con todo tipo de problemas universales y pague hasta por aquello de lo que es inocente. Una magna carta del tipo sugerido aquí parecerá insuficiente a algunos; excesiva, a nadie. Y nunca impedirá que en el futuro se produzcan desarrollos más ambiciosos.

En el fondo, algo no muy distinto del espíritu de Laeken: clarificar las cosas, acercar la Unión al ciudadano, asumir más poderes en lo importante y devolverlos en lo menos importante. ¿No estarían acaso más cerca de los mandatos de Laeken los proyectos de Spinelli y Herman que el de Giscard? ¿No estaría también más cerca la Constitución norteamericana? Entendemos que sí, y ello aconsejaría prescindir del texto del Tratado y redactar uno nuevo. Aunque, como queda dicho, tiene poco realmente nuevo⁵⁰ y tiene diversos aspectos que merecen ser salvados⁵¹, sigue perteneciendo a esa cultura constitucional anterior, de origen estatista, que debería ser abandonada: interferir en todo, regular menudencias, usar un lenguaje para iniciados⁵²... Si se trata de cambiar de estilo constitucional no vale la pena empeñarnos en reformar un documento constitucional que pertenece demasiado a la mentalidad que queremos dejar atrás.

XIII. Conclusión

Armonía o unísono, esta es la cuestión. Ya somos una comunidad política que ha llegado ante una encrucijada. La primera posibilidad, volver a unos estados soberanos y westfalianos, ya no sólo no es posible sino que para mucha gente, incluyendo algunos adversarios del Tratado Constitucional, tampoco es deseable. La segunda sería mantenernos como estamos, sin cambio alguno. Tampoco sería fácil, porque nuestro grado de integración y nuestros problemas actuales —medio ambiente, falsificación de moneda, gripe aviar— generan tanta energía cinética que ya no se puede hacer una foto fija. La tercera opción es avanzar en la integración política teniendo en mente un modelo estatista relativamente centralizado, tendente a integrar por uniformización.

La cuarta posibilidad sería avanzar en la integración política por armonización⁵³. Siendo realistas, no podemos esperar de las culturas políticas como la francesa o la española otra

⁵⁰ He ahí el curioso demérito de Giscard: presentar sus productos (por ejemplo, la primacía) de tal forma que, aun no siendo realmente nuevos, resulten indigeribles para mucha gente que en la práctica convivía con ellos sin mayores problemas hasta ahora.

⁵¹ Política exterior más coherente, reparto de poderes más claro, nombres y tipos de leyes más sencillos y claros, Comisión más reducida y operativa, nueva ponderación de votos en el seno del Consejo.

⁵² El lenguaje no lo es todo pero no es indiferente: “El *eurospeak*, este lenguaje incomprensible, debe ser abandonado” (Verhofstadt).

⁵³ En el sentido original, no como armonización de legislaciones o de comunidades autónomas que equivale a uniformar. Aparte de una diosa griega, *harmonia* designaba el orden y sentido del universo con sus diversas partes. En música, la armonía era un punto medio entre la completa discordancia y la reducción de todos los acordes a uno: en una gran orquesta no pierde su individualidad ni el menor instrumento. La Política es como la dirección de una orquesta, no como el mando de un ejército ni la gestión de una burocracia. No es casual que en la oposición entre armonía y unísono resuenen los ecos de las diferencias entre Aristóteles y Platón.

cosa que la uniformidad. El talento francés creó el Estado, los códigos, la administración napoleónica, el republicanismo igualitario y las comunicaciones radiales, pero no se le puede pedir que acomode pueblos, sistemas jurídicos e instituciones diferentes.

Integrar una gran comunidad política a base de comunidades políticas menores (algunas a su vez interiormente complejas) sólo puede hacerse por acomodación y armonía. Para construir una *polis* de *poleis* hay que cambiar hasta la manera de hacer las leyes y constituciones. Más que discutir sobre la identidad europea y el *existentielle Gemeinsamkeit*⁵⁴, aunque ambos existan ya, y con el tiempo sigan creciendo, hay que articular las identidades estatales y regionales. (Nuestro razonamiento aquí es más simple que el del Tribunal alemán: por grandes que sean nuestras diferencias de identidad —y no lo son tanto— el hecho real e indiscutible es que los miembros de la Unión, y en particular los quince primeros, formamos ya una comunidad política, que lógicamente tendrá que ser constitucional y democrática; insistir excesivamente en la identidad, el pueblo y el nebuloso “suelo común existencial”, además de no solucionar el problema, puede abrir puertas a una homogeneización indebida). Hay que redactar más preceptos constitucionales en negativo (prohibir la pena de muerte) en vez de aspirar a un código civil europeo, aunque efectivamente los ordenamientos jurídico-civiles sigan aproximándose poco a poco. Hay que reservar los artículos constitucionales redactados en positivo para cuando proceda y legislar siempre que sea posible mediante anchos de banda⁵⁵, franjas de mínimos y máximos o abanicos, en vez de decidir inapelablemente el número de patas de las sillas de oficina. La quintaesencia de la Política está más en controlar y equilibrar el poder que en ejercerlo; más en acomodar ideas, intereses o territorios que en uniformarlos. Por eso nuestro gran desafío ahora —quizá no en 1960 ni en 1980—, el gran reto al que tiene que hacer frente el hombre político europeo de hoy, no es alcanzar a la economía norteamericana ni mantener la superioridad sobre la china; es avanzar en la integración política (en la económica ya está demostrada nuestra capacidad) por un camino de acomodación y en armonía. Un desafío exquisitamente político para responder al cual podría ser útil un constitucionalismo de matriz norteamericana.

Esto es lo que creemos nosotros, pero entonces se plantea una pregunta: una Unión Europea así, ¿no sería menos eficiente? No necesariamente; aparte de que la eficiencia no es hoy el gran reto de la Unión, pues ya la tiene demostrada. La experiencia de la España de los [Austrias](#), Gran Bretaña en el siglo XIX y los propios Estados Unidos es que una comunidad política internamente poco centralizada e incluso deslavazada puede tener un gran papel en el mundo, mientras que [Perú](#), [Portugal](#) o [España](#) en los siglos XIX y XX prueban que la centralización no garantiza un particular peso específico en la escena internacional.

⁵⁴ Sentencia Brunner o de Maastricht, Entscheidungen des BVG, BVerfGE 89, 184. Uno de los requisitos para una democracia sería esta “base” o “suelo común existencial”. Esta idea, cara a varios autores germanófonos, de que sin pueblo no hay Constitución, no soporta el contraste con la realidad histórica y nos hace olvidar que el constitucionalismo consiste en la sumisión del poder al Derecho, la división de poderes y los derechos de los hombres, con o sin valores e identidades comunes. La Comunidad europea es una comunidad política, económica y jurídica; no, o no en primer lugar, una comunidad de valores.

RESUMEN: La historia interminable de las recientes peripecias constitucionales europeas parece centrarse en si se aprueba o no una determinada constitución (o, ahora, tratado). Pero no se discute el modelo de constitución que queremos. Desde el momento en que hay varios modelos, eso significa que el inglés y el americano son dejados fuera del juego en favor de un modelo que denominaremos, a falta de otra palabra, franco-alemán. Aquí se sugiere que la elección desafortunada de modelo constitucional tiene que ver con los problemas en que nos vemos inmersos.

PALABRAS CLAVE: Teoría constitucional, Tratado Constitucional de la Unión Europea, Derecho constitucional comparado, Derecho comunitario.