

00721
766



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**“HACIA UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA:
PERSPECTIVAS JURÍDICO-POLÍTICAS SOBRE
LA TRANSFORMACIÓN DEL ORDEN
JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA.”**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
ALEJANDRO RODILES BRETÓN

ASESORA:
DRA. CARLA HUERTA OCHOA



MÉXICO, D.F.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

2003

a



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



b



ACADEMIA NACIONAL
DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
*Director General de la Administración
Escolar U. N. A. M.*
Presente

Una vez hecha la lectura de la tesis intitulada: "HACIA UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA: PERSPECTIVAS JURÍDICO POLÍTICAS SOBRE LA TRANSFORMACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA", que presenta el pasante, ALEJANDRO RODILES BRETON, con número de cuenta 95510305 me permito emitir mi VOTO APROBATORIO para el presente trabajo de investigación, por reunir sobradamente los requisitos para aspirar a través del examen profesional al título de Licenciada en Derecho.

Sin otro asunto, le reitero mi más amplio agradecimiento y respeto.



SEMINARIO DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO
CIUDAD UNIVERSITARIA

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, 10 de marzo del 2003

MTRA. MA. ELODÍA ROBLES SOTOMAYOR
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

FALLA DE ORIGEN

C

A Horst Peter Maria Lueb, maestro, amigo y figura paterna.
In memoriam.

TESTS CON
FALLA DE ORIGEN

d

Agradecimientos

En primer lugar, agradezco a la institución más noble del país, la Universidad Nacional Autónoma de México, por haber contribuido de manera tan importante y desinteresada en mi formación profesional y personal, por haberme dado la oportunidad de comprender un poco mejor a mi país y, sobre todo, por ser y permanecer una universidad propiamente dicha, permitiéndonos a todos los que la vivimos ampliar nuestra visión del mundo.

Agradezco profundamente a mi madre, Sofía Rodiles, por su gran apoyo y comprensión en todo lo que he decidido hacer en mi vida; en pocas palabras, por haberme enseñado el significado de la palabra respeto.

A Paola Karam por el amor y la paciencia que me ha mostrado en todos los años que compartimos en la Facultad de Derecho y fuera de ésta; simplemente por ser la mayor motivación en mi vida.

Agradezco de manera muy especial a Carla Huerta por la excelente dirección de esta tesis. En pocas ocasiones he podido constatar tal dedicación y compromiso como el que Carla mostró a lo largo de este proceso, que juntos recorrimos y en el que tanto aprendí.

Con la más sincera admiración, agradezco a mis queridos profesores de la Facultad de Derecho: Arturo Berumen Campos, Rolando Tamayo y Salmorán, Fernando Serrano Migallón, Alfredo Sánchez Alvarado y Rosalío López Durán; así como a los entrañables: Víctor Carlos García Moreno, Guillermo Floris Margadant y Enrique Sánchez Bringas.

Al escribir esta tesis experimenté el enorme valor de la educación pre-universitaria, por lo que expreso mi más sincera gratitud a aquellos que, más allá del hogar, me educaron desde muy temprana edad, particularmente a Peter Lueb, David Schöffel y el señor Giesler.

A mi familia, por su compañía, cariño y alegría, especialmente a mi extrañada abuela, Sofía Bretón, a mis tíos Tere y Jorge, a mis primas Jazmin y Arla, así como a Ponciano.

A mis amigos, muchos de los cuales contribuyeron de alguna manera en las ideas expresadas en este trabajo, pero sobre todo por hacerme más divertida la existencia: Armin Keller, Nicolás Vázquez, Santiago y Rodrigo Chacón, Carlos Montemayor, Alexander Bruck, Inan Khan, Julia Deimel, Thomas Hahn, Rafael García de Alba, Guadalupe Barrena, Jorge Alfaro, José Romero y Jaime López-Aranda.

A todos los que han sido mis colegas en la CGA de la Cancillería, por lo que he podido aprender de cada uno y por la constante motivación que ha significado trabajar juntos; agradezco especialmente a Arturo Sarukhan por su ejemplo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Como se ha avanzado tanto en el establecimiento de una comunidad (más o menos estrecha) entre los pueblos de la tierra que la violación del derecho en un punto de la tierra repercute en todos los demás, la idea de un derecho cosmopolita no resulta una representación fantástica ni extravagante, sino que completa necesariamente el código no escrito del derecho político y del derecho de gentes en un derecho público de la humanidad, auxiliando en el camino hacia la paz perpetua, a la que no es posible aproximarse de modo continuado sin esta condición.
Immanuel Kant

Sólo como proyecto histórico contiene el Estado democrático de derecho un sentido normativo que va más allá de lo jurídico.
Jürgen Habermas

La futura distinción entre Nación y Estado tendrá, desde el punto de vista de la cultura, la misma importancia que la separación de la Iglesia y el Estado.
Coudenhove-Kalergi

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

f

ÍNDICE

Abreviaturas	IV-VI
Introducción	VII-XI
Capítulo Primero: Breve Historia de la Unión Europea	1
I. La idea europea hasta la Segunda Guerra Mundial	1-9
II. De las comunidades europeas a la Unión Europea	10
A. De la Segunda Guerra Mundial a la Declaración Schuman	10-14
B. La creación de la Europa comunitaria: las tres comunidades	15-18
C. La "crisis de la silla vacía" y la era post-Luxemburgo	19-20
D. Del Acta Única Europea al Tratado de Maastrich: la creación de la Unión Europea	21-23
Capítulo Segundo: El Orden Jurídico Comunitario Europeo	24-28
I. Las fuentes del derecho de la UE	29-30
A. El derecho comunitario originario: la Constitución Material de la UE	31-32
1) Los tratados constitutivos y sus actos modificativos	32-39
B. El derecho comunitario derivado	40-48
1) Los reglamentos comunitarios	48-49
2) Las directivas comunitarias	49-51
3) Las decisiones comunitarias	51-56
C. El derecho internacional	57-60
D. La jurisprudencia del TJCE y otras fuentes	61-67
E. Cuadros explicativos	68
1) Esquema institucional de la UE	68
2) Procesos legislativos sin consulta, de consulta simple con el PE y de dictamen conforme	69
3) Procesos legislativos de cooperación y codecisión	70
4) Jerarquía normativa del orden jurídico comunitario europeo	71
5) Sistema constitucional de la UE	72
II. El carácter supranacional del derecho comunitario	73
A. La aplicación inmediata, el efecto directo y la responsabilidad de los Estados miembros	74-80

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

B.	El principio de primacía del derecho comunitario y los puntos de vista de los derechos nacionales	81-96
III.	La naturaleza jurídico-política de la UE	97-109
Capítulo Tercero: El Discurso Político y el Proyecto de Creación de una Constitución Formal de la Unión Europea		110
I.	Los orígenes del debate constitucional europeo contemporáneo	110
A.	La ampliación comunitaria	111-114
B.	El fracaso de Niza	115-120
C.	La Convención sobre el futuro de la Unión Europea	121-123
II.	El concepto político de 'constitución' y la teoría política de la Constitución en Europa	124
A.	El significado político de 'constitución'	124-130
B.	La teoría política de la constitución en Europa occidental	131-143
C.	La UE frente a las exigencias de la teoría política de la Constitución	144-150
III.	Los principales argumentos políticos a favor y en contra de la Constitución Europea	151
A.	Las principales posturas respecto al debate sobre el futuro de la Unión Europea	151-165
B.	Algunas consideraciones personales	166-179
Capítulo Cuarto: El Proyecto de la Constitución Europea en el Discurso Jurídico y el Problema de la Nueva Norma Fundamental: ¿Simplificación de Tratados o algo más?		180-181
I.	El concepto jurídico de 'constitución'	182-188
II.	La Constitución Europea hoy: ¿Una realidad mejorable o un imperativo a realizar?	189-209
III.	El camino jurídico hacia la Constitución Europea	210
A.	Algunos antecedentes	211-213
B.	La futura Constitución Europea y sus elementos jurídicos indispensables	214-245
C.	El Anteproyecto de la Constitución Europea ante las exigencias de la ciencia jurídica	246-262

IV. La Constitución Europea y el problema de la norma fundamental	263-281
Conclusiones	282-286
Bibliografía	287-297

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Abreviaturas

Acuerdo Global	Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
ANP	Autoridad Nacional Palestina
AUE	Acta Única Europea
BCE	Banco Central Europeo
BM	Banco Mundial
CdE	Consejo de Europa
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales
CE	Comunidad Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CED	Comunidad Europea de Defensa
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM)
CEPDH	Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CES	Comité Económico y Social
CIG	Conferencia Intergubernamental
Comisión	Comisión Europea
Consejo	Consejo de Ministros de la Unión Europea
Convención Europea	Convención sobre el futuro de la Unión Europea

CPI	Corte Penal Internacional
CR	Comité de las Regiones de la Unión Europea
CSCE	Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación en Europa
CSONU	Consejo de Seguridad de Naciones Unidas
DIPr	Derecho internacional privado
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DPE	Defensor del Pueblo Europeo
EEE	Espacio Económico Europeo
EUROJUST	Espacio Común de Justicia y Seguridad
FMI	Fondo Monetario Internacional
FRUE	Fuerza de Reacción Rápida de la Unión Europea
JAI	Justicia y Asuntos Internos (tercer pilar)
OEА	Organización de Estados Americanos
OECE	Organización Europea de Cooperación Económica
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económico
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
PE	Parlamento Europeo
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común (segundo pilar)
PESD	Política Europea de Seguridad y Defensa
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
TA	Tratado de Amsterdam
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

TEJES CON
FALLA DE ORIGEN

TCECA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TCEEA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TN	Tratado de Niza
TUE	Tratado sobre la Unión Europea (Tratado de Maastricht)
UE	Unión Europea
UEM	Unión Económica y Monetaria
UEO	Unión Europea Occidental

INTRODUCCIÓN

En el Consejo Europeo de Copenhague, celebrado el 12 y 13 de diciembre de 2002, se dieron por concluidas las negociaciones para la adhesión a la UE de diez Estados de Europa del Este. De esta manera, Polonia, República Checa, Hungría, Eslovenia, Eslovaquia, Estonia, Lituania, Letonia, Malta y Chipre ingresarán formalmente el 1º de mayo de 2004 a la UE, haciendo de la todavía denominada "Europa chica" un ente político, económico y jurídico conformado por 25 países miembros y con una población total de 453 millones de habitantes.

Este acontecimiento marca un hito en la historia del viejo continente, pues la construcción comunitaria se aproxima finalmente a la "idea de Europa" propiamente dicha, *i.e.* aquella idea sobre la paz perpetua entre *todos* los pueblos de Europa. Y es que si se acepta que el mundo se encuentra inserto en una nueva etapa histórica desde 1989, en Europa ello se ha traducido en el esfuerzo por trascender de la comunidad económica de unos cuantos países a la integración política de todo el continente. A sólo tres años de la caída del muro de Berlín se firmó en Maastricht el TUE, que desde un principio estipulaba la cláusula de la ampliación, otorgándole a todos los países europeos que respeten ciertos valores fundamentales el derecho a iniciar negociaciones para su ingreso a la Unión (art. 49, ex-art. O del TUE).

Como toda época de transición, la que se vive en Europa está plagada de retos e incertidumbres. Para la UE, el gran desafío consiste en transformar una maquinaria política ya desgastada para 15 países miembros en mecanismos eficaces de toma de decisión para 25 y hasta 27 Estados integrantes. Y no sólo ello, pues dichos mecanismos deberán a su vez satisfacer una serie de demandas ciudadanas que datan de algunas décadas atrás, como la legitimación de los órganos comunitarios, la proximidad de éstos con sus ciudadanos y, sobre todo, la certeza respecto a un ente cuya naturaleza político-jurídica aún no le queda clara a nadie, pero que afecta mediante su legislación a todas las personas que viven en los territorios que lo integran.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ante esos retos, la CIG-2000 anexó al TN, instrumento que sienta las bases jurídicas para la ampliación de manera transitoria, la *Declaración relativa al futuro de la Unión*. En ella se insta a un amplio intercambio de ideas entre instituciones comunitarias, gobiernos y parlamentos nacionales, partidos políticos y sociedad civil sobre el rumbo que deberá emprender la UE en los próximos años. De esta manera, el denominado "debate post-Niza" ha contribuido, en unos cuantos meses, a conformar el inicio de una comunidad política europea, desmintiendo viejos mitos y prejuicios que vinculan, de manera necesaria, a las comunidades políticas con cuestiones de orígenes étnicos, lingüísticos, culturales y hasta religiosos.

Dentro de los temas principales del debate post-Niza se encuentran las demandas de la sociedad civil mencionadas anteriormente y una gama de cuestiones relacionadas con el ejercicio del poder, tales como: la simplificación del cuerpo normativo-jurídico y del aparato burocrático de la UE; la delimitación de competencias, sobre todo legislativas, entre los órganos comunitarios y las autoridades de los Estados miembros; el fortalecimiento del papel de Europa en el mundo; y el desarrollo de ciertas políticas comunes, especialmente en materia de JAI y PESD. Como se puede observar, estas preocupaciones son de naturaleza constitucional, por lo que a los nueve meses de haber sido institucionalizado el debate por la Presidencia sueca de la UE, el Consejo Europeo de Laeken, reunido en diciembre de 2001, encomendó a un cuerpo de representantes de los parlamentos y gobiernos nacionales, así como de los órganos de la UE, la elaboración de un proyecto de Constitución Europea. Esta especie de asamblea pre-constituyente europea, llamada Convención sobre el futuro de la UE, entregará a mediados de 2003, probablemente durante el Consejo Europeo que ponga fin a la Presidencia griega, el proyecto mencionado.

La sola palabra 'constitución' provoca todo tipo de reacciones entre gobernantes y gobernados, pues con ella se asocian inevitablemente conceptos como el Estado y la nación. Hay quienes piensan que Europa nunca podrá tener una constitución porque no hay un "pueblo europeo" y, así, tampoco una nación europea, *ergo* no puede haber un Estado

europeo, que es lo que crearía una constitución. Hay otros que, a pesar de tener la honestidad de cuestionar la veracidad de sus premisas, coinciden en que no puede haber un Estado europeo, pero reconocen que los conceptos de la teoría general del Estado están rebasados por la integración europea, por lo que buscan nuevas fórmulas—muy ingeniosas, por cierto—para explicar el fenómeno de la integración jurídica y política, así como las posibles consecuencias que una constitución podría tener. También hay quienes piensan que ya existe una Constitución Europea, y que el resultado de la Convención será sólo una simplificación y sistematización del derecho que rige a las instituciones de la UE y en los territorios de los países miembros (tesis de la realidad mejorable). Sin embargo, al entrar al análisis sobre las expectativas de la Convención Europea, caen en fuertes contradicciones con su tesis de la realidad mejorable. *Finalmente, hay quienes pensamos que la futura Constitución Europea podría y debería tener como consecuencia—si bien a largo plazo, como se explicará en su momento—la refundación política de la UE, transformando la estructura quasi-federal que hoy existe en un Estado federal supranacional.*

Sustentar dicha hipótesis es el objetivo principal del presente trabajo. Pero como bien se desprende, hablamos de una posibilidad y de un deseo, por lo que seguiremos la siguiente metodología: en un primer paso trataremos de aclarar el concepto de constitución para constatar si existe la posibilidad de lo dicho; en un segundo paso se confrontarán los elementos definitorios y concomitantes del concepto de constitución a la situación actual de la UE para observar si, como sostienen algunos politólogos y juristas, ésta ya cuenta efectivamente con una constitución o no, pues de resultar acertada tal afirmación, tendríamos que concluir que el debate constitucional que se vive hoy en día en Europa es totalmente estéril y sólo distrae de asuntos mucho más importantes; finalmente, y sólo en caso de comprobar la ausencia de dicha norma fundante, se expondrá por qué consideramos que la UE debería dotarse de una constitución, *i.e.* por qué creemos que la creación de la Constitución Europea es un imperativo a realizar.

Resultaría absurdo tratar de comprobar nuestra hipótesis exclusivamente desde el punto de vista jurídico; el debate actual demuestra con toda claridad que se trata de un

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

discurso jurídico y político, y la propia palabra 'constitución' tiene significados de ambos tipos. Consideramos que si bien los límites entre un significado y otro son borrosos, es indispensable mantener una distinción conceptual a fin de proporcionar algo de certeza al debate. Por ello, trataremos de demostrar nuestra hipótesis desde las perspectivas política y jurídica, lo cual se hará en los Capítulos Tercero y Cuarto, respectivamente.

Antes de entrar propiamente a nuestro tema, es importante brindar una breve descripción de la genealogía de la idea de Europa (Capítulo Primero), *Leitmotiv* de la integración europea, así como del estado actual del derecho comunitario (Capítulo Segundo). Pero ello no se hará sin adoptar una postura crítica hacia ciertas hipótesis que se dan por ciertas y cuya veracidad es seriamente cuestionable, como la supranacionalidad del derecho de la UE.

Resulta importante aclarar que esta tesis no es de derecho comparado, pues salvo algunos casos en los que sí se utilizará el método de la comparación jurídica, especialmente para constatar las diferentes maneras en que ha sido integrado el derecho comunitario a los derechos nacionales de los países miembros, el propósito fundamental es analizar el fenómeno jurídico-político europeo y sus perspectivas a raíz de la posible promulgación de la Constitución Europea. Se trata, pues, de un estudio basado en algunas tesis de la teoría general del derecho y de la teoría política.

Lo último explica en buena medida el interés en realizar esta investigación, ya que la posibilidad de que se cree una constitución posnacional y un primer Estado posmoderno, es simplemente intrigante y fascinante. A través de este fenómeno se pueden analizar cuestiones persistentes de las filosofías jurídica y política, como los límites entre el derecho y la política, cuya identificación se complica aún más al analizar el problema de las transiciones de los órdenes jurídico-estatales, último punto de la tesis.

Por otro lado, cabe justificar el interés en analizar este fenómeno, tomando en cuenta la situación geopolítica de México. La razón es muy sencilla: nuestro país no sólo cuenta

con el TLCAN, sino que existen perspectivas de ampliar el ámbito material de aplicación de dicho tratado hacia otros rubros (*NAFTA +*), lo que podría desembocar en un proceso de integración de América del Norte; proyectos como el ALCA apuntan inclusive hacia la integración con otros países del continente americano. Se puede estar a favor o en contra de dichos proyectos, y existen muy buenas razones para dudar de su conveniencia, pero su trascendencia para el país, en un sentido u otro, es incuestionable. Y en ello mismo radica la utilidad que representa un mejor conocimiento del proceso de integración más avanzado en el mundo, que es el europeo.

Finalmente, existe un interés propiamente internacional. Para muchos, las aspiraciones actuales en Europa no son más que viejos sueños imperiales. No lo creo, pues la propia historia de la Europa comunitaria lo contradice. Pienso, en cambio, que en el orden mundial actual, en el cual Estados Unidos se ha establecido como el poder hegemónico, amenazando en aras de la paz y seguridad internacionales con vulnerar el multilateralismo cada vez que lo considere un método obsoleto y mermando así la misma norma básica del derecho internacional, la UE puede consolidarse mediante su plena integración política y la creación de una alianza estratégica con Rusia, en un sano contrapeso de Estados Unidos en el concierto internacional. No porque sea "mejor", sino simplemente porque el poder—y eso no los enseño el constitucionalismo—necesita frenos y contrapesos, los cuales no pueden ser inventados espontáneamente, ni forzados, sino que se desarrollan por circunstancias propias, muchas veces totalmente ajenas al deseo de controlar al poder preestablecido.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

**PAGINACION
DISCONTINUA**

CAPÍTULO PRIMERO BREVE HISTORIA DE LA UNIÓN EUROPEA

I. LA IDEA DE EUROPA HASTA LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

"El estado de paz entre hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (*status naturalis*), que es más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien las hostilidades no se han declarado, si existe una constante amenaza de que se declaren. El estado de paz debe, por tanto, ser instaurado (...)".¹ Estas palabras de Kant reflejan la característica fundamental de las ideas que han influido, de alguna u otra manera, en el fenómeno de la integración europea, también denominado, en un sentido un tanto metafórico, 'la idea de Europa'. El anhelo por alcanzar la paz perpetua obedece a que la historia del viejo continente ha estado marcada por la guerra o la amenaza de guerra, incluso hasta nuestros días, como lo demuestra la actual situación en los Balcanes. Aunado a esto—y a pesar de ello—los diferentes pueblos de Europa comparten una cultura basada en el Cristianismo y en la herencia grecorromana, con lo cual no se pretende negar la existencia de características particulares y de otras grandes influencias, como el Islam. De la cultura helénica y del Cristianismo adquirieron una manera de comprender el mundo; de Roma recibieron las formas jurídicas, lo cual no sólo implica una determinada manera de hacer *jurisprudencia* sino también de organizarse en sociedad, *i.e.* de concebir y construir instituciones políticas. Dicha herencia común ha representado una base, un punto de partida para filósofos, juristas, literatos y pensadores políticos para idear formulas capaces de garantizar la paz entre los diferentes pueblos europeos; esa búsqueda es la idea de Europa propiamente dicha, no el Cristianismo, ni el mundo grecorromano. Resulta bastante complicado marcar el inicio de la genealogía de este ideal político-cultural. No obstante, el criterio de algunos europeístas² para quienes ésta puede empezar a trazarse a partir de la Baja Edad Media, parece acertado, ya que ahí se encuentran los orígenes del Estado

¹ Kant, Immanuel. *Hacia la Paz Perpetua. Un esbozo filosófico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 81.

² Así, por ejemplo, Antonio Truyol y Serra en: *La Integración Europea. Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos. Tomo I. Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, Editorial

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

soberano y del proceso de secularización, factores esenciales en la evolución de la Cristiandad a Europa.

En el siglo XIV aparecieron dos obras que reflejan muy bien los inicios de dicho proceso. Me refiero a *De Recuperatione Terra Sanctae* (1309) del jurista francés, Pierre Dubois, y *De Monarchia* (1313) de Dante Alighieri. En la primera se alega por la unidad de los príncipes cristianos para reconquistar las tierras santas. Como órganos de esta unión cristiana, Dubois prevé una asamblea permanente de los principados y un tribunal arbitral dotado de coacción³. Dante, por su parte, se cuestiona si la monarquía es necesaria para la felicidad humana y deduce de diversos preceptos bíblicos, así como de las enseñanzas del “filósofo” (Aristóteles) que todas las obras humanas deben dirigirse hacia la consolidación de la *pax universalis* y que esto sólo es posible mediante la unidad que garantiza el *imperatur* en una monarquía mundial⁴. Como vemos, en ambos casos la preocupación central no es Europa como tal, sino la unidad de la Cristiandad amenazada en el primero por las fuerzas externas, concretamente el Islam, y en el segundo por las rivalidades entre los propios cristianos. Además, los dos reflejan muy bien la poca importancia que se le otorgaba al término ‘Europa’ en la Edad Media, respondiendo en todo caso a un uso estrictamente geográfico, siendo la palabra ‘Cristiandad’ la que retomaba la idea de la unidad político-cultural. Sin embargo, en la medida en que Europa asumió ese papel, los pensamientos de Dubois y Dante fueron trasladados a la idea europea, cuyo *Leitmotiv* es, hasta nuestros días, la unidad política como medio para garantizar la paz interior y exterior.

Esta evolución histórica culminó con el Congreso de Westfalia de 1648, cuyo subsecuente orden de Estados permitió el establecimiento de las primeras potencias europeas propiamente dichas⁵. Fue, pues, en la Modernidad cuando Europa cobró todo su

Tecnos, S.A., Madrid, 1999, pp. 19 y 20. Truyol y Serra se basa a su vez en W. Fritzmeyer, *Christenheit und Europa. Geschichte des europäischen Gemeinschaftsgefühl von Dante bis Leibnitz*, Munich/Berlin, 1931.

³ Cfr. Truyol y Serra, Antonio, *La Integración Europea. Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos. Tomo I. Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, opus cit., p. 21.

⁴ Cfr. Dante Alighieri, *De Monarchia, Liber Primus*, IV y V; en: <http://civiseuropaecus.org/idea/index.htm>.

⁵ El ‘Estado soberano’ al que se alude es aquel que surgió en el siglo XVI y se concretó en el XVII con la Paz de Westfalia. Dicho Estado soberano—o *Estado temprano-moderno*, como sugiere la clasificación alemana (*frühmoderner Staat*)—contaba ya con las principales características del Estado moderno, pero aún carecía

significado y, con ello, las ideas sobre su integración verdadera relevancia. En medio de la guerra de los treinta años, el duque de Sully escribió el *Gran Desingno* (1638), obra que fue atribuida al rey Enrique IV de Francia. Sully habla de una "confederación de Estados" gobernada por un "consejo general", en el cual estarían representadas las principales potencias europeas. Unos años más tarde, para ser precisos en 1693, el fundador de la colonia norteamericana de Pensilvania, William Penn, escribió *An Essay Toward The Present and Future Peace of Europe*. En este ensayo, Penn menciona la creación de un "parlamento europeo", dotado de poder de decisión, en donde cada país contaría con un número de representantes proporcional al de su población, tal como sucede hoy en el PE.

En el siguiente siglo se escribió mucho sobre el tema, pero son básicamente dos las obras que realmente influyeron en la idea de Europa: el *Proyecto de Tratado para hacer que la Paz sea Perpetua entre los Soberanos Cristianos* del abate de Saint-Pierre y *Hacia la Paz Perpetua* de Immanuel Kant.

El primero, célebre gracias a la crítica de Jean-Jacques Rousseau, fue escrito entre 1716 y 1717, y contiene ideas realmente innovadoras. Se propone, *inter alia*, la creación de un senado como órgano supremo de una especie de "federación europea". La función principal de este órgano no sería, empero, la que actualmente desempeña el Consejo de Ministros de la UE, ya que el senado de Saint-Pierre es concebido como un tribunal arbitral intereuropeo, encargado de dirimir conflictos y no tanto como una instancia burocrática que toma decisiones fundamentales. El abate francés también menciona la creación de un "ejército confederal", lo cual resulta aún más sorprendente si consideramos que los tres elementos *quasi* definitivos del Estado soberano fueron la burocracia central, el sistema tributario, la jurisdicción⁶ y el ejército comunes. Este es el precedente más claro

de un rasgo importante: la identidad Estado-nación, que surgió a partir de la Revolución Francesa y evolucionó en el siglo XIX en Italia y Alemania (Cfr. *Fischer Weltgeschichte*, tomo 24, capítulo 4: *Der frühmoderne Staat und die Krise des 17. Jahrhunderts*, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt, 1991).

⁶ La jurisdicción común es el primer paso hacia la concreción de un sistema jurídico unitario. Ya Carlomagno y Enrique II de Inglaterra habían demostrado que la mejor manera de construir dicho sistema jurídico uniforme es a través de la unificación de las cortes. Carlomagno, en el siglo IX, estableció el *aula regis*, un tribunal imperial que se encontraba por encima de las asambleas tribales de derecho germánico. Tres siglos después, en Inglaterra, Enrique II creó los jueces de circuito, que recorrían (*in circuit*) las provincias y

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

en la literatura política hasta entonces escrita de la cesión de soberanía que implicaría, posteriormente, la integración europea. Y precisamente así lo observó Rousseau, quien en el *Extracto del proyecto de paz perpetua del Sr. Abate de Saint-Pierre y Juicio sobre la Paz Perpetua* de 1761 critica fuertemente esta propuesta al considerarla inviable "por la natural resistencia de los reyes absolutos a una limitación de su poder"⁷. Cabe señalar que si bien para Rousseau esto era impensable—y con razón—el abate de Saint-Pierre vislumbró lo que se constituiría en un objetivo central de la UE: el sistema de seguridad común.

Sólo unos meses después de la firma de la Paz de Basilea entre Prusia y Francia, Immanuel Kant publicó *Hacia la Paz Perpetua*. Kant pugna en este esbozo filosófico por una paz de alcances mundiales, no exclusivamente europeos, por lo que podría argüirse que a estas alturas un texto como tal ya no es tan representativo para nuestro tema. Sin embargo, su influencia ha sido y sigue siendo enorme, lo cual se debe a la fuerza argumentativa del pensamiento práctico kantiano. Kant retoma la preocupación por aquella *pax universalis* de la que hablaba Dante y, como él, aborda el tema desde una perspectiva filosófica que, por ende, no puede limitarse a una determinada zona geográfica. Este tratado ético-político está escrito a la luz de las máximas establecidas por el propio Kant en la *Metafísica de las Costumbres* y en la *Crítica de la Razón Práctica*. El filósofo prusiano formula una serie de imperativos hipotéticos para alcanzar la paz perpetua entre Estados soberanos: la paz duradera es el fin en sí mismo, o imperativo categórico, que debe guiar a los gobernantes. Son tres los artículos definitivos para lograr dicho propósito, pero dos son los que aquí nos interesan: "la Constitución civil de todo Estado debe ser republicana"; y, "el derecho de gentes debe fundarse en una Federación de Estados libres". En cuanto a la "Constitución civil", cabe aclarar que Kant la entiende como el cuerpo jurídico que regula la vida de una determinada comunidad política (*civitas*); se trata de la ley suprema del *ius*

resolvían las contiendas conforme a criterios jurídicos uniformes que empezaron a crear el derecho común del Reino, i.e. el *common law* (Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, primera edición corregida, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1998, pp. 139-151).

Truyol y Serra, Antonio, *La Integración Europea. Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos, Tomo I. Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, opus cit., p. 23.

civile, tal como es definido por Gayo en el primer precepto de las *Instituta*⁸. Ahora bien, dicha Constitución debe ser republicana, lo que significa que debe estar basada en la *libertad* de sus miembros, en la *supremacía del derecho* y en la *igualdad jurídica* de todos los súbditos. Un Estado constituido de esta manera es el único, según Kant, que persigue la paz, pues sólo él establece límites al soberano y se basa en la voluntad general. De esta manera, el soberano no puede declarar la guerra sin el consentimiento de su ciudadanía, que naturalmente no desea este "juego tan maligno, puesto que ellos tendrían que decidir para sí mismos todos los sufrimientos de la guerra"⁹. Este razonamiento es muy sencillo, pero no deja de tener vigencia. En la actualidad se puede constatar con facilidad que los regímenes autocráticos constituyen una amenaza más fuerte a la seguridad internacional que los democráticos o, por usar las palabras de Kant, los republicanos. El segundo artículo definitivo para alcanzar la paz perpetua es el que ha tenido mayor importancia en el proceso de integración europea. Para Kant, la federación de Estados libres y, por supuesto, republicanos no debe confundirse con una república mundial, pues no es factible que los soberanos de estos Estados estén dispuestos a someterse a "leyes públicas [que no sean las suyas] y a su coacción"¹⁰. Se trata más bien de una federación por la paz, que se diferencia de un pacto de paz en que éste busca acabar con una guerra determinada, mientras que aquella persigue la paz duradera. Este *foedus pacificum* no pretende atraer facultades de los Estados, representa más bien un consejo permanente de naciones independientes basado en el *ius gentium*¹¹. Ésta es, en esencia, la idea que subyace a la Sociedad de las Naciones y a

⁸ "Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis" (Pues el derecho que se da un pueblo a sí mismo sólo es propio de él y se llama *ius civile*, esto es el derecho propio de una comunidad política); Gaius, *Institutiones, Commentarius Primus, I.1.*; en: *Römisches Recht*, Bibliothek der Antike, Aufbau-Verlag, Berlín y Weimar, República Democrática de Alemania, 1975, p. 11.

⁹ Kant, Immanuel, *Hacia la Paz Perpetua, Un esbozo filosófico, opus cit.*, p. 85

¹⁰ *Idem*, p. 91. Lo que está entre corchetes es mío.

¹¹ La expresión "*ius gentium*" en Kant no sólo se refiere al derecho internacional público o derecho de gentes (*Völkerrecht*), sino que connota el significado de un derecho natural de toda la humanidad, que al derivar de la *recta ratio* humana va más allá del derecho que se da positivamente una comunidad política en particular (*ius civile*). Es, pues, el *ius natura humani generis* del que hablaban Cicerón y los juriconsultos romanos, y que encuentra su origen filosófico en los estoicos (Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución, opus cit.*, pp. 115-125.) En este sentido, Gayo menciona: " (...) *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*" (...) pero aquello que constituye la razón natural entre todos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la ONU, por lo que, ciertamente, la *Paz Perpetua* kantiana es de alcances mundiales y no exclusivamente europeos. Sin embargo, también constituye el núcleo de la *Declaración Schuman* de 1950, preludio de la CECA y primer paso concreto hacia la UE. La idea kantiana de una federación de Estados libres ha estado presente en el proceso integracionista europeo desde Schuman hasta la actualidad, y lo único que ha cambiado es el grado de centralización jurídica y política que a esta *quasi*-federación se le desea atribuir, *i.e.* el problema—por cierto muy actual—de la distribución de competencias entre la UE y los países miembros.

Europa inició el siglo XIX, de nuevo, envuelta en enfrentamientos bélicos. Casi al término de las guerras napoleónicas (1797-1815), el socialista utópico francés, Saint-Simon, escribió *De la reorganización de la sociedad europea*. Saint-Simon concibe a Europa como una federación cuyos centros políticos se ubicarían en Francia, Gran Bretaña y Alemania. Efectivamente, no nos habla de Prusia, sino de la Alemania unificada, fenómeno que se produjo 57 años más tarde. Los Estados integrantes de dicha federación estarían representados en un parlamento según el modelo inglés, pero que, conforme a la fe en el progreso y la ciencia del conde de Saint-Simon, incluiría a científicos y hombres de negocios. Otro pensador que abordó nuestro tema y que tuvo un cierto impacto en los pensadores posteriores fue Víctor Hugo, quien pronunció en 1833 un discurso—bastante romántico por cierto—ante el Congreso Internacional de la Paz. En él habla por primera vez de los “Estados Unidos de Europa” y propone la conformación de una federación parecida a la norteamericana, presidida por un “gran Senado soberano que [sería] para Europa aquello que es el parlamento para Inglaterra, aquello que es la dieta para Alemania y aquello que es la asamblea para Francia”¹². Cabe añadir que la federación sugerida por el poeta francés contempla a Rusia como uno de sus principales socios.

los hombres es observado idénticamente por todos los pueblos en su conjunto y se llama *ius gentium*, esto es el derecho que siguen todos los pueblos]. Gaius. *Institutiones*. 1.1 : en : *Römisches Recht*, *opus cit.*, p. 11.

¹² Hugo, Víctor, *Discours au Congrès de la Paix*, *Discours d'Overture*. 21 août 1833 : en : <http://eiviseuropeus.org/idea/index.htm>. La traducción es mía.

Las ideas que se han presentado hasta el momento sucumbieron ante la Primera Guerra Mundial, una guerra que, surgida de los anhelos imperiales de Alemania y Austria-Hungría, demostró qué tan lejos se encontraba aún Europa de la paz perpetua. Esta guerra dejó tras de sí una enorme inestabilidad política, social y, sobre todo, económica, pero ese mismo caos también generó un campo sumamente fértil para la creación artística y las preocupaciones humanistas. La primera posguerra fue la época de la *Bauhaus* y *Dada*, y también de la Sociedad de las Naciones, de la primera república democrática en Alemania y de genios de la política exterior europea como Gustav Stresemann y Aristide Briand, quienes en 1926, un año después de la Conferencia de Locarno¹³, fueron reconocidos por su labor con el Premio Nobel de la Paz. Y fue en ese mismo entorno cuando las ideas a favor de la integración europea pasaron de la teoría a la práctica política.

En 1923, el conde Ricardo Coudenhove-Kalergi, hijo de un diplomático austro-húngaro y educado en Viena, publicó el libro *Paneuropa* y fundó el movimiento político conocido como *Unión Paneuropea*. Para Coudenhove-Kalergi la "gran guerra" que había sacudido a Europa no es más que la consecuencia de la anarquía internacional provocada por la diversidad política de sus diferentes potencias, y los intereses nacionales son la causa del fin de la hegemonía europea del siglo XIX, lo que demuestra al constatar que de las cuatro potencias mundiales de la época sólo dos son parcialmente europeas: Gran Bretaña, potencia multicontinental, y Rusia, potencia euroasiática. De esta manera, la única posibilidad para Europa de recuperar su papel decisivo en el concierto internacional es por medio de la unión política permanente, *i.e.* *Paneuropa*. En caso de no conseguir dicha unión, una nueva guerra resultaría inevitable. Coudenhove-Kalergi lo deja muy claro: para construir *Paneuropa* se requiere de una relación amistosa entre Francia y Alemania. Otro aspecto sumamente atractivo de la doctrina de Coudenhove-Kalergi consiste en que el Estado debe ser separado de la Nación, como en su momento se separó de la Iglesia, pues

¹³ La Conferencia de Locarno de 1925 constituyó un intento más por garantizar la paz en Europa, especialmente entre Francia, Alemania, Bélgica, Gran Bretaña e Italia. De aquí surgieron una serie de tratados que designaban a la Asamblea de las Naciones como instancia suprema para dirimir todo tipo de conflictos entre ellos. Alemania, que se comprometió a respetar el *status quo* europeo, fue admitida un año más tarde en la Sociedad de las Naciones (Cfr. *Geschichte, Politik und Gesellschaft*, tomo 1, tercera edición, Cornelsen Verlagsgesellschaft, Bielefeld, Alemania, 1991, pp. 289 y ss).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sólo una entidad que va más allá de las exigencias nacionales responde positivamente a las demandas de las minorías. En cuanto al aspecto institucional de *Paneuropa*, el europeísta vienés propone el establecimiento de un sistema bicameral consistente en una asamblea que representaría a los ciudadanos europeos y otra que incluiría a los Estados (algo muy similar al actual sistema entre el Parlamento y el Consejo de la UE). A raíz de estas ideas, sus seguidores empezaron a organizar congresos en los que se llegó a nuevas e importantes propuestas. Una de las más destacadas fue la del alemán Wladimir Woytinsky, quien sugirió la creación de una "unión económica y aduanera como base de un gobierno confederal"¹⁴, tal como sucedería posteriormente con la comunidad económica europea.

Aristide Briand, conductor de la política exterior francesa de 1925 a 1932, fue uno de los políticos que se sintieron mayormente atraídos por la unión paneuropea de Coudenhove-Kalergi. Ante la décima sesión de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones en 1929 formuló una propuesta concreta a los 26 países europeos ahí representados: construir una federación "entre [los] pueblos que están geográficamente agrupados como los pueblos de Europa"¹⁵. En la misma sesión se le solicitó la elaboración de un memorándum, que fue presentado y examinado un año después en una comisión especial de dicha Asamblea. El informe contempla la firma de un pacto constitutivo de la "asociación europea". Dicha asociación contaría con una asamblea de representantes denominada "conferencia europea" y con un órgano ejecutivo llamado "comité político permanente", una especie de antecedente de la Comisión. Según Briand, esta "asociación europea" se establecería bajo el marco de la Sociedad de las Naciones, lo cual si bien jurídicamente era viable, ya que el artículo 21 del Pacto establecía que los acuerdos regionales que asegurasen el mantenimiento de la paz eran compatibles con sus preceptos¹⁶, políticamente parecía restarle trascendencia a su proyecto. No obstante, debe considerarse que aquellos tiempos exigían una cooperación internacional cada vez mayor a

¹⁴ Cfr. Truyol y Serra, Antonio, *La Integración Europea. Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos. Tomo I. Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, opus cit., p. 30.

¹⁵ Cfr. Brian Aristide, *Textes sur un projet d'union fédérale européenne (1929-1930)*, *Discours d'Aristide Briand devant la Xe session de l'Assemblée de la Société des Nations. Extrait* : en: <http://hyvo.ge-dip.etat-ue.ch>. La traducción y lo que está entre corchetes son míos.

fin de evitar una nueva guerra y la Sociedad de las Naciones parecía el foro idóneo para llevarla a cabo. Por otro lado, el informe no prevé una cesión de soberanía por parte de los Estados que integrarían la asociación, cuestión que fue fuertemente criticada por los destinatarios del memorándum al considerar esto—y no sin razón—simplemente imposible¹⁷. La reacción de los países europeos fue, en general, bastante apática, limitándose a las labores del comité especial que presidía el mismo Briand y que con su muerte en 1932 prácticamente llegaron a su fin.

La primera propuesta 'oficial' para construir una unión europea fracasó, sin duda, debido a la cesión de soberanía que implicaba, aunque no lo reconociera su autor, y que se antojaba como una gran utopía en aquel contexto internacional. Pero fueron, sobre todo, los nacionalismos radicales que empezaban a gestarse en Alemania e Italia los culpables del declive de todo intento por constituir una unidad política entre los pueblos europeos en aras de la paz. Aún así, la *PanEuropa* de Coudenhove-Kalergi y el *laço federal* de Briand fueron las propuestas más concretas que permitieron a Monnet y a Schuman la construcción de la primera comunidad europea, que sirviera de punto de partida para la UE actual.

¹⁶ *Pacto de la Sociedad de las Naciones*: en: Székely, Alberto (compilador). *Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público, Tomo I*, segunda edición. UNAM, México, 1989, p. 21.

¹⁷ Así, por ejemplo, los Países Bajos respondieron al informe señalando que la asociación era prematura, pues resultaba inviable si no se aceptaba voluntariamente el abandono de ciertos derechos soberanos de los Estados miembros (Cfr. Truyol y Serra, Antonio, *opus cit.*, p. 31).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

II. DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS A LA UNIÓN EUROPEA

A. DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL A LA DECLARACIÓN SCHUMAN

Como bien se sabe, Europa sufrió a consecuencia de los nacionalismos exacerbados en Alemania e Italia la peor guerra de su historia. Los horrores del régimen nacionalsocialista y la tremenda devastación social y económica que ocasionaron las obsesiones imperiales de la alianza fascista conllevaron a retomar, con más fuerza que nunca, la vieja idea de la unidad entre las naciones europeas para asegurar la paz en el continente. Por ello, no debe sorprender que las voces más agudas en pro de la unidad surgieran de los diversos movimientos de la Resistencia europea¹⁸. Todos ellos compartían la creencia de que sólo una federación democrática entre los diversos Estados podía afianzar la paz. El dogma de la soberanía absoluta del pueblo con su consecuente impenetrabilidad de la unidad Estado-nación tenía que ser superado en esta gran federación pacífica, pues sólo incrementaba las diferencias entre los países y los conducía a la guerra. La influencia del pensamiento de Coudenhove-Kalergi es evidente. Estos diversos movimientos se unieron en julio de 1944 en Ginebra para suscribir la *Declaración de las Resistencias Europeas*. En este documento se pueden observar frases como las siguientes: "La resistencia a la opresión nazi que une a los pueblos de Europa en un mismo combate ha creado entre ellos una solidaridad y una comunidad de fines y de intereses (...) Estas finalidades sólo pueden ser alcanzadas si los distintos países del mundo aceptan superar el dogma de la soberanía absoluta de los Estados (...) La paz europea es la clave de la bóveda de la paz mundial. En efecto, en el espacio de una sola generación, Europa ha sido el epicentro de dos conflictos mundiales que tuvieron ante todo por causa la existencia en este continente de treinta Estados soberanos. Importa remediar esta anarquía mediante la creación de una unión federal entre los pueblos europeos (...) La unión federal deberá poseer esencialmente: 1. Un gobierno responsable, no ante los gobiernos de los diversos

¹⁸ Entre estos cabe destacar al Movimiento Federalista Europeo italiano, fundado por Ernesto Rossi y Altiero Spinelli en Milán en 1943, el Comité Francés por la Federación Europea y la Unión Europea de los Federalistas de Alemania.

Estados miembros, sino ante sus pueblos, por lo cual deberá poder ejercer una jurisdicción directa en los límites de sus atribuciones; 2. Un ejército puesto bajo las órdenes de este gobierno y con exclusión de todo otro ejército nacional; 3. Un tribunal supremo que juzgará todas las cuestiones relativas a la interpretación de la Constitución federal y zanjará las eventuales diferencias entre los Estados miembros o entre los Estados y la Federación"¹⁹. A partir de esta *Declaración* empezaron a surgir una serie de organizaciones europeas que en mucho contribuyeron a las ideas de los padres fundadores de la UE: se puede decir que este documento marcó una pauta en el pensamiento europeo, no tanto por las ideas ahí expresadas— fruto finalmente de la evolución de la idea europea desde Dante hasta Aristide Briand—sino más bien por el momento en que se produjo: la gran discordia de la Segunda Guerra Mundial propició una gran fuerza solidaria que, finalmente, permitiría dar los primeros pasos firmes hacia la UE. No obstante, para la mayoría de los estudiosos del tema, el discurso de Winston Churchill en la Universidad de Zúrich, en septiembre de 1946, fue el punto de partida del proceso de integración que hoy en día prosigue. Esta clasificación probablemente sea ociosa, pero es comprensible debido al peso político del jefe de gobierno británico tras la victoria de la *Grand Alliance*²⁰. Para Churchill, la única manera posible de acabar con el "drama de Europa" es conformando "una especie de Estados Unidos de Europa". Pero la unión que propone el Primer Ministro es peculiar, pues rechaza la federación sugerida por los movimientos de la Resistencia y propone una confederación como la helvética, además, excluye a Gran Bretaña, ya que los británicos tienen su propia comunidad de naciones, es decir, el *Commonwealth*²¹. Churchill reconoce los esfuerzos del conde Coudenhove-Kalergi y, al igual que éste, subraya la importancia de la asociación franco-alemana en la construcción de los Estados Unidos de Europa. Pero para Churchill, lo más importante consiste en que la nueva confederación europea, el *Commonwealth*, Estados Unidos de América y la Unión Soviética trabajen

¹⁹ En: Truyol y Serra, Antonio, *La Integración Europea, Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos, Tomo I. Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, opus cit., pp. 160-162.

²⁰ Los esfuerzos de Churchill por fortalecer a la Europa devastada por la guerra datan desde 1940 cuando formuló una propuesta oficial al gobierno francés para formar una unión franco-británica. El proyecto fue rechazado por la Asamblea Nacional con 10 votos en contra.

²¹ Cfr. Mazey, Sonia, *The development of the European idea*; en: Richardson, Jeremy (editor), *European Union, Power and Policy-Making, European Public Policy Series*, Routledge, London and New York, 1996, pp. 28 y 30.

LEER CON
FALLA DE ORIGEN

juntos para fortalecer la recién creada ONU en beneficio de la paz mundial. El discurso de Churchill le dio mayor credibilidad a los movimientos europeos, que cada vez gozaban de mayor respaldo popular. Así, el Comité de Coordinación de los Movimientos para la Unidad Europea convocó en 1948 el Congreso Europeo de La Haya.

Antes de pasar a este importante Congreso, es necesario dar cuenta de un proceso paralelo al de la integración europea, que mucho habría de influir en la situación geopolítica del continente. En junio de 1947, el Secretario de Estado norteamericano, George C. Marshall, propuso un plan de rescate económico para Europa. Dicho plan, conocido como *Plan Marshall* o *Plan de los Catorce Puntos*, fue rechazado por la Unión Soviética, quien arrastró consigo a diversos países del Este de Europa. Esta decisión marcó el principio de la división europea y a partir de ese momento el proceso de integración se circunscribió a la parte occidental.

El Congreso Europeo de 1948 fue muy concurrido. Los grandes personajes de la política y la cultura europeas, así como la totalidad de los movimientos europeos se dieron cita en La Haya a fin de debatir el rumbo que debía emprender el continente. El debate se dividió fundamentalmente entre los grupos "unionistas", liderados por el Movimiento Europa Unida del propio Winston Churchill, que pugnaban por una asociación de Estados basada en la cooperación interestatal, y los "federalistas", movimientos franceses, italianos y del Benelux cuya meta era la creación de una auténtica federación europea, en el sentido de la *Declaración de las Resistencias Europeas* de 1944. Esta división marcó el hito de lo que hoy conocemos como la "Europa grande" y "la Europa chica". La primera responde a lo defendido por los unionistas, *i.e.* una asociación interestatal o intergubernamental, de carácter regional, destinada principalmente a la preservación de la paz en el viejo continente; la segunda obedece a los anhelos de los europeístas más decididos para quienes la paz sólo era posible por medio de una necesaria cesión de derechos soberanos de los Estados a favor de una especie de federación. Este proyecto tendría que esperar aún

algunos años, aquel se vería concretado con la firma del Estatuto del CdE en Londres, en mayo de 1949²².

La pregunta que resaltaba tras el Congreso de La Haya era: ¿En qué consistía el fracaso de esa federación si los movimientos que la defendían habían alcanzado el respaldo político necesario? La respuesta sólo podía consistir en que la fórmula que planteaban era poco estratégica, demasiado ambiciosa y despertaba reticencias por parte de los Estados, que si bien anhelaban la paz entre ellos como nunca antes y estaban dispuestos a ceder una serie de facultades en aras de ese fin, no estaban dispuestos a hacerlo a cualquier precio. Un cambio tan brusco como el pasar de ser un Estado soberano a una especie de entidad federativa no se podía dar de la noche a la mañana, a pesar de la tremenda guerra que habían sufrido. Ese problema, presente en los grandes europeístas a partir de la primera posguerra, fue detectado por el francés Jean Monnet. Monnet, comisario de planeación del gobierno francés, se dio cuenta que la construcción de la federación europea tenía que empezar con "la identificación de unos sectores económicos estratégicos que pudieran servir de trampolín para el largo proceso de integración efectiva"²³, i.e. construir la unión política a partir de la unión económica. Es por ello que a Monnet se le conoce como "federalista pragmático", pues supo poner en práctica una teoría funcionalista de la integración y no tan idealista o romántica como las de sus antecesores con quienes, no obstante, compartía los fines. Los sectores estratégicos mencionados eran el carbón y el acero, pues se trataba de las principales materias primas en la fabricación de armas, y la región más rica en éstas era el Ruhr, zona de Alemania ocupada por los franceses. De esta manera, la propuesta de crear un mercado común del carbón y el acero representaba una propuesta concreta hacia la también estratégica colaboración entre Francia y Alemania.

²² La distinción entre la "Europa chica" y la "Europa grande" se mantiene hasta nuestros días, haciendo alusión a la UE de carácter supranacional y a los diversos mecanismos europeos de cooperación intergubernamental, respectivamente. Dentro de estos últimos podemos mencionar al CdE, organismo interestatal y regional que vela por la paz, así como por el respeto al Estado de derecho y a los derechos humanos en el continente (algo parecido a la OEA); la UEO de 1947; la OECE, actualmente OCDE de 1948; y la AELC (mejor conocida por sus siglas en inglés: EFTA) de 1960.

²³ Roy, Joaquín. *La Unión Europea: Historia, Instituciones, Políticas*; en: Chanona Burguete, Alejandro y Domínguez Rivera, Roberto (coordinadores), *Europa en transformación. Procesos políticos, económicos y sociales*. UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad de Quintana Roo. Plaza y Valdés, S.A. de C.V., México, 2000, p. 138.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Robert Schuman, Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, tuvo la visión política correcta para retomar la fórmula de Monnet y ponerla a consideración del gobierno alemán en la declaración que lleva su nombre y que data del 9 de mayo de 1950. La *Declaración Schuman* establece lo siguiente: "El gobierno francés propone colocar el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una alta autoridad común en una organización abierta a la participación de los demás países de Europa. La puesta en común de las producciones de carbón y acero asegurará inmediatamente el establecimiento de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la federación europea (...) La solidaridad de producción que de ello resulte pondrá de manifiesto que toda guerra entre Francia y Alemania se hace, no ya impensable, sino materialmente imposible (...) Mediante la puesta en común de una producción de base y la institución de una alta autoridad nueva, cuyas decisiones vincularán a Francia, Alemania y los países que se adhieran, esta propuesta pondrá las bases de una federación europea indispensable para el mantenimiento de la paz"²⁴. La solidaridad de la que se habla es conocida como "solidaridad de hecho", pues a partir de intereses tan concretos como la estabilidad económica y el aseguramiento de la paz entre Francia y Alemania, se empezarán a desarrollar estrategias conjuntas en muchas otras materias y, paso a paso, políticas comunes basadas en la solidaridad "entre países mucho tiempo opuestos por divisiones sangrientas"²⁵. La autoridad central propuesta no era el primer modelo de órgano dotado de facultades soberanas a lo largo de la historia de la idea europea, pero el hecho de que se limitara a las decisiones de la producción de dos materias específicas, por más importantes que fueran, la hacía políticamente viable. pues sólo se trataba de una cesión muy limitada de derechos soberanos. Así, la inteligente propuesta de Monnet y Schuman, que supo encuadrar la idea europea al *timing* político necesario, triunfó finalmente, y fue aceptada no sólo por Alemania e Italia—probablemente la única oportunidad de estos países para redimirse internacionalmente—sino también por los Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo, que, junto con Francia, firmaron en París el TCECA, el 18 de abril de 1951.

²⁴ *Declaración de Robert Schuman, Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, 9 de mayo de 1950*; en: Truyol y Serra, Antonio. *La Integración Europea. Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos. Tomo I. Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, opus cit. pp. 175 y 176.

²⁵ *Idem*, p. 176.

B. LA CREACIÓN DE LA EUROPA COMUNITARIA: LAS TRES COMUNIDADES

El TCECA introdujo el esquema institucional básico que, con algunas reformas, subsiste hasta la fecha en la UE. El órgano más importante creado por esta convención era la Alta Autoridad, predecesora de la actual Comisión, y cuyas decisiones eran obligatorias para los Estados contratantes en virtud de su naturaleza supranacional (artículo 9). Este órgano era asistido por el Comité Consultivo. Al lado de la Alta Autoridad fungía el Consejo Especial de Ministros, foro compuesto por los representantes de los Estados miembros y que más tarde desembocaría en el actual Consejo de Ministros. Asimismo, se instituyó la Asamblea Común, en la cual se reunían algunos miembros de los parlamentos nacionales, escogidos por sus propios parlamentos. La Asamblea desempeñaba, a través de la moción de censura (artículo 24), un papel de control sobre la Alta Autoridad. Sin embargo, no gozaba de ningún tipo de facultad legislativa. Por último, se creó el Tribunal de Justicia, encargado de garantizar el respeto al derecho en la interpretación y aplicación del Tratado. El precepto más destacado en torno al Tribunal era el contenido en el art. 38, que establecía lo siguiente: "Las sentencias del Tribunal tendrán fuerza ejecutiva en el territorio de los Estados miembros (...)"²⁶. Esta disposición demuestra que la Alta Autoridad no era la única instancia supranacional de la CECA, el Tribunal era ya desde entonces un cuerpo jurisdiccional facultado para vincular a sus integrantes y contaba para ello con un elemento hasta entonces considerado exclusivo de los órganos judiciales de los Estados soberanos: la coacción. Cabe añadir que aunque la Alta Autoridad efectivamente contaba con facultades soberanas, su importancia política pronto se vio mermada debido al creciente peso del Consejo Especial de Ministros, que, en aras de los intereses nacionales de los pequeños países (Benelux), obstaculizó la toma de decisiones de la Alta Autoridad²⁷. Hoy, más de cincuenta años después, pasa algo muy similar: la Comisión se encuentra efectivamente subordinada al Consejo, órgano del cual emanan la gran mayoría de las

²⁶ *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, París, 18 de abril de 1951*; en: Truyol y Serra, Antonio, *La Integración Europea, Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos, Tomo I, Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, opus cit. p. 189.

²⁷ Cfr. Mazey, Sonia. *The development of the European idea, opus cit.* p. 30.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

decisiones trascendentes, tanto políticas como económicas. Por ello, los partidarios del fortalecimiento de la UE exigen que se incrementen las facultades de la Comisión y se reduzcan las del Consejo, a fin de convertir a la primera en un verdadero ejecutivo comunitario, tal como lo habían previsto Monnet y Schuman.

El entonces Premier francés, René Plevén, dejó muy claro que la CECA era sólo la primera pieza del edificio europeo. En mayo de 1952 plasmó su idea de construir un ejército europeo en el *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de Defensa*. Esta idea respondió a las exigencias estadounidenses de permitirle a la República Federal de Alemania volverse a armar. Hacer esto sólo se antojaba viable dentro de la recién creada CECA. Pero el plan de Plevén iba más allá. En el artículo 38 de dicho Tratado preveía "el estudio de una estructura federal o confederal especial sobre la base de la separación de poderes"²⁸, lo cual dio lugar al proyecto de Paul Henri Spaak. El renombrado político belga (en diversas ocasiones Primer Ministro y Canciller) propuso la creación de una comunidad política europea de carácter supranacional e indisoluble, dotada de personalidad jurídica y que contase con una asamblea común para la existente CECA y la sugerida CED. Empero, ambos intentos fracasaron cuando, en agosto de 1954, la Asamblea Nacional francesa aplazó *sine die* la ratificación del Tratado de la CED. Las razones de ello fueron de diversa índole: seguramente, la idea de ver a alemanes e italianos con poderes militares causaba reticencia por parte de los asambleístas; probablemente, el nacionalismo de los mismos diputados se vio sacudido al imaginarse subordinados a un gran parlamento. Sean cuales quiera los motivos del rechazo francés, lo cierto es que Monnet abandonó, a raíz de ello, la presidencia de la Alta Autoridad de la CECA y fundó el Comité de Acción para los Estados Unidos de Europa, movimiento que ejerció una enorme influencia en la subsiguiente etapa del proceso de integración.

El fracaso de 1954 sería superado esta vez por los "pequeños" de la CECA. Inspirados en su propia unión aduanera de 1948, los gobiernos de los Estados del Benelux

²⁸ Truyol y Serra, Antonio. *La Integración Europea. Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos. Tomo I. Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, opus cit. p. 42.

propusieron "la fusión progresiva de las economías nacionales, la creación de un gran mercado común y la armonización progresiva de su política social"²⁹. Dicha propuesta— fuertemente impulsada por el Comité de Acción para los Estados Unidos de Europa de Monnet— fue aceptada por Alemania, Francia e Italia en la Conferencia de Ministros de Asuntos Exteriores de Mesina, Italia, en junio de 1955. En esa misma reunión se creó un comité intergubernamental, encabezado por P.H. Spaak, para avanzar en las definiciones sobre la puesta en marcha del mercado común, así como de una unión estratégica respecto a la energía atómica³⁰. El informe elaborado por el comité, que sentó las bases de los tratados constitutivos de la CEE y de EURATOM, fue aprobado en la Conferencia de Cancilleres de Venecia, en mayo de 1956. Ambos tratados fueron firmados en Roma, el 25 de marzo de 1957, y con su entrada en vigor, en enero de 1958, la Europa comunitaria estaba finalmente constituida.

En cuanto al aspecto institucional, la estructura de las tres comunidades se tornó bastante compleja. Como órgano ejecutivo, la CECA seguía contando con la Alta Autoridad, mientras que la CEE y EURATOM tenían una Comisión respectivamente. Asimismo, cada comunidad contaba con su Consejo de Ministros, que en el caso de la CECA se denominaba, como arriba se mencionó, Consejo Especial de Ministros. La Asamblea Común, el Tribunal de Justicia y el Comité Consultivo de la CECA fueron sustituidos por la Asamblea Parlamentaria Europea, el Tribunal de Justicia y el Comité Económico y Social, creados en virtud de los tratados de Roma. Esto último se resolvió mediante el *Convenio sobre Determinadas Instituciones Comunes a las Comunidades Europeas*, firmado en la misma fecha que dichos tratados. Como se puede observar, el laberinto jurídico-institucional, que tanto se le ha criticado a la UE, ya se empezaba a vislumbrar³¹.

²⁹ Truyol y Serra, Antonio, *La Integración Europea. Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos, Tomo I, Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, opus cit. p. 43.

³⁰ La energía atómica empezaba a representar los mismos riesgos y oportunidades que inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial significaba la producción del carbón y el acero.

³¹ El análisis del TCE, sucesor del TCEE, se hace en el siguiente capítulo, por lo que aquí me limito a comentar los aspectos políticos, institucionales y económicos más relevantes de la CEE.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Muy pronto resaltó la preeminencia de la CEE sobre las otras dos comunidades, lo cual se debió fundamentalmente a los siguientes factores. A diferencia de las otras dos, la CEE no era una comunidad sectorial, *i.e.* no se limitaba a un determinado sector estratégico sino que era una unión aduanera y un mercado común, que contó desde sus inicios con una serie de políticas comunes, como la agrícola, la de transportes, la de competencia y la social en ciertos aspectos laborales. Aunado a ello, la reducción de los aranceles entre los Seis empezó a traducirse relativamente temprano en enormes beneficios para las economías nacionales. Y, finalmente, se inició, a través del Banco de Inversiones y del Fondo Social, la creación de un presupuesto comunitario.

Es correcto afirmar en retrospectiva que la unión económica, que empezó a su vez con alianzas sectoriales y estratégicas, resultó ser la manera más efectiva para empezar a consolidar una unión política, que tantos dolores de cabeza ha causado en el proceso que aquí se analiza. Esto sólo puede confirmar el acierto del denominado 'federalismo pragmático'³² de Jean Monnet y Robert Schuman. No se trata, en suma, de dar prioridad a los aspectos comerciales, sino de identificar aquellos rubros capaces de movilizar a gobiernos y sociedades—normalmente cuestiones económicas—, y que a largo plazo conllevan necesariamente a un fin distinto, por lo general más noble, pero incapaz de movilizar en principio a los actores decisivos.

³² Algunos autores identifican el 'federalismo pragmático' de Monnet y Schuman con el neo-funcionalismo integracionista (Cfr. Mazey, Sonia, *The development of the European idea*, y Cram, Laura, *Integration theory and the study of the European policy process*; en: Richardson, Jeremy (editor), *European Union, Power and Policy-Making, European Public Policy Series, opus cit*).

C. LA "CRISIS DE LA SILLA VACÍA" Y LA ERA POST-LUXEMBURGO

Todo parecía indicar que tras la consolidación de las tres comunidades europeas, el camino hacia la integración política era más firme que nunca. Incluso, es bastante común referirse a este periodo como la "primavera europea". Contrario a lo que se esperaba, el verano no llegó tan rápido. El panorama comunitario cambió drásticamente con la toma de posesión del primer Presidente de la V República francesa, Charles De Gaulle, en junio de 1958. De Gaulle se identificaba con los valores y la cultura europeos, no era un enemigo de la Europa unida. Sin embargo, para el General había un dogma al cual le resultaba imposible renunciar: la soberanía nacional del Estado francés. En este sentido, la política europea emprendida por su gobierno se encaminó desde un principio hacia el fortalecimiento de la cooperación intergubernamental y el abandono de la apuesta por la supranacionalidad por parte de sus compatriotas Schuman y Monnet. Por eso mismo, De Gaulle nunca aceptó el principio de la mayoría cualificada dentro del Consejo de Ministros (artículo 148 del TCEE); para garantizar la soberanía nacional era indispensable cambiar dicho mecanismo por el de la unanimidad. Conforme a esta lógica, la toma de decisiones fundamentales debía recaer exclusivamente en el Consejo de Ministros, pues es éste el órgano comunitario encargado de representar los intereses nacionales. Hay que recordar que a través del *Tratado de Bruselas de 1965*, la Alta Autoridad y las diversas comisiones se fusionaron en la Comisión Europea, mientras que los tres consejos quedaron reducidos en un único Consejo de Ministros; estas dos instituciones valían para las tres comunidades y valen hoy para la UE. En 1962, el diplomático francés, Christian Fouchet, presentó un plan para crear una unión política conforme a las ideas de su Presidente. Durante las discusiones del *Plan Fouchet* se pusieron de manifiesto las diferencias entre Francia y los restantes miembros de las comunidades, diferencias que en junio de ese mismo año desembocaron en la "crisis de la silla vacía", puesto que Francia se retiró de las instancias comunitarias durante seis meses. La gota que derramó el vaso fue la discusión sobre la política agraria común, aspecto central de la política europea francesa hasta nuestros días. Esos seis meses produjeron un verdadero *impasse* en la vida política comunitaria, de tal suerte que en el Consejo de Ministros celebrado en Luxemburgo, en 1966, se llegó a un

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

acuerdo en el cual los cinco cedieron a las exigencias francesas. Si bien el TCEE no fue modificado con respecto a las relaciones entre el Consejo y la Comisión, se recomendaba que ésta iniciare contactos con los gobiernos nacionales antes de adoptar decisiones importantes. En cambio, el principio de la mayoría cualificada en el Consejo sí fue modificado legalmente, quedando asentada la unanimidad para las votaciones sobre decisiones "muy importantes". Por otro lado, fueron precisamente las reformas de Luxemburgo las que dieron un incentivo adicional a Gran Bretaña para ingresar a la Europa comunitaria. Esto representa una ironía histórica, pues había sido el mismo De Gaulle quien en dos ocasiones vetó la adhesión británica (1963 y 1967). Finalmente, y tras arduas negociaciones, Reino Unido, Dinamarca, Irlanda y Noruega fueron aceptados como miembros de las Comunidades Europeas en enero de 1972. No obstante, la Europa de los Diez pronto se vio nuevamente reducida a la Europa de los Nueve, en virtud de la negación del pueblo noruego en el referéndum celebrado en septiembre de ese mismo año³³.

A pesar de que el acuerdo de Luxemburgo efectivamente significó un retroceso en las pretensiones supranacionales de la comunidad, en la era post-Luxemburgo (de 1966 a 1986) se dieron una serie de pasos concretos hacia el fortalecimiento de la integración europea. Además de la ya mencionada primera ampliación, se incorporó Grecia en 1981. A partir de 1974 iniciaron las reuniones periódicas del Consejo Europeo, en el cual convergen los jefes de Estado y/o gobierno para marcar el rumbo de las políticas comunitarias. Asimismo, se creó el Fondo Regional de Desarrollo (1972) y se empezaron a establecer los cimientos de la UEM con el Plan Werner de 1971 y el Consejo de Bremen en 1978. Y, finalmente, en 1979, se introdujeron las elecciones directas al Parlamento de las Comunidades, quizá el evento más trascendente de la época debido al déficit democrático que desde siempre ha aquejado a la Europa comunitaria.

³³ El referéndum, en el cual 53.5% de los votantes se manifestaron en contra, no tenía validez jurídica. Sin embargo, el gobierno noruego decidió abstenerse por evidentes razones políticas.

D. DEL ACTA ÚNICA EUROPEA AL TRATADO DE MAASTRICHT: LA CREACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

La década de los ochenta fue sumamente significativa no sólo para Europa sino para el mundo entero. De hecho, fueron más bien los acontecimientos extracomunitarios los que motivaron los cambios en Europa. Con el advenimiento del neoliberalismo, a principios de la década, los países comunitarios empezaron a sentir la presión de acelerar la integración económica: la eliminación de las barreras no arancelarias, así como el sistema monetario común se convirtieron en una meta primordial, esta vez no sólo para los gobiernos de la comunidad sino, y sobre todo, para la sociedad, en particular para el empresariado. El Parlamento de las Comunidades Europeas aprovechó la situación para cobrar más peso e impulsó decididamente dichos esfuerzos integracionistas. En 1982 encomendó a la Comisión Institucional encabezada por Altiero Spinelli—y que fue denominada “Grupo Cocodrilo”—, la elaboración de un proyecto de tratado de la UE. En 1984, el Parlamento lo aprobó por una amplia mayoría (258 votos a favor, 35 en contra y 23 abstenciones), pero al llegar al Consejo Europeo de Milán de 1985, los jefes de Estado y gobierno de los países miembros decidieron convocar una CIG a fin de que ésta preparara el proyecto modificadorio³⁴. A pesar de que el *Proyecto Spinelli* nunca cobró vida jurídica, se trata del primer antecedente directo de la Constitución Europea, pues dicho texto adoptó “resueltamente el esquema de una Constitución”³⁵. Quizá por ello mismo fracasó, pues aún no había llegado el momento para la refundación política de la Europa comunitaria. La CIG apresuró sus trabajos, y para 1986 ya se había firmado el AUE, que comprometía a los doce Estados miembros (España y Portugal ingresaron ese mismo año) a concretar las bases jurídicas para la puesta en marcha del mercado interior y de la unión monetaria. A fin de facilitar este proceso, se incrementó el número de materias sujetas a la regla de la mayoría cualificada en el Consejo. Además, se establecieron una serie de medidas para

³⁴ Ésta fue la primera CIG, por lo que el Consejo de Milán es el antecedente del actual art. 48 del TUE, al que nos referimos más adelante. La CIG es una reunión extraordinaria de representantes gubernamentales de los países miembros, en la que se elaboran las reformas a los tratados constitutivos de la UE. La próxima se realizará en 2004.

³⁵ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *El Proyecto de Constitución Europea*, en: *Revista di Diritto Europeo*, N° 4, 1994, Libreria dello Stato, Roma, 1994, 674.

TESES COM
FALLA DE ORIGEN

armonizar paulatinamente los estándares económicos y las legislaciones nacionales. Institucionalmente, destaca el reconocimiento formal del Consejo Europeo. El entonces Presidente de la Comisión, gran europeísta y mayor impulsor del AUE, Jacques Delors, creó a raíz de estos compromisos un comité de alto nivel, que en 1989 recomendó la introducción del tipo de cambio único. Pero el paso más concreto fue, sin duda, la convocatoria de una nueva CIG para elaborar un proyecto de tratado constitutivo de la unión monetaria europea.

A finales de los ochenta ocurriría el acontecimiento político más importante de la historia reciente de Europa: la caída del muro de Berlín. La Alemania reunificada despertó una serie de temores y anhelos, principalmente en Francia. Retomando la fórmula de Monnet y Schuman, el Presidente Mitterrand estaba convencido de que una Alemania más poderosa tenía que emprender su nuevo rumbo político en el marco europeo, por lo cual el fortalecimiento de las comunidades se convertía en un imperativo, ya no exclusivamente económico sino ante todo político. Alemania, por su parte, se encontraba obligada por su propia historia a demostrar que su prioridad sería, precisamente, Europa. Existen, además, muy buenas razones para creer que este anhelo fue y es totalmente sincero, es decir, más voluntario que obligado. Por otro lado, el derrumbe del comunismo abrió la posibilidad de realizar una ampliación estratégica hacia el Este. Convencidos de esta nueva agenda europea, Helmut Kohl y François Mitterrand convocaron una CIG para la adopción de un tratado constitutivo de una unión política paralela a la monetaria. En el Consejo Europeo de Maastricht, de diciembre de 1991, se aprobó el proyecto, y en febrero de 1992 se firmó en la misma ciudad el TUE, que entró en vigor en noviembre de 1993³⁶. Sólo dos años después se incorporaron Austria, Finlandia y Suecia a la UE, completando la actual "Europa de los Quince".

Para muchos, dicho Tratado fue un mal compromiso entre los federalistas y los partidarios de la cooperación intergubernamental. Y es cierto, pues ya ante el compromiso

³⁶ El análisis del TUE se hará en el próximo capítulo.

de la ampliación hacia el Este resulta insuficiente³⁷, incluso tras las modificaciones sufridas mediante el TA, en 1997. Sin embargo, el TUE marcó un hito en la historia de la integración europea, que sólo es equiparable con el de la CEE: gracias al TCEE se dio el paso de la integración económica sectorial a la integral, y en virtud del TUE se empieza a dar el paso de la integración económica con tintes políticos hacia una verdadera unión política y, por supuesto, jurídica.

³⁷ De ahí el TN de 2000, que entró en vigor el 1º de febrero de 2003, y que es objeto de estudio posterior (*vid infra*; Capítulo Tercero, I. B).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ORDEN JURÍDICO COMUNITARIO EUROPEO

*El sentido de una amenaza es que,
bajo determinadas condiciones,
un daño será ocasionado:
el sentido del orden jurídico es que,
bajo ciertas condiciones,
ciertos daños deberán ser ocasionados.*
Hans Kelsen

Son diversos los términos que se utilizan para nombrar al conjunto de normas y otros enunciados jurídicos surgido a partir del TCECA de 1951. Se le suele denominar, v.gr., 'derecho europeo'. Sin embargo, dicha expresión indica dos fenómenos jurídicos distintos. Por un lado, se refiere al derecho de las comunidades europeas y de la UE ('derecho europeo *strictu sensu*'), y, por el otro, al derecho desarrollado por el CdE ('derecho europeo *latu sensu*')³⁸. Si bien la especificidad sobre el alcance amplio o estricto del término elimina su ambigüedad, su uso es poco conveniente. Otra expresión, mucho más común entre los propios participantes de sus normas, es 'derecho comunitario europeo' o, simplemente, 'derecho comunitario'. Con ella se nombra el conjunto de enunciados jurídicos establecido en los tratados constitutivos de las comunidades europeas (de ahí su nombre) y en el TUE, el derecho que deriva de los mismos, así como otras reglas escritas y no escritas aplicables a este derecho. Al hablar del 'derecho comunitario' nos estamos refiriendo al orden jurídico de las comunidades europeas y de la UE, por lo que también utilizamos la expresión 'derecho de la UE'³⁹.

Pero, ¿qué significa 'orden jurídico'? Encontrar un concepto unívoco de 'orden jurídico' es imposible. Sin embargo, se pueden resaltar algunas características comunes

³⁸ Cfr. Häberle, Peter. *El Estado constitucional*, traducción de Héctor Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2001, pp. 66 y 67.

³⁹ En la literatura jurídica tradicional se suele distinguir entre 'derecho comunitario', i.e. el derecho que nace con los tratados constitutivos de las comunidades europeas, y el 'derecho de la UE', o sea la normatividad que surge con el TUE, en Maastricht, en 1993. Empero, hay múltiples razones jurídicas para afirmar su unidad: institucionales, jurisdiccionales, legislativas y doctrinarias. Ello implica necesariamente la unidad del "ente" que personifica al ordenamiento jurídico. Así, observamos cómo las expresiones 'comunidades europeas' y 'UE' nombran al mismo fenómeno político, económico, social y jurídico, independientemente de las especificidades de cada comunidad y, obviamente, de cada tratado. Qué tanto se ha unificado esto, es verificable también al observar cómo la 'UE' es la expresión política de la 'CE' y la 'CE' la expresión económica de la 'UE'. Asimismo, se puede constatar que la dogmática

en las teorías de mayor impacto en la ciencia jurídica, así como también en el uso ordinario del lenguaje que se le ha dado a tal expresión.

En primer lugar, el orden jurídico es un 'conjunto', lo que significa que se trata de una 'colección de objetos' considerada como un todo. Para que la colección sea considerada efectivamente como un conjunto—también 'orden' o 'sistema'—tiene que consistir en una agrupación ordenada, es decir, debe existir una relación determinada entre los elementos del mismo. Por ello es que *todo conjunto es una colección de elementos pero no toda colección de elementos es un conjunto*. En segundo lugar, se trata de un orden normativo, pues sus elementos son básicamente normas⁴⁰, i.e. enunciados prescriptivos que califican una determinada conducta o un estado de cosas como prohibido, permitido u obligatorio. Así, tenemos que el orden jurídico es "un conjunto [de normas] más una relación"⁴¹. Pero esto no es distintivo del orden jurídico, ya que existen otros conjuntos normativos como los juegos, la moral y la religión. A diferencia de los juegos, el derecho, la moral y la religión⁴² están dirigidos hacia la conducta humana, por lo que podemos añadir que son sistemas normativos sociales. Al respecto, Kelsen menciona: "Un orden normativo que regula la conducta humana, en tanto se encuentra relacionado de manera inmediata o mediata con otros seres humanos,

reciente habla con mucho más frecuencia del 'derecho de la UE' para referirse al conjunto de normas jurídicas que abarca tanto a las comunidades como a la UE.

⁴⁰ Según algunos autores como C. Alchourrón y E. Buluyín, para poder hablar lógicamente de un sistema normativo se necesita *al menos* de una norma entre sus enunciados (Cfr. Alchourrón, Carlos y Buluyín, Eugenio, *Norma Jurídica*; en: *El derecho y la justicia*, edición de Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J., Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, tomo II, segunda edición, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2000, pp. 138 y 139). Otros autores, principalmente H. Kelsen, entienden el orden jurídico como un sistema exclusivamente compuesto de normas jurídicas, ya que todo texto legal que no prescribe una conducta por medio de una sanción es un enunciado dependiente de la norma jurídica propiamente dicha, i.e. se integra a la norma jurídica, formando parte de ella (Cfr.: Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Österreichische Staatsdruckerei, segunda edición (1960), reimpresión 1992, Viena, 1992, pp. 51-59.). La diferencia entre una y otra concepción es que en la primera se reconoce que un enunciado que no es normativo, i.e. una definición, puede tener efectos normativos y de hecho lo tiene dentro de un orden jurídico, mientras que en el segundo caso no se acepta la existencia "independiente" de enunciados de este tipo, sino que se entienden "subsumidos" a las normas jurídicas. Ello, empero, significa precisamente que existen enunciados con funciones normativas sin ser ellos mismos normas, pues la pretendida "subsunción" se da en virtud de la *función* que desempeñan los enunciados no-normativos. Por ello es que podemos afirmar que un orden normativo contiene normas y otros enunciados con consecuencias normativas.

⁴¹ Caracciolo, Ricardo, *Sistema Jurídico*; en: *El derecho y la justicia*, *opus cit.*, p. 161. Lo que está entre corchetes es mío.

⁴² Según H. Kelsen, lo que distingue a la moral de la religión es que aquella estatuye sanciones socialmente inmanentes, mientras que ésta sanciones trascendentes ("en el más allá", etcétera). (Cfr. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, *opus cit.*, p. 29.)

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

es un orden social"⁴³. ¿Qué es, pues, lo que distingue al derecho de los demás sistemas normativos sociales? Independientemente de las dificultades que encierra esta cuestión—especialmente respecto a la distinción entre derecho y moral—, la 'coacción' resulta un rasgo distintivo del derecho, tanto en la teoría jurídica—por lo menos desde John Austin (1790-1859)—como en el uso común de la palabra. Si bien existe un arduo debate acerca de si un orden jurídico se integra exclusivamente por mandatos respaldados por el uso de la fuerza (Kelsen, por ejemplo, menciona que las normas jurídicas que no estipulan sanciones son normas jurídicas dependientes o de un contenido jurídicamente irrelevante, *vid supra*: nota 40), se puede establecer que para que un sistema normativo sea calificado de jurídico es necesario que contenga normas que prescriban actos coactivos, aunque no es necesario que todas sus normas lo hagan. Esto se desprende de diversos hechos y circunstancias, tales como: la historia del derecho, que demuestra como este orden siempre ha sido instituido por el ser humano con el fin de regular su conducta externa en sociedad, incluso en contra de su voluntad, con el fin de preservar la seguridad colectiva; el uso ordinario de la palabra 'derecho', a la que se le atribuye, *inter alia*, la regulación del monopolio estatal del uso de la fuerza; así como de que el primer criterio para diferenciar a una norma jurídica de cualquier otra norma social es precisamente su atributo coactivo. Si aceptamos, pues, que "la reconstrucción teórica de un concepto implica cierta regimentación del uso ordinario (...), no hay duda de que una caracterización plausible del concepto de derecho debe reflejar la circunstancia de que sus normas regulan, directa o indirectamente, el ejercicio de actos de coacción"⁴⁴. Visto el orden jurídico como un conjunto que se compone, *en su mayoría*, de normas que regulan el comportamiento humano predominantemente por medio del uso de la fuerza, es, entonces, inconsistente sostener que la coacción sea una condición suficiente para caracterizar a un sistema normativo social de jurídico. La coacción es más bien una condición necesaria, *i.e.* un requisito *sine qua non*. ¿Cuál es entonces el elemento distintivo del orden jurídico? La respuesta a esta cuestión es de mayores alcances a los pretendidos en la presente tesis, no obstante, podemos señalar, para los efectos de la misma, y por las razones que a continuación se exponen, que la 'institucionalidad' es el requisito *per quam* del orden

⁴³ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, *opus cit.* p. 25. La traducción es mía.

⁴⁴ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, novena edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, p. 103.

jurídico. Para explicar esto, resulta conveniente regresar a la definición de 'conjunto', *i.e.* una colección de objetos en una agrupación ordenada. Para los sistemas normativos esto significa que debe haber una cierta relación entre sus normas. De esta manera, Kelsen introduce los conceptos de 'orden normativo estático' y 'dinámico'. La moral y la religión pertenecen a la primera clase, son estáticos en tanto que sus normas se deducen lógicamente de una norma básica cuyo contenido se considera "inmediatamente evidente". El derecho, en cambio, es dinámico, lo cual significa, *grosso modo*, que sus normas son creadas conforme a un procedimiento formal establecido en la norma fundamental del sistema, de ahí que al 'criterio dinámico' también se le denomine 'criterio legal'. En este caso, "sus distintas normas no pueden ser obtenidas mediante una operación intelectual, partiendo de la norma básica. Esta última simplemente establece una determinada autoridad que puede, a su vez, conferir la facultad de creación normativa a otras autoridades. Las normas de un sistema dinámico tienen que ser creadas mediante actos de voluntad por aquellos individuos autorizados al efecto por una norma de grado más alto. Semejante autorización implica una delegación"⁴⁵. Sin inquirir más en la naturaleza de la norma fundamental de Kelsen (*vid infra*: pp. 269 y ss), podemos decir que se trata de una regla de competencia conforme a la cual se establecen los requisitos técnicos que deben satisfacer las normas subsecuentes para ser válidas: una norma N_2 es válida, si y sólo si, existe otra norma N_1 que faculta a X a realizar A_1 y si X efectivamente realiza A_1 ⁴⁶. La naturaleza institucional de los sistemas dinámicos radica, precisamente, en la autorización o facultamiento que se hace a determinados individuos u órganos para que realicen actos normativos (creación, derogación, modificación y aplicación de normas jurídicas). Dicho facultamiento (o autorización)—que en última instancia se remonta a la norma básica del orden jurídico—hace que los actos de creación y aplicación de estos órganos, que como todo acto humano son actos subjetivos, adquieran una dimensión objetiva de validez, es decir, que se les reconozca como actos objetivamente válidos, a diferencia de otros actos normativos (mandatos) que realiza, *e.gr.*, una banda de delincuentes. La

⁴⁵ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Maynez, quinta edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, p. 132.

⁴⁶ Este criterio de validez formal no implica que no pueda existir una norma N_2 contraria a lo establecido por N_1 ; N_2 existe—en función de la cláusula alternativa tácita—hasta que no es anulada por otra norma. Kelsen resuelve así la aparente paradoja del enunciado "existe una norma inválida", ya que en la *teoría pura* no hay normas inválidas sino únicamente invalidables (*vernichtbar*), y sólo si el sistema contempla un mecanismo específico para ello (Cfr. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre, opus cit.*, pp. 271-282).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

realización de dichos actos, por su parte, le otorga el carácter positivo (*positum* = puesto; i.e., el derecho es *puesto* por seres humanos) al derecho, dado que "su positividad consiste en el hecho de que es creado y nulificado por actos de seres humanos, por lo cual es independiente de la moral y de otros sistemas normativos semejantes"⁴⁷. Así, podemos establecer—para efectos del presente trabajo—que *el orden jurídico es un conjunto, cuyos elementos son, en su mayoría, normas, preponderantemente coactivas, agrupadas entre sí conforme a una relación institucional de delegación de facultades, que Kelsen ha denominado el principio dinámico.*

Por último, cabe señalar que el principio dinámico al que está sujeto el orden jurídico implica—analíticamente—que éste sufre modificaciones, i.e. que sus normas y demás enunciados jurídicos (o parte de éstos) son constantemente creados, derogados y modificados. Dichos cambios han llevado a diversos teóricos del derecho a introducir el concepto del orden jurídico como familia (conjunto de conjuntos) de sistemas jurídicos momentáneos, es decir, como una secuencia de sistemas jurídicos.

Si bien se dejaron a un lado una serie de problemas inherentes a los órdenes jurídicos, este breve análisis permite abordar el tema específico del derecho de la UE con los elementos teóricos expresados, mismos que también son útiles al tratar el problema sobre las transformaciones jurídicas que podría sufrir dicho orden en caso de que se creara una Constitución Europea (*vid infra*: pp. 263-281).

⁴⁷ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, *opus cit.*, p. 134.

I. LAS FUENTES DEL DERECHO DE LA UE

La expresión 'fuente del derecho' es figurativa y altamente ambigua, por lo que es preciso distinguir cuidadosamente entre sus diversos significados. En común tienen todos ellos que se refieren al origen de las normas jurídicas. Sólo que por 'origen' se entienden diferentes fenómenos: nadie puede dudar que las normas jurídicas tienen un 'origen' histórico e ideológico y, a su vez, un 'origen' estrictamente jurídico. De ahí resulta la distinción entre 'fuentes en sentido lato', y 'fuentes en sentido técnico'⁴⁸. En sentido amplio se indican los orígenes metajurídicos de las normas jurídicas, *i.e.* los hechos sociales, la moral positiva y las doctrinas e ideologías que influyen en las instancias creadoras del derecho, pero también los documentos o las tradiciones orales donde se "encuentran" las normas jurídicas. Por su parte, las fuentes en sentido técnico, o formales, señalan los actos jurídicos de los cuales el ordenamiento jurídico en cuestión hace depender la producción de sus normas jurídicas. Esta última formulación refleja muy bien el hecho de que el derecho regula su propia creación y que solamente las fuentes en sentido técnico son fuentes del derecho propiamente dichas, pues para que cualquier otra 'fuente' (como la moral o la doctrina), sea reconocida como jurídica, es necesario que los órganos autorizados estén facultados u obligados a crearlas o aplicarlas⁴⁹. De esta manera, las fuentes del derecho constituyen medios para determinar la existencia y validez de las normas jurídicas de un orden determinado; su estudio "sirve, *inter alia*, para asegurar que el derecho que describe el jurista es el derecho histórico de una sociedad que existe o existió"⁵⁰. Sobra decir que la descripción de las fuentes de un derecho positivo implica una descripción de su estructura. Por ello es que todo retrato de un orden jurídico tiene que ser emprendido a través del estudio de sus fuentes y, en este sentido, se aborda a continuación una exposición esquemática de las fuentes del derecho de la UE.

Antes de hacerlo, cabe aclarar que la naturaleza específica del derecho comunitario y, por consiguiente, la naturaleza jurídico-política de la UE son temas por sí mismos, que son abordados posteriormente (*vid infra*: Capítulo Segundo, II y III).

⁴⁸ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho, Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica*, segunda edición, Editorial Themis, México, 1998, p. 131.

⁴⁹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, *opus cit.*, p. 155.

⁵⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, *opus cit.*, p. 133.

TESIS CCV
FALLA DE ORIGEN

Para efectos del estudio de sus fuentes, se parte del presupuesto de que estamos ante la presencia de un orden jurídico propio, diferente del derecho internacional y de los derechos nacionales de los Estados miembros de la Unión, tal y como fue expresado en 1964 por el TJCE en su célebre sentencia sobre el caso *Costa vs. E.N.E.L.*⁵¹.

La clasificación de las fuentes del derecho comunitario es más complicada que la de otros órdenes jurídicos, dado que no se cuenta con un precepto que las enumere; su enunciación se encuentra dispersa en los tratados constitutivos. La sistematización que hoy existe de las fuentes del derecho comunitario se debe a la jurisprudencia del TJCE y a la dogmática jurídica. Conforme a esta última, se suelen agrupar en dos grandes rubros: el derecho comunitario *strictu* y *latu sensu*⁵². El primero se refiere al derecho comunitario originario y al derivado; el segundo al derecho que surge de las relaciones internacionales de las comunidades europeas y al derecho complementario.

⁵¹ Cfr. TJCE, *Judgment of the Court of 15 July 1964, Flaminio Costa vs. E.N.E.L.*; en: <http://euria.eu.int>. La jurisprudencia del TJCE citada en esta tesis se encuentra en la página web del TJCE; en caso de presentar divergencia con la *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, prevalece esta última.

⁵² Cfr. Isaac, Guy, *Droit communautaire général*, 7ª edición, Dalloz, Paris, 1999, p. 119.

A. EL DERECHO COMUNITARIO ORIGINARIO: LA CONSTITUCIÓN MATERIAL DE LA UE

El derecho comunitario originario, o primario, consiste en el conjunto de los tratados constitutivos de las comunidades europeas, en el TUE, en los convenios y actos que los han modificado, en la costumbre (principalmente las prácticas de las instituciones comunitarias), en la jurisprudencia del TJCE y los principios generales del derecho introducidos por ésta. El primer lugar en la jerarquía normativa comunitaria lo ocupan, sin duda, los tratados constitutivos: sus disposiciones "se sitúan en la cima de la jerarquía del orden jurídico comunitario. Ellas prevalecen ante el conjunto de las demás fuentes del derecho comunitario sin excepción"⁵³. Ello aplica tanto respecto al derecho comunitario derivado, como al derecho comunitario *latu sensu*, incluyendo el derecho que emana de las relaciones internacionales de las comunidades y de los Estados miembros. Sin embargo, los tratados comunitarios constitutivos no afectan los derechos y las obligaciones contraídos por los Estados miembros en tratados internacionales con terceros Estados u organismos internacionales, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de los tratados constitutivos. No sucede lo mismo con los tratados internacionales celebrados entre Estados miembros antes de la entrada en vigor de los tratados constitutivos: aquellos sólo subsistirán en la medida en que sean compatibles con éstos. Ahora bien, si se parte del presupuesto de que estamos ante la presencia de un orden jurídico propio y dado que todo orden jurídico tiene forzosamente una *constitución en sentido material*, sea ésta escrita, total o parcialmente, o consuetudinaria⁵⁴, "puesto que si un orden jurídico existe, posee, necesariamente un conjunto de normas establecidas por el primer acto creador del orden jurídico; normas que determinan las formas y procedimientos de la creación sucesiva del derecho"⁵⁵, entonces se sigue que el orden jurídico comunitario posee una constitución en sentido material. Ésta se encuentra, como se ve a continuación, en sus tratados constitutivos, el TUE y sus actos modificativos, así como en la costumbre, en

⁵³ *Idem*, p. 125.

⁵⁴ Kelsen menciona al respecto: "Por [constitución en sentido material] se entiende la o las normas positivas por las cuales se regula la creación de las normas generales (...) La constitución en sentido material también se puede conformar en parte por normas escritas y en parte por normas no escritas" (Kelsen, *Reine Rechtslehre, opus cit.*, p. 228. La traducción y los corchetes son míos).

⁵⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución, opus cit.*, p. 260.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la jurisprudencia del TJCE y en los principios generales del derecho reconocidos por ésta⁵⁶.

1) Los tratados constitutivos y sus actos modificativos

Los tratados constitutivos eran tres hasta el 23 de junio de 2002, fecha en la que se cumplió el plazo de cincuenta años de vigencia del TCECA y éste expiró formalmente. Hoy contamos con dos tratados constitutivos: el TCEE, que fue firmado en Roma en marzo de 1957, cobró fuerza legal en enero de 1958, y fue modificado sustancialmente por el TUE, denominándose a partir de noviembre de 1993 *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea* (TCE)⁵⁷; y el TCEEA, que se firmó igualmente en Roma en marzo de 1957 y entró en vigor en enero del año siguiente. A pesar de la fusión de los órganos de las tres comunidades europeas originales, y de la tendencia del TJCE a interpretar las disposiciones del TCEEA a la luz del TCE, los tratados son independientes los unos de los otros, tal y como lo dispone el artículo 305 del TCE: "Las disposiciones del presente Tratado no afectarán a las estipulaciones del TCEEA"⁵⁸. Al texto de los tratados constitutivos hay que agregar una serie de anexos y protocolos que forman parte de ellos, complementándolos en diversos aspectos.

Los convenios y actos modificativos son varios, siendo los más importantes: la *Convención sobre ciertas Instituciones Comunes a las Comunidades Europeas* de 1957; el *Tratado por el que se constituye un Consejo Único y una Comisión Única de las Comunidades Europeas* de 1965 (ambos abrogados por el TA, Segunda Parte, art. 9, 1.); los *Tratados Presupuestarios* de Luxemburgo de 1970 y de Bruselas de 1975; la *Decisión del Consejo relativa al sistema de recursos propios* de 1994; y la *Decisión del Consejo relativa a la elección de los representantes en el Parlamento Europeo por sufragio universal directo* de 1976. Estos convenios y actos reciben tal denominación en virtud de la forma en que son creados, pero en realidad se trata de reformas, i.e. de

⁵⁶ La costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho comunitario se analizan en el apartado D de la presente sección, ya que consideramos conveniente exponer previamente las normas que derivan directamente de los tratados constitutivos y del TUE, i.e. la legislación. Cabe aclarar que dicha consideración no obedece a la jerarquía normativa del orden jurídico comunitario.

⁵⁷ TUE, Título II, artículo 8, A. (antiguo Artículo G): "El término 'Comunidad Económica Europea' será reemplazado por el término 'Comunidad Europea'" (TUE: en: <http://europa.eu.int/eur-lex>).

⁵⁸ TCE: en: <http://europa.eu.int/eur-lex>.

normas que modifican o derogan a las normas (o parte de ellas) de los tratados constitutivos.

Los tratados compuestos contienen, por un lado, cláusulas modificativas de los tratados constitutivos (reformas del derecho originario), y, por el otro, contemplan nuevas cláusulas materiales que introducen aspectos de gran relevancia política y económica (derecho complementario), ya sea en su propio cuerpo normativo o mediante anexos y protocolos; éstos son: el AUE, que fue firmado en Luxemburgo y La Haya en febrero de 1986, y entró en vigor en julio de 1987; el TUE⁵⁹, que fue celebrado en Maastricht en febrero de 1992 y cobró fuerza legal en noviembre de 1993; el TA, firmado en octubre de 1997 y en vigor desde mayo de 1999; y, por último, el TN, firmado en febrero de 2001, y que entró en vigor el 1º de febrero de 2003⁶⁰.

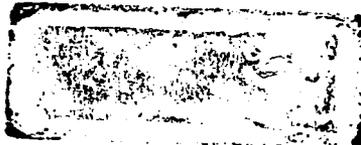
A todos estos convenios y decisiones hay que añadir, en un tercer rubro, las actas de adhesión y adaptación de los tratados constitutivos. Estos tratados, contemplados en el art. 49 del TUE, se celebran entre los Estados miembros y los países candidatos a ingresar a la UE, y modifican los tratados constitutivos (reforma del derecho originario), adaptando la futura participación de los nuevos países en las instituciones comunitarias, *e.gr.* mediante la ponderación de los votos en el Consejo conforme a criterios demográficos. Son, entonces, actos modificativos especiales.

Debido a su importancia jurídica y política, a continuación se hace una breve descripción de la estructura y de algunas de las características más relevantes de los tratados constitutivos y de los compuestos.

Los dos tratados constitutivos demuestran una estructura casi idéntica: se componen de cuatro partes fundamentales: a) el preámbulo y las disposiciones preliminares; b) las cláusulas institucionales; c) las cláusulas materiales; y, d) las cláusulas finales. Veamos cada una de ellas:

⁵⁹ A mi juicio, el TUE no es derecho complementario sino primario, y no sólo por lo que se refiere a sus disposiciones modificativas (*vid infra*: pp. 65-66).

⁶⁰ El 7 de junio de 2001, el pueblo irlandés rechazó vía referéndum el TN con el 53.87% de los votos. En el segundo referéndum, celebrado el 19 de octubre de 2002, el 62.89% de los participantes se



a) El preámbulo y las disposiciones preliminares establecen las metas políticas, económicas y sociales que persigue cada una de las comunidades que constituyen. Así, el preámbulo del TCEEA establece: "El Presidente de la República Federal de Alemania, su Alteza Real el Príncipe Real de Bélgica, el Presidente de la República Francesa, el Presidente de la República Italiana, su Alteza Real la Gran Duquesa de Luxemburgo, su Majestad la Reina de los Países Bajo, (...) Conscientes de que la energía nuclear constituye un recurso esencial para el desarrollo y la renovación de la producción y el progreso de las acciones a favor de la paz. (...) Preocupados por establecer condiciones de seguridad que eviten todo riesgo para la vida y salud de las poblaciones, (...) Han decidido crear una Comunidad Europea de la Energía Atómica (...)"⁶¹. En las disposiciones preliminares se retoman estos fines, pero de manera más explícita: el art. 1 del TCEEA dispone que EURATOM "tendrá por misión contribuir, mediante el establecimiento de las condiciones necesarias para la creación y crecimiento rápidos de industrias nucleares, a la elevación del nivel de vida en los Estados miembros"⁶². Por su parte, el preámbulo y las disposiciones preliminares del TCE y del TUE van más allá, denotando características muy similares a las que desempeñan sus correlativos en las constituciones políticas de los Estados nacionales. El TCE establece, *e.g.r.*, que los jefes de Estado están "resueltos a sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos"⁶³, en tanto que el TUE dispone que éstos establecerán "las bases firmes para la construcción de la futura Europa [acrecentando] la solidaridad entre sus pueblos (...)"⁶⁴. Se trata, conforme a la teoría constitucional de Carl Schmitt, del núcleo de las decisiones políticas fundamentales de la UE, en las cuales descansa en última instancia la normatividad comunitaria⁶⁵. Pero independientemente de su rol político, estos preceptos también desempeñan una función legal de gran relevancia para el derecho de la UE, la cual se refleja en la interpretación teleológica del derecho

pronunciaron a favor, aprobando dicho tratado en definitiva y juntando así las quince ratificaciones necesarias para su entrada en vigor.

⁶¹ TCEEA: en: Truyol y Serra, Antonio, *La Integración Europea...*, *opus cit.*, pp. 212 y 213.

⁶² *Ibidem.*

⁶³ TCE, *opus cit.*

⁶⁴ TUE, *opus cit.* Lo que está entre corchetes es mio.

comunitario que lleva a cabo el TJCE. Así, en el "caso Van Gend & Loos" de 1963, el TJCE confirmó, basado en el preámbulo del TCEE, el principio del efecto directo del derecho comunitario (vid infra: pp. 48-49).

- b) Las cláusulas institucionales establecen, como su nombre lo indica, el sistema institucional de la Europa comunitaria (vid infra: Capítulo Segundo, I, E, 1), instituyendo los diferentes órganos y sus competencias. En principio, cada tratado establecía instituciones para cada comunidad en particular, lo cual se ha ido unificando paulatinamente, hasta llegar, hoy en día, a las instituciones únicas de la UE. En dicha unificación, la *Convención sobre ciertas Instituciones Comunes a las Comunidades Europeas* de 1957, el *Tratado por el que se constituye un Consejo Único y una Comisión Única de las Comunidades Europeas* de 1965 y, por supuesto, el TUE y el TA han desempeñado un papel fundamental. Actualmente, el régimen institucional de la UE se encuentra contenido principalmente en el TCE, Quinta Parte (del artículo 189 al 280), y se compone, básicamente, de los siguientes órganos: i) el Consejo de la UE, órgano que concentra gran parte de las facultades legislativas y que se compone de los representantes de cada Estado miembro a rango ministerial; sus reuniones son periódicas y en función de los temas, existiendo un Consejo de Ministros por cada rama política, y siendo el más importante el Consejo de Asuntos Generales y de Ministros de Asuntos Exteriores⁶⁵; cuenta, además, con una Presidencia que es ejercida por turnos por cada Estado miembro conforme a un calendario preestablecido y tiene una secretaría general, cuyo titular coincide con el cargo de Alto Representante de la Política Exterior y de Seguridad Común; ii) la Comisión es el órgano ejecutivo comunitario; vela, al lado del TJCE y del TPI, por el cumplimiento del derecho comunitario a través de diversas medidas como recomendaciones, dictámenes, decisiones, recursos judiciales e incluso algunas medidas coactivas; tiene amplias facultades en

⁶⁵ Cfr.: Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Francisco Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, pp. 27 y 28.

⁶⁶ Los múltiples Consejos de Ministros presentan un problema legal, ya que los tratados constitutivos y el TUE sólo hablan del Consejo de la UE (en singular), tradicionalmente compuesto por los Ministros de Relaciones Exteriores, y del Consejo Europeo, pero nunca mencionan la variedad de Consejos de Ministros que realmente existen y toman decisiones. Sin embargo, es posible considerar este hecho como

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

materia de iniciativa de ley, y, en algunos casos, poderes legislativos (según se desprende del art. 211, tercer guión del TCE y de diversas normas materiales); iv) el PE es la institución de representación popular de los ciudadanos europeos; sus eurodiputados son elegidos por sufragio universal directo cada cinco años; sus atribuciones son principalmente de carácter presupuestario, pero también comparte facultades legislativas con el Consejo de la UE; v) el TJCE y el TPI velan por el cumplimiento del derecho comunitario y cuentan con jurisdicción compulsiva; el TJCE es la máxima autoridad interpretativa al respecto y crea derecho a través de su jurisprudencia; vi) el Tribunal de Cuentas comprueba la regularidad y legalidad de los ingresos y egresos de la UE; vii) el BCE establece y aplica la política monetaria europea; viii) el CES desempeña un papel consultivo ante el PE, la Comisión y el Consejo; ix) el CR vela por el respeto y la integridad de las diversas regiones de los 15 países; y, x) el Banco Europeo de Inversiones financia proyectos de inversión. A estas instituciones hay que agregarle una que, si bien tiene una trascendencia jurídica menor, políticamente es fundamental: el Consejo Europeo. Se trata de reuniones periódicas (mínimo dos veces al año) y extraordinarias de los jefes de Estado y/o gobierno de los países miembros y del Presidente de la Comisión; su función primordial consiste en impulsar las políticas comunitarias, lo que realiza principalmente por medio de las conclusiones de los Consejos que se emiten una vez finalizadas las cumbres diplomáticas, mismas que ponen fin al turno de la Presidencia rotatoria que en el momento se desempeña. El Consejo Europeo se reúne desde 1974, pero fue jurídicamente creado por el TUE en 1992 (art. 4). Existen otras instituciones comunitarias, como los Fondos Estructurales (art. 159 del TCE), pero las mencionadas son, sin duda, las más relevantes dentro de la dinámica política y financiera de la UE. Para el derecho comunitario, las más trascendentes son el Consejo, el TJCE, el TPI, la Comisión y el PE, principales encargados de la creación y aplicación de la normatividad, por lo cual las denominamos 'órganos primarios de la UE', en función de sus competencias normativas. Se desprende, pues, que las cláusulas institucionales son normas que facultan a los órganos primarios de la UE a crear normas generales e

práctica institucional, i.e. como costumbre comunitaria, misma que constituye fuente de derecho primario.

individuales y a aplicarlas, constituyendo el punto de partida en la creación escalonada del derecho comunitario. Por ello, son consideradas como parte de la *constitución material* de la UE, tanto por la dogmática jurídica como por la jurisprudencia del TJCE.

c) Las cláusulas materiales son las más numerosas en los tratados y definen el régimen económico y social de las comunidades. Su contenido cambia dependiendo del tratado, refiriéndose en el caso del TCEEA exclusivamente a la energía atómica, por lo que su regulación casuística ha provocado que se le clasifique como "tratado-ley", al igual que el TCECA en su momento. Qué tanto ha disminuido su importancia jurídica, política y económica, lo demuestra la reciente expiración del TCECA, sobre el cual se dijo que "había cumplido su misión de lograr la convivencia entre países enfrentados"⁶⁷. Sin embargo, el TCEEA es un tratado vigente, lo cual no debe olvidarse. Por su parte, el TCE es considerado un "tratado marco"⁶⁸, ya que sus disposiciones se limitan a establecer lineamientos generales que deben acatar las instituciones comunitarias al legislar en las diversas materias que él regula. Estas materias, contenidas en la Tercera Parte del TCE, son las políticas comunes que le han otorgado a la UE ese grado de integración política único en el mundo. Algunas de éstas son: la política agrícola común, la libre circulación de personas, la política de transportes, la económica y monetaria, el empleo, la cultura, la educación, la cohesión social y económica, etcétera. Es importante destacar que las cláusulas materiales contienen, muy a menudo, normas que facultan a determinadas instancias comunitarias a legislar o emitir actos en torno a materias específicas, por lo que también forman parte de la *constitución material* de la UE.

d) Las cláusulas finales son aquellas comunes a todos los tratados internacionales y están basadas en la CDT. No obstante, con el art. 48 del TUE se introdujo un

⁶⁷ Pozzi, Sandro, *Misión cumplida*; en: *EL País*, 23 de julio de 2002.

⁶⁸ Un "tratado-marco" o una "ley-marco", como sus nombres lo indican, se refieren a cuerpos normativos que sirven los lineamientos legislativos y/o reglamentarios generales a seguir en determinada materia; crean el marco dentro del cual se puede legislar y/o reglamentar sobre la materia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

mecanismo de reforma único para los dos tratados comunitarios⁶⁹. Según dicho precepto, la iniciativa para proceder a revisión corresponde a cualquier Estado miembro y a la Comisión. La propuesta es sometida a consideración del Consejo, quien, previa consulta al PE, decide si procede o no la revisión. En caso de emitir dictamen favorable, convoca a una CIG, en la cual se reúnen representantes gubernamentales de los países miembros para negociar un tratado modificativo. Dicho convenio modificativo tiene que someterse a las reglas de aprobación de cada Estado parte. Este precepto corresponde a aquella parte de la *constitución en sentido formal* que establece mecanismos de reforma constitucional específicos y complicados⁷⁰. Existen, no obstante, algunas disposiciones, de menor relevancia jurídica, política y económica, que pueden ser reformadas conforme a la denominada 'pequeña revisión', i.e. por las instancias comunitarias, sin intervención de los Estados miembros. Cada tratado constitutivo establece su propio mecanismo para ello, por lo general se da por decisión mayoritaria o unánime del Consejo, previa consulta al PE (procedimiento de consulta simple: *vid infra*: p. 45).

Pasemos ahora a los tratados compuestos. El AUE estableció las bases jurídicas para la puesta en marcha del mercado interior y de la UEM. La importancia del TUE radica, en primera instancia, en su significado político. Sus títulos V y VI corresponden al segundo y tercer pilar de la UE, respectivamente, lo cual—erróneamente, a mi juicio—no es considerado derecho originario, sino complementario. Por otro lado, sus títulos II, III, y IV tienen disposiciones que modifican los tratados constitutivos. El título VII se refiere a disposiciones finales, como la relativa a la reforma de los tratados. El TA, por su parte, presenta una estructura peculiar; se divide en tres partes: i) "modificaciones sustantivas" a los tratados constitutivos y al TUE; ii) "simplificación", que deroga una serie de disposiciones de los tratados constitutivos ya inoperantes conforme al nuevo sistema introducido por el TUE (especialmente del

⁶⁹ El texto del art. 48 dice: "la revisión de los Tratados sobre los que se funda la Unión" (TUE, *opus cit.*).

⁷⁰ "La Constitución en sentido formal (...) no contiene sólo normas (...) que regulan el proceso legislativo, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente relevantes y, más allá, disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino únicamente bajo condiciones dificultadas en un procedimiento especial" (Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre, opus cit.*, pp. 228 y 229. La traducción es mía).

TCECA y del TCEEA), modifica otros preceptos a fin de adecuarlos a las circunstancias actuales, y abroga los convenios relativos al establecimiento de instituciones comunes de 1955 y 1967, dado que los órganos comunitarios ya están uniformados y regulados en el TCE: y. iii) "disposiciones finales" y el anexo relativo a la nueva enumeración de los artículos de los tratados constitutivos y del TUE. El TA es un instrumento meramente modificativo, pero, debido a su labor sistematizadora, resulta de gran importancia para el derecho originario de la UE: los dos tratados constitutivos y el TUE deben ser consultados hoy en día tal y como fueron modificados por el TA. Finalmente, tenemos al TN. Dicho tratado también es modificativo, pero tiene una importancia especial porque institucionaliza el debate sobre el futuro de la UE y porque establece las bases jurídicas para la ampliación comunitaria. Su estructura y sus contenidos más relevantes son analizados al tratar esos temas (*vid infra*: Capítulo Tercero, I, A y B).

Como bien se desprende, la normatividad básica de la UE es amplísima y hasta cierto grado confusa. Si bien a lo largo del tiempo se ha tratado de simplificar, como lo hicieron en su momento los Convenios relativos a la unificación de ciertas instituciones comunes y recientemente el TA, especialmente en su Segunda Parte, la confusión persiste. Por ello, gobernantes, gobernados, juristas, jueces y abogados litigantes europeos se han manifestado a favor de la elaboración de una constitución única para la UE, instrumento que serviría, *inter alia*, para simplificar el *dispersus* de la base del orden jurídico comunitario.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

B. EL DERECHO COMUNITARIO DERIVADO

Independientemente del análisis sobre la naturaleza del orden jurídico comunitario que se realiza en la siguiente sección, se puede constatar que el presupuesto del que se partió para el estudio de sus fuentes, *i.e.* que se trata de un orden jurídico propio, se ve cada vez más reforzado. Ya en el apartado anterior observamos como los tratados constitutivos instauran toda una normatividad inicial en el proceso de creación normativa (cláusulas institucionales y materiales), por lo que bien se pueden caracterizar—y de hecho se caracterizan tanto por la dogmática como por la jurisprudencia del TJCE—como la constitución material de la UE. Asimismo, se puede afirmar que el derecho comunitario, al introducir estas normas, regula su propia creación, lo cual es una característica más de los órdenes jurídicos independientes. Las normas que son creadas, modificadas o derogadas conforme a los actos de los órganos competentes de la UE son normas generales e individualizadas. Resulta interesante observar lo que dice Kelsen al respecto: “El orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales enlazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el derecho regula su propia creación”⁷¹. Pasemos, pues, al estudio de estas normas.

En primer lugar, tenemos el denominado ‘derecho derivado’, que, como ya se vio, forma parte del derecho comunitario *strictu sensu* al lado de la normatividad originaria, y cuyo nombre se explica precisamente en función de ésta, pues son normas derivadas de los tratados constitutivos. Con ‘derivar’ se alude al procedimiento formal de creación normativa que confieren los tratados constitutivos a los órganos primarios de la UE, y no a una deducción lógica. Se trata, pues, de una serie de actos jurídicos de los órganos para ello facultados, por lo que éstos representan una especie de poder legislativo comparable—si no es que idéntico—a los poderes legislativos clásicos⁷². Aún cuando los redactores originales de los tratados constitutivos omitieron introducir las palabras ‘poder legislativo’, ‘función legislativa’ o cualquier otro sinónimo, tras las reformas introducidas por el TA, diversas disposiciones del TCE utilizan estos términos, como el art. 207 que se refiere al Consejo como órgano que actúa “en su

⁷¹ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, *opus cit.*, p. 156.

⁷² Cf. Isaac, Guy, *Droit communautaire général*, *opus cit.*, p. 12”.

calidad legislativa"⁷³. Las normas que conforman el derecho derivado son normas generales enumeradas en el art. 249 del TCE, que establece: "Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado"⁷⁴. La competencia legislativa de los órganos de la UE va necesariamente ligada a un sistema de distribución de competencias entre éstos y los legislativos nacionales, pues de alguna manera tiene que quedar claro a quién le compete regular qué materia. Por ello, antes de examinar las características de cada una de estas normas generales, es preciso hacer una breve referencia a los procesos de creación de las normas de la UE, que bien podemos denominar 'procesos legislativos', así como al sistema de competencias entre la UE y los Estados miembros.

Como se desprende del art. 249 del TCE, en los procesos legislativos de la UE intervienen principalmente el Consejo, la Comisión y el PE, por lo que esta interacción se denomina 'triángulo institucional'. Ello no quiere decir que no puedan intervenir otras instancias como el BCE en la política económica y monetaria, o el CR y CES en la política de cohesión económica y social, sólo que, por lo general, se limitan a formular recomendaciones a alguno de estos tres órganos primarios. Existen diversos mecanismos para la toma de decisiones de la UE⁷⁵, pero los procesos legislativos más importantes son: a) el procedimiento sin consulta; b) el procedimiento de consulta simple del PE; c) el procedimiento de dictamen conforme del PE; d) el procedimiento de cooperación; y, e) el procedimiento de codecisión. Cuál de ellos se tiene que seguir depende del tema a legislar, o sea que en las diversas disposiciones de los tratados constitutivos y del TUE se especifica qué procedimiento le corresponde a cada materia en particular. Así, el art. 161 del TCE establece que para legislar sobre los Fondos Estructurales y el Fondo de Cohesión Social se debe seguir el procedimiento de dictamen conforme del PE. Esta condición, que implica una distribución material de competencias para los órganos de la UE ha llevado a la dogmática y jurisprudencia (técnica) alemanas a sostener que dichos órganos no tienen *Kompetenz-Kompetenz*

⁷³ TCE, *opus cit.*

⁷⁴ *Ibidem*. Lo subrayado es mío.

⁷⁵ Recomendaciones y dictámenes, así como los llamados 'actos de aplicación' son creados conforme a procedimientos simplificados.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

(‘competencia de competencias’) sino que disponen de una ‘competencia particular limitada’⁷⁶. Así se ha interpretado el art. 5, primer párrafo, del TCE, que dice: “La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna”⁷⁷. Sin embargo, el propio TCE establece reglas generales de competencia, como las contenidas en sus arts. 95 y 308. La más contundente es la del art. 308, según la cual, en caso de que una acción resulte necesaria “para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”⁷⁸. Para algunos autores esto es prueba de que las autoridades de la UE, específicamente el Consejo, disponen de una competencia que va mucho más allá de la competencia particular limitada defendida por la dogmática y la jurisprudencia alemanas. El profesor de la Universidad Humboldt de Berlín, Ingolf Pernice—quien no suscribe esta tesis, pues para él ni la UE, ni los Estados miembros cuentan con tal competencia— nos explica en qué consiste el criterio de la Corte Constitucional alemana, para la cual la *Kompetenz-Kompetenz* significa en este contexto “la facultad de decidir independiente-

⁷⁶ El término ‘*Kompetenz-Kompetenz*’ presenta serios problemas, ya que se trata de un significante polisémico. Tradicionalmente se aceptan los siguientes significados: a) la competencia para reformar la constitución según lo permita la propia constitución; b) la facultad soberana de decidir sobre la extensión de las competencias estatales, con el único límite que representan las decisiones fundamentales de la constitución, fenómeno al que también se denomina ‘*Kompetenzhoheit*’ (‘supremacía de competencias’), y que implica la posibilidad del órgano competente de delegar competencias; c) la competencia de decidir definitivamente sobre un conflicto de competencias, como la tiene, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de controversias constitucionales (Cfr: Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, *opus cit.*, pp. 445 y 446; Zippelius, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, traducción de Fix-Fierro, Héctor, tercera edición, Porrúa-UNAM, México, 1998, p. 58); d) la facultad amplia de un órgano para crear normas sin estar limitado a materias específicas, *e.g.*: la competencia de legislar para hacer cumplir las disposiciones de un tratado-marco o incluso de una constitución, como en el caso del art. 73, fracción XXX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esto último se da en oposición a los conceptos de ‘competencia particular’ (*Einzelermächtigung*) y ‘competencia particular limitada’ (*beschränkte Einzelermächtigung*) — ‘*Ermächtigung*’ significa estrictamente ‘facultamiento’, ‘empoderamiento’, pero la expresión aquí utilizada representa fielmente el significado del concepto en alemán—. El primero designa la competencia de emitir normas sobre una materia particular, como el comercio exterior. En el segundo, el órgano sólo puede legislar cuando una norma material le confiere competencia para un supuesto específico, *e.g.*: para reducir aranceles sobre la importación de productos agrícolas (Creifelds, Carl, *Rechtswörterbuch*, quinceava edición, C.H. Beck, Munich, 1999, p. 749; Ahlert, Michael, *Europarecht. Examenskurs für Rechtsreferendare*, segunda edición, C.H. Beck, Munich, 1996, p. 40).

⁷⁷ TCE, *opus cit.*

⁷⁸ TCE, *opus cit.*

libremente sobre la atribución de competencias a una autoridad pública"⁷⁹. En dicho sentido (descrito en la letra *b*) de la nota 76), efectivamente resulta dudoso que el Consejo cuente con la *Kompetenz-Kompetenz*, pues la atribución de adoptar "decisiones pertinentes" más bien se entiende como la facultad del Consejo de crear normas y no de delegar dicha atribución a otro órgano. No obstante, conforme al significado que se ha expuesto en la letra *d*) de la nota referida, el Consejo claramente cuenta con tal atribución, ya que no hay barrera material para crear normas, y sólo se encuentra limitado por los objetivos del TCE, lo cual es lógico en un sistema cuyas normas se deducen de disposiciones fundamentales como las contenidas en el TCE. Este debate, sin embargo, no ha sido resuelto, dando una clara muestra de lo complicado y confuso que resulta la distribución de competencias entre la UE y los Estados miembros. Ello constituye un argumento más a favor de la adopción de la Constitución Europea, que serviría para delimitar claramente estas cuestiones fundamentales para cualquier ordenamiento jurídico; más adelante regresamos sobre el asunto.

Pernice ha indicado las siguientes reglas de competencia legislativa para la UE⁸⁰: a) el principio de *competencias conferidas y limitadas*, expresado en el ya citado art. 5 del TCE, así como en los arts. 1, párrafo segundo, y 5 del TUE; b) las *competencias definidas por áreas*, entre las que destacan las materias aduanera (art. 26, 27 y 135 del TCE), migratoria y de asilo (arts. 61 a 69 del TCE), de política común de transportes (arts. 70 a 80 del TCE), de competencia económica (arts. 81 a 89 del TCE), económica y monetaria (arts. 98 a 111 del TCE), entre otras⁸¹; c) las *competencias definidas por objetivos*⁸², que se refieren a las medidas necesarias para realizar las

⁷⁹ Cfr. Pernice, Ingolf, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, WHI-Paper 5/02, Berlin 2002; en: www.whi-berlin.de/pernice-constitutionalism.htm. Próxima publicación en *European Law Review* 2002. La jurisprudencia aludida es la establecida en la *sentencia Maastricht* de 1993.

⁸⁰ El hecho de que se hable sólo de competencias legislativas tiene que ver con que la ejecución compete, salvo algunas excepciones que en su momento analizamos (*vid infra*: pp. 79-80), a las autoridades administrativas nacionales, lo cual es interpretado como una división vertical de competencias que permite que las decisiones que afectan a los ciudadanos se instrumentan lo más cercano posible a ellos (para lo anterior, así como para las categorías de competencias legislativas, véase: Pernice, Ingolf, *Rethinking the Method of Dividing and Controlling the Competencies of the Union*, WHI-Paper 6/01, Berlin, 2001, pp. 4-6; en: www.whi-berlin.de/pernice-competencies.htm).

⁸¹ Se trata de las políticas comunes contempladas en la Tercera Parte del TCE, y constituyen la gran mayoría de las competencias legislativas de la UE, i.e. la mayoría de las normas derivadas se dan en virtud de estas normas materiales de competencia.

⁸² Sobre estas normas, Pernice señala: "Estas provisiones no están relacionadas con políticas específicas, y las medidas adoptadas para lograr los objetivos por ellas definidos pueden alcanzar otras políticas, incluyendo aquellas para las cuales la Unión no tiene facultades (expresas) para legislar o emitir

metas comunitarias, como los artículos 40, 42 y 47 del TCE dirigidas a la instrumentación de la libre circulación de trabajadores, y los arts. 94 y 95 del mismo ordenamiento relativas al mercado interior; dentro de este tipo de competencia se encuentra también el ya comentado art. 308; d) las *competencias negativas* que le prohíben a la UE legislar en determinadas materias como la educación, la cultura y la salud pública; y, e) las *competencias abolidas* que prohíben tanto a la UE como a los Estados miembros legislar en determinado sentido, como los aranceles aduaneros y las barreras al comercio. Pernice continúa mencionando que dichas reglas de competencia se pueden combinar, como sucede en el caso de las facultades legislativas de la UE en materia de cohesión económica y social. Por supuesto que a este sistema—aunque su sistematización es cuestionable—hay que agregarle el *principio de subsidiaridad*. Dicho principio, que surge del catolicismo y se refería originalmente a que el Estado no debía intervenir en aquellos asuntos familiares que podían resolverse por los propios miembros de la familia, es clasificado hoy en día como una regla jurídica central e idea política rectora del federalismo, según la cual la unidad política más grande sólo debe intervenir en los asuntos sociales de las unidades más pequeñas cuando éstas no sean capaces de realizar sus funciones⁸³. Y así lo retoma el art. 5 del TCE, que estipula que los órganos comunitarios pueden intervenir en los ámbitos que no son de su competencia exclusiva, en la medida en que los Estados miembros no puedan satisfacer los objetivos de la acción pretendida⁸⁴.

Ahora bien, la norma que otorga la competencia—y que en la mayoría de los casos es una norma material—constituye el fundamento jurídico de cada norma general derivada, por lo que las autoridades competentes deben indicarla, so pena de que la norma general esté viciada (principio de legalidad). En caso de que la norma facultativa no indique qué clase de norma general se deba adoptar (reglamento, decisión, directiva, recomendación o dictamen), queda a criterio de la autoridad

cualquier otro acto jurídico” (Pernice, Ingolf, *Rethinking the Method of Dividing and Controlling the Competencies of the Union*, *opus cit.*, p. 5). Se trata, pues, del significado *D* de la *Kompetenz-Kompetenz* (vid supra; nota 76).

⁸³ Cfr. Creifelds, Carl, *Rechtswörterbuch*, *opus cit.*, p. 1261.

⁸⁴ TCE, *opus cit.*

competente la determinación del mismo. Veamos ahora los diferentes procedimientos legislativos⁶⁵.

- a) **Procedimiento sin consulta:** La Comisión transmite su propuesta al Consejo, quien adopta el acto de que se trate por mayoría cualificada o por unanimidad según lo establezca el precepto normativo respectivo⁶⁶. Un ejemplo de este método es lo estipulado en el art. 26 del TCE: "El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, fijará los derechos del arancel aduanero común"⁶⁷.

- b) **Procedimiento de consulta simple con el PE:** La Comisión presenta su iniciativa al Consejo y al PE, éste elabora un dictamen en el cual puede proponer modificaciones a la propuesta. La Comisión tiene la *facultad* de enmendar en consecuencia su propuesta. La iniciativa de la Comisión—modificada o no—es reenviada al Consejo para que la apruebe en definitiva. En cada materia se menciona si la aprobación a cargo del Consejo debe ser por mayoría cualificada o por unanimidad. En el marco de la política agrícola común, por ejemplo, las propuestas de la Comisión sobre reglamentos, directivas o decisiones son adoptadas por el Consejo, previa consulta con el PE, por mayoría cualificada (TCE, art. 37, 2, tercer párrafo). En cambio, para adoptar cualquier disposición encaminada a complementar los derechos de la ciudadanía de la UE, el Consejo tiene que aprobar por unanimidad las propuestas de la Comisión, una vez que éstas son consultadas con el PE (TCE, art. 22, segundo párrafo).

- c) **Procedimiento de dictamen conforme:** Este procedimiento fue introducido por el AUE y es muy similar a la consulta simple, sólo que en éste sí es necesario que el PE apruebe por mayoría absoluta la iniciativa de la Comisión para que el Consejo pueda adoptarla en definitiva. A diferencia de la consulta simple, el dictamen conforme implica una verdadera facultad de veto por parte

⁶⁵ Para una mejor comprensión, *vid infra*: pp. 69-70.

⁶⁶ En algunos casos, la iniciativa puede ser formulada por cualquier Estado miembro.

⁶⁷ TCE, *opus cit.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

del PE, facultad que, por cierto, se limita a la aprobación o rechazo, ya que, en el dictamen conforme, el PE no puede enmendar la propuesta de la Comisión. Este procedimiento se aplica a las siguientes materias: funciones específicas del BCE (TCE, art. 105, 6); fondos estructurales y de cohesión (TCE, art. 161); adhesión de nuevos Estados miembros (TUE, art. 49), entre otras.

- d) **Procedimiento de cooperación:** Este proceso es más complicado que los anteriores y está descrito en el art. 252 del TCE. La iniciativa de la Comisión es enviada al Consejo y al PE. Previo dictamen del PE, el Consejo fija una posición común que es transmitida al PE para que, en un plazo de tres meses, la apruebe, ya sea expresamente por mayoría simple o mediante una afirmación positiva tácita. En estos casos, la posición común es reenviada al Consejo para su aprobación definitiva. Pero el PE también puede, por mayoría absoluta, proponer enmiendas a la posición común del Consejo o rechazarla. En caso de rechazo, el Consejo se puede pronunciar en segunda lectura por unanimidad, mientras que en caso de modificaciones, el texto enmendado es enviado a la Comisión para que reexamine la posición común y emita un nuevo dictamen considerando las observaciones del PE, en un plazo de un mes. El nuevo dictamen de la Comisión es enviado al Consejo, que puede, en un plazo de tres meses, aprobar el texto modificado por mayoría cualificada o modificarlo nuevamente por unanimidad. Los plazos de los que disponen el PE y el Consejo son prorrogables de común acuerdo entre ambas instituciones hasta por un mes. El proceso de cooperación se utiliza, *inter alia*, para legislar en torno a las medidas de control que ejerce la UE sobre las economías nacionales (TCE, arts. 99; 102. 2; 103. 2, y demás).
- e) **Procedimiento de codecisión:** Está previsto en el art. 251 del TCE. La Comisión envía su iniciativa al Consejo y al PE. El Consejo, previo dictamen del PE, puede, por mayoría cualificada, aprobar las enmiendas contenidas en dicho dictamen y, así, adoptar el acto en definitiva. En caso de no haber enmiendas por parte del PE, el Consejo también puede adoptar el acto definitivamente por mayoría cualificada. En los demás casos, el Consejo adopta una posición común y la transmite al PE, que, en un plazo de tres meses, puede

rechazarla en definitiva por mayoría absoluta, aprobarla en definitiva por mayoría simple, puede no pronunciarse al respecto y en ese caso se considera el acto adoptado conforme a la posición común (positiva tácita), o bien, enmendarla, por mayoría absoluta. En este último caso, el texto enmendado se envía a la Comisión, que emite un dictamen conforme considerando las modificaciones propuestas por el PE y lo reenvía al Consejo, que puede, en un plazo de tres meses, aprobar en definitiva y por mayoría cualificada el nuevo texto. Si el Consejo no aprueba este nuevo texto enmendado, el Presidente del mismo y el Presidente del PE, convocan, en un plazo de seis semanas, a un Comité de Conciliación. El Comité se compone por el mismo número de integrantes del Consejo y del PE, es asistido por miembros de la Comisión, quienes funcionan como árbitros, y dispone de seis semanas para adoptar un texto conjunto, que debe ser aprobado por mayoría cualificada en el Consejo y por mayoría absoluta en el PE, en un nuevo plazo de seis semanas. Si el Comité no adopta ningún texto o si el Consejo y/o el PE no lo aprueban conforme a lo dicho, la propuesta es definitivamente rechazada. Algunos de los plazos señalados son prorrogables de común acuerdo entre el PE y el Consejo. Este procedimiento se aplica a las siguientes materias: no discriminación por motivos de nacionalidad (TCE, art. 12); libertad de circulación y de residencia, salvo en las disposiciones referentes a pasaportes, permisos de residencia y otros documentos asimilados, así como tampoco en lo tocante a la seguridad y protección sociales (TCE, art. 18, tras la reforma introducida en febrero de 2003 por el TN); medidas de fomento al empleo (TCE, art. 129); entre otras.

Los diferentes procesos legislativos comunitarios van desde el monopolio de las facultades legislativas por parte del Consejo, pasando por una facultad de veto del PE, y posteriormente por una cooperación legislativa entre ambas instituciones, pero en la cual el Consejo sigue teniendo la última palabra, hasta llegar a una verdadera codecisión entre ambos órganos, en donde el acto del que se trate no es válido si no es aprobado por los dos, tal y como sucede en los sistemas bicamarales en diversos países. Esta evolución es histórica, pues sólo en la medida en que se avanzó en la integración política, se pudo avanzar en la integración jurídica o, para este caso, legislativa. El mecanismo de la codecisión, único que permite hablar propiamente del PE como un co-

TESIS COM
FALLA DE ORIGEN

legislador. fue introducido por el TUE en 1992, simplificado en 1997 por el TA y en ese mismo instrumento se amplió su ámbito de aplicación material.

Evidentemente, para que un acto comunitario sea válido requiere de su promulgación y publicación. La promulgación se hace dependiendo del proceso legislativo que se sigue (normalmente a cargo del Consejo, sólo en el caso de la codecisión corre a cargo de los Presidentes del Consejo y del PE (art. 254, 1 del TCE)), mientras que la publicación es obligatoria para todos los reglamentos sin importar su proceso de creación, así como para las directivas y decisiones creadas conforme a la codecisión, y, finalmente, para directivas y decisiones que tengan como destinatarios a todos los Estados miembros, aunque no hayan sido creadas conforme a la codecisión. Según el art. 254 del TCE, las publicaciones se hacen en el DOUE, que hasta el 31 de enero de 2003 se denominaba DOCE (art. 2, 38 del TN). Aunado a ello, el art. 253 del TCE dispone que todos los actos normativos deben estar debidamente fundamentados y hacer referencia explícita a las propuestas y, en su caso, dictámenes de los que surgieron (principio de legalidad del derecho comunitario).

1) Los reglamentos comunitarios

Según el artículo 249, segundo párrafo del TCE, "el reglamento tendrá un alcance *general*. Será *obligatorio* en todos sus elementos y *directamente aplicable en cada Estado miembro*"⁸⁸. Este precepto refleja claramente que los reglamentos comunitarios, como normas generales y abstractas, corresponden plenamente a las *leyes* de los órdenes jurídicos nacionales. Además, se trata de *leyes* con una amplia esfera de aplicación personal y territorial, pues rigen en la totalidad de los Estados miembros, en sus diferentes niveles de gobierno, y confieren derechos y obligaciones para las autoridades de estos Estados, así como para sus particulares: son aplicables a todas las situaciones jurídicas que caen bajo su ámbito de aplicación material dentro del conjunto de los territorios de los Estados de la UE. El reglamento es obligatorio en todas sus partes, lo cual se explica en relación con las directivas comunitarias, que sólo obligan en cuanto a la realización de sus fines. De la definición legal se desprende también que el reglamento es *directamente aplicable* en los Estados miembros. Éste es su aspecto

más importante, ya que refleja el carácter supranacional del derecho comunitario. La aplicación directa significa que el reglamento, una vez que es creado conforme al proceso normativo previsto en los tratados constitutivos (constitución material), vale automáticamente para los Estados miembros sin requerir de un acto convalidatorio del derecho interno del Estado en donde se debe aplicar, como es el caso de las normas del derecho internacional convencional que requieren de algún acto de aprobación, ya sea la ratificación parlamentaria, el referéndum popular o el visto bueno del máximo tribunal jurisdiccional nacional. Ahora bien, el TJCE fue más allá al interpretar el art. 249 de la siguiente manera: "En virtud de su naturaleza y de su función en el sistema de fuentes del derecho comunitario, [el reglamento] produce efectos inmediatos y tiene, como tal, la aptitud de conferir a los particulares derechos, que las jurisdicciones nacionales tienen la obligación de proteger"⁸⁹. Así, el reglamento comunitario no sólo es de aplicación directa sino que goza también de *efecto directo*, i.e. tiene la aptitud de incidir directamente en las situaciones jurídicas de los particulares de los Estados miembros sin necesidad de desarrollo por parte de los órganos legislativos nacionales⁹⁰. Por último, resulta importante señalar que los reglamentos establecen sus propias sanciones para casos de incumplimiento y, según el art. 229 del TCE, éstos pueden atribuir al TJCE competencia jurisdiccional plena al respecto.

⁸⁸ TCE, *opus cit.* Lo subrayado es mío.

⁸⁹ TJCE, *Sentencia del 14 de diciembre de 1972 sobre el caso Politi*, citado por: Isaac, Guy, *opus cit.*, p. 129. Lo que está entre corchetes y la traducción son míos. Ya en 1963, en el "caso Van Gend & Loos", el TJCE había decidido sobre el efecto directo del TCEE, que puede crear derechos subjetivos para los ciudadanos de los Estados miembros y que los jueces nacionales tienen que proteger (Cfr. TJCE, *Judgment of the Court of 5 February 1963, Van Gend & Loos vs. Netherlands Inland Revenue Administration*, en: <http://euria.eu.int>).

⁹⁰ Los conceptos de 'aplicación directa' y 'efecto directo', como se puede observar, están relacionados. Sin embargo, no hay que confundirlos. Es posible, por ejemplo, que una disposición internacional goce de efecto directo una vez que ha sido aprobada por el órgano competente nacional, como de hecho sucede con diversas normas de derecho internacional convencional. La aplicación directa, por su parte, no implica necesariamente el efecto directo. Una norma supranacional, que es válida sin necesidad de acto convalidatorio nacional, puede requerir de desarrollo legislativo nacional para incidir directamente en la situación jurídica de los particulares, como sucede con las directivas comunitarias. En este caso, la doctrina europea suele decir que la norma es "directamente aplicable *para* los Estados miembros". Cuando se dice, en cambio, que una norma comunitaria "es directamente aplicable *en* los Estados miembros", como estipula el art. 249 sobre los reglamentos, se sostiene que dicha norma es de aplicación directa y que tiene efectos directos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2) Las directivas comunitarias

El mismo art. 249 del TCE menciona: "La directiva *obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado* que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios"⁹¹. Como bien se desprende del texto legal, el ámbito de aplicación personal de las directivas son las autoridades de los Estados miembros. No afecta, por tanto, de manera directa a los particulares, *i.e.* no tiene efecto directo, pues para su aplicación requiere de desarrollo legislativo. Si es, en cambio, de aplicación directa, ya que las directivas son obligatorias *para* los Estados miembros sin necesidad de un acto convalidatorio. Sus destinatarios están obligados, como ya se dijo, sólo en parte, pues quedan en libertad de elegir los medios para cumplir con el resultado de las directivas. Ello es así porque, en esencia, se trata de lineamientos para armonizar o uniformar las legislaciones nacionales, a fin de cumplir con los fines del TCE (art. 10). Aquí es preciso distinguir entre armonización y uniformidad legales. Ambos conceptos son propios del derecho conflictual. Por medio de la armonización se pretende crear estándares mínimos de coincidencia en las diversas legislaciones nacionales en torno a materias específicas para evitar conflictos normativos internacionales. En este caso, los Estados nacionales tienen un amplio margen de maniobra en la elección de los medios necesarios para lograr el objetivo de la armonización, pues la disposición armonizadora fija objetivos generales. La uniformidad, por su parte, constituye todo un género dentro del derecho conflictual, el denominado 'derecho uniforme', aunque, estrictamente, también se trata de un método. Según éste, la disposición unificadora establece *a la letra* las normas materiales que deben adoptarse en las diversas legislaciones nacionales, teniendo como resultado la uniformidad normativa de diversos órdenes jurídicos nacionales en materias específicas, eliminando así conflictos normativos entre ellos. Las directivas comunitarias establecen tanto métodos de armonización como de uniformidad, y de ello depende el grado de discrecionalidad de las autoridades nacionales para cumplir con los fines en ellas estipulados⁹². No obstante, las facultades de los Estados al respecto no son ilimitadas, pues existen métodos legales de control para verificar su debido

⁹¹ TCE, *opus cit.* Lo subrayado es mío.

⁹² Sobre la importancia de las directivas comunitarias en el DIPr europeo, véase: Junker, Abbo, *Internationales Privatrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1998, pp. 48-50.

cumplimiento. El TJCE ha expresado que si las directivas son transpuestas en leyes ambiguas o en ordenamientos administrativos susceptibles de modificación en cualquier momento, la transposición no se ha hecho debidamente, lo cual da lugar— como en el caso de los reglamentos y de las demás normas comunitarias vinculantes— a un procedimiento por violación del TCE, así como a acciones que pueden ejercer los particulares afectados por su incumplimiento, caso en el cual la directiva adquiere efecto directo, al igual que el reglamento.

3) Las decisiones comunitarias

Según el art. 249 del TCE, "la decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios"⁹³. Esta norma no tiene carácter general: su destinatario siempre es determinado y puede ser un particular o un Estado miembro. Tampoco se trata de normas abstractas, pues regulan una situación concreta, e.g. una violación concreta a una disposición comunitaria. Casos típicos de decisiones dirigidas a particulares son aquellas que declaran la nulidad de los actos de las personas colectivas que van en contra del art. 81, 1 del TCE, mismo que estipula: "Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (...) "⁹⁴. Ejemplos de decisiones dirigidas a un Estado miembro las constituyen aquellas en las que la Comisión declara ilegales las ayudas y subvenciones concedidas por algún Estado miembro a sus particulares cuando no sean compatibles con el mercado común (TCE, art. 88, 2, primer párrafo). En estos casos, la Comisión exige al país correspondiente que suprima las ayudas o subvenciones. Es por ello que la decisión comunitaria tiene más en común con los *actos administrativos tradicionales* que con las leyes, y "constituye (...) un instrumento de ejecución administrativa del derecho comunitario"⁹⁵. La decisión puede ser emitida por el Consejo, por el Consejo y el PE, o bien, por la Comisión, siendo una de sus atribuciones velar por el cumplimiento de las

⁹³ TCE, *opus cit.*

⁹⁴ *Ibidem.*

⁹⁵ Isaac, Guy, *Droit communautaire général, opus cit.* p. 131. La traducción es mía.

disposiciones de los tratados constitutivos y de las que emanen de éstos, *i.e.* los reglamentos y las directivas. La decisión comunitaria es, pues, en primera instancia un medio administrativo con el que cuentan los órganos de la UE para ejecutar el derecho comunitario. Otro aspecto interesante de la decisión es su plena obligatoriedad. Tal como el reglamento, la decisión no le permite al Estado o al particular elegir la manera de cumplir con su objetivo, sino que prescribe claramente los medios para alcanzarlo. Pero, a diferencia del reglamento, la decisión no siempre tiene efecto directo: si va dirigida a un particular, entonces lo tiene claramente, pero si va dirigida al Estado no produce efectos jurídicos sobre los particulares sino hasta que el Estado aplique, por medio de un acto de autoridad, lo estipulado en la decisión y afecte así a un particular. Interesante resulta que las decisiones dirigidas a particulares son directamente recurribles (recurso de nulidad) ante el TJCE por las personas físicas o colectivas afectadas (art. 230, cuarto párrafo del TCE)⁹⁶. Ello se explica en virtud de su naturaleza de norma individualizada. Por último, cabe señalar que las decisiones, en algunos casos, regulan situaciones muy generales, haciendo referencia no tanto a una situación de hecho concreta, sino más bien abstracta. Esto sucede, sobre todo, cuando están dirigidas a un conjunto de Estados o a todos ellos. En dichos casos, sus características como normas individualizadas y concretas son realmente cuestionables. Así, por ejemplo, la *Decisión de la Comisión Europea del 25 de noviembre de 1998*, que fijó un nuevo régimen de importación de productos bovinos provenientes de Reino Unido al resto de los Estados miembros, a fin de evitar la proliferación de la encefalopatía espongiforme bovina (enfermedad de la "vaca loca") y, a su vez, de proteger los intereses económicos de uno de sus miembros en aras del mercado común, estableció normas materiales que los Estados debían transponer en sus legislaciones, estableciendo un verdadero derecho uniforme en torno a esta materia. Como se puede observar, cuando las decisiones se comportan de esta manera son realmente equiparables a las directivas comunitarias, y, si se sigue el criterio del profesor Michael Ahl de calificar las normas comunitarias por su contenido y estructura más no por el nombre que le dan las instituciones, entonces son directivas.

⁹⁶ También las decisiones que "revistan la forma de un reglamento" lo son (art. 230, párrafo cuarto). Por su parte, los Estados miembros, el Consejo, la Comisión y el PE (este a partir del 1º de febrero de 2003) cuentan con acción de nulidad en contra de la totalidad de la normatividad jurídica derivada del TCE (art. 230, párrafo segundo). Las causas de nulidad según el art. 230, párrafo segundo, son: incompetencia,

Al lado de estas normas, existen actos de aplicación de los actos emitidos por el Consejo, que emite, a su vez, el propio Consejo o la Comisión. Dichas normas de aplicación, que no deben confundirse con las decisiones, reciben con frecuencia el nombre de 'reglamentos', por lo que la dogmática jurídica se ha visto en la necesidad de distinguir entre 'reglamentos de base' y 'de ejecución'. Éstos adquieren validez en función de aquellos, por lo que también se les denomina 'derecho derivado de segundo nivel'. Con respecto a las recomendaciones y los dictámenes, igualmente estipulados en el art. 249 del TCE, cabe destacar, en primer lugar, que no son actos obligatorios. Las recomendaciones, generalmente emitidas por la Comisión, son llamadas de atención que anteceden a las decisiones por violaciones a los tratados. Se puede debatir sobre su naturaleza jurídica, ya que pueden ser consideradas como una primera fase del proceso de creación de la decisión comunitaria. Los dictámenes, por su parte, son declaraciones estrictamente políticas, en las cuales los órganos de la UE expresan su parecer sobre asuntos determinados. Suelen ser solicitadas previamente a la toma de decisión de algún acto jurídico, pero otorgarles por ello carácter jurídico, sería equivalente a considerar los debates parlamentarios como normas jurídicas.

Para concluir con la descripción del derecho derivado hay que mencionar los llamados actos atípicos. Se trata de una serie de actos no contemplados en el art. 249 y que no siempre están sujetos a los mismos procesos formales de creación. Los tratados los nombran indistintamente, ocasionando confusión, ya que en muchos casos reciben los mismos nombres que existen para los actos arriba mencionados. Los más importantes son: a) los *reglamentos internos* de las instituciones, que se dan, por lo general, las propias instituciones; b) las *directivas, recomendaciones y avisos internos* son circulares interinstitucionales que carecen de todo valor jurídico; y, c) las *decisiones sin destinatario o determinaciones* (la versión alemana del TCE utiliza la expresión '*Beschluss*', que significa 'determinación', para distinguirla de '*Entscheidung*', i.e. 'decisión') que tienen diversas modalidades, siendo las más importantes las que emite el Consejo para reformar disposiciones institucionales, como aquellas por las cuales se delimita o amplía el campo de aplicación de los preceptos de los tratados o que modifican incluso los mismos tratados ('pequeña revisión'; *vid*

vicios sustanciales de forma, violaciones al TCE y otras normas jurídicas relativas, así como desviación de poder.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

supra: p. 38), siendo evidentemente obligatorias. En materia de la PESC, el TUE contempla *acciones comunes*, las cuales fijan objetivos, alcances y medios para realizar acciones operativas de la UE en materia de política exterior, y son, a diferencia de las posiciones comunes, que sólo fijan posturas políticas, vinculantes para los Estados (TUE, art. 14). En cuestiones relativas a JAI, el TUE contempla, al lado de los convenios comunitarios y decisiones en el seno del Consejo, que no pueden ser consideradas derecho derivado por tratarse de derecho internacional (*vid infra*: p. 66), las *decisiones marco*⁹⁷. Además, existen una serie de actos no previstos en los tratados que, sin embargo, suelen agruparse en la rama del derecho derivado, lo cual se explica en función de que surgen de las prácticas de los órganos constituidos por los tratados. Sirven para fijar lineamientos políticos y no surten efectos jurídicos.

A lo largo de este apartado se ha hecho referencia a actos y normas predominantemente contemplados en el TCE, y en algunos casos en el TUE, lo cual se debe a la importancia política de dichos instrumentos. No obstante, el TCEEA también contiene normas que confieren facultades de creación normativa. No hace falta explicarlas, porque se trata de equivalentes a las ya descritas: el art. 161 del TCEEA es idéntico al art. 249 del TCE.

El derecho comunitario derivado presenta, al igual que el derecho primario o quizá en un grado mayor, ciertas confusiones debido a la variedad de sus normas, a las inconsistencias terminológicas y, sobre todo, a los diversos procesos legislativos. Ello no sólo se refleja al intentar ordenar este complejo, sino también en la percepción de los sujetos del derecho comunitario. Reglamentos, directivas y decisiones afectan directa- o indirectamente a los ciudadanos de la UE y no sólo a las instituciones

⁹⁷ Todas estas normas derivadas del TUE, a excepción de los convenios comunitarios y de las decisiones en el seno del Consejo que claramente no son derivadas sino derecho internacional especial o, en términos comunitarios, derecho complementario, presentan cierta complejidad en cuanto a su clasificación y, a pesar de derivarse directamente del mencionado tratado, la doctrina generalmente las califica como derecho complementario. No obstante que, por lo menos conforme a su definición legal, las decisiones marco corresponden plenamente a las directivas comunitarias. Este es el caso del *Mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, mejor conocido como "Euroorden", que contempla la armonización de las legislaciones penales nacionales a fin de simplificar la entrega de personas y la ejecución de sentencias tratándose de presunción de comisión de delitos de terrorismo o relacionados con el terrorismo, y que se dio con motivo de los atentados del 11 de septiembre de 2001. Esta decisión marco obliga en cuanto a su resultado y no requiere de proceso convalidatorio, aunque sí de desarrollo legislativo nacional por no tener efecto directo.

comunitarias o a las autoridades de los Estados miembros. No obstante, la toma de decisiones en la UE, concretamente la legislación, se efectúa de una manera poco comprensible. Ello ha dado lugar a una gran incertidumbre jurídica, ya que al ciudadano realmente le cuesta trabajo saber cuál es la legislación comunitaria que le es aplicable, es decir, qué leyes dictadas en Bruselas le otorgan derechos que puede hacer valer ante sus tribunales. La insatisfacción expresada por la sociedad civil sobre la falta de transparencia en esta toma de decisiones es comprensible ante tan diversos mecanismos legislativos y tantas clases de normas que a través de ellos son creadas. La mencionada inconsistencia terminológica es otro aspecto que dificulta la relación del ciudadano con este orden jurídico: la necesidad de la dogmática de clasificar y reclasificar constantemente las categorías legales debido a la nomenclatura arbitraria que escogen los burócratas de Bruselas da muestra de ello, pues, como se vio, se habla ya de un 'derecho derivado de segundo nivel', y algunos autores incluso insisten—con razón—en no prestar demasiada atención a la denominación oficial, dado que resulta preferente clasificar las normas comunitarias según los parámetros expresados por la jurisprudencia del TJCE o, a falta de ésta, por la propia dogmática. Evidentemente, esta situación no sólo se presta a confusiones al momento de indicar la norma de que se trate, sino que puede causar imprecisiones en cuanto a su alcance, lo que genera una inseguridad jurídica poco deseable. Políticamente hablando, dicha situación presenta un problema muy serio: el déficit democrático de la UE. El PE, única instancia democrática de la UE, participa muy poco, pese a las reformas de 1992 y 1997, en los procesos legislativos. Esto irrumpe la concepción tradicional—y vigente en la mayoría de las constituciones del mundo—de que los órganos facultados para legislar deben ser los compuestos por representantes populares. Que la toma de decisiones en la UE es sumamente burocrática es una de las críticas más constantes que recibe Bruselas, y no sólo desde los Estados miembros, pues la mayoría de los grupos de los partidos políticos dentro del PE han adoptado esta crítica desde hace varios lustros. Todos estos problemas se deben al ya mencionado *dispersus* de la base del orden jurídico comunitario. Las normas que ejercen la función de *norma normarum* deben ser simples y congruentes, si se pretende que sean comprensibles para sus destinatarios, especialmente para los ciudadanos. Esta necesaria simplificación le corresponde a la planeada Constitución Europea, pues en ella se deberían unificar los diversos procesos legislativos, precisar los alcances de la variedad de las normas y establecer una

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

terminología legal consistente y acorde con un orden jurídico desarrollado. Y también es la Constitución, como instrumento político fundamental, el medio indicado para asegurar, a través del derecho, una democratización en la toma de decisiones de la UE, una democratización que sólo se logrará en la medida en que se concrete una auténtica distribución de funciones entre los poderes de la UE.

C. EL DERECHO INTERNACIONAL

El art. 281 del TCE le atribuye personalidad jurídica a la CE, por lo que tiene capacidad para celebrar tratados internacionales con terceros Estados y con organismos internacionales, mismos que constituyen, a partir de su entrada en vigor, fuentes de derecho comunitario⁹⁸. Asimismo, el TCEEA establece en su artículo 101 que "en el ámbito de su competencia, la Comunidad podrá obligarse, mediante la celebración de acuerdos o convenios con un tercer Estado, una organización internacional o un nacional de un tercer Estado"⁹⁹, por lo que la CEEA también tiene personalidad jurídica, a diferencia de la UE. Sin embargo, el mayor número de tratados internacionales se celebran en el ámbito de la CE, por lo que a continuación nos concentramos en las disposiciones del TCE.

Las facultades para celebrar tratados concretos se encuentran en diversas disposiciones del TCE, siendo las más importantes: el art. 310 que faculta a la CE para celebrar acuerdos de asociación¹⁰⁰; el art. 181 que le autoriza la suscripción de acuerdos de cooperación; el art. 133 que le permite celebrar tratados en materia comercial¹⁰¹, el

⁹⁸ Cfr. TJCE, *Judgment of the Court of 30 April of 1974, R. & V. Haegeman vs. Belgian Stat.* en: <http://euria.eu.int>.

⁹⁹ TCEEA: en: <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/es/est038.htm>.

¹⁰⁰ Este tipo de "asociación" no debe confundirse con la "asociación de los países y territorios no europeos que mantienen relaciones especiales con Dinamarca, Francia, Países Bajos y Reino Unido", regulada en el Título XX, Cuarta Parte del TCE, y la cual se refiere, fundamentalmente, a territorios que se encuentran total o parcialmente bajo la soberanía de alguno de los mencionados Estados europeos, como los Territorios Británicos del Océano Índico o las Antillas Neerlandesas. Esta asociación extiende prácticamente todos los beneficios comerciales del propio TCE a dichos territorios.

¹⁰¹ El *Acuerdo Global*, que entró plenamente en vigor el 1º de marzo de 2001, presenta dificultades en cuanto a su clasificación. El título habla tanto de "asociación" como de "cooperación". Hay quienes catalogan al *Acuerdo Global* como "acuerdo de cooperación" y niegan que se pueda tratar de un "acuerdo de asociación", entre otras razones porque, según esta interpretación, los acuerdos de asociación se celebran con los "países y territorios" del Título XX, Cuarta Parte, con los países de la AELC para consolidar el EEE, o con los países candidatos a ingresar a la UE a fin de preparar dicho ingreso y constituir una unión aduanera en vísperas del mismo. Pero, de hecho, existen acuerdos de asociación con países que evidentemente no pertenecen a ninguna de las categorías mencionadas, como es el caso de Israel. Resulta interesante observar las similitudes entre el *Acuerdo de Asociación entre Israel y la CE*, en vigor desde junio de 2000, y el *Acuerdo Global*: ambos tienen los rubros de diálogo político, comercio de bienes y servicios, contratación pública y pagos relacionados, propiedad intelectual, competencia, cooperación y el marco institucional que establece en el primero un Consejo y un Comité de Asociación y en el segundo un Consejo y un Comité Conjuntos, los cuales desempeñan funciones casi idénticas. Por otro lado, el PE clasifica al *Acuerdo Global* como un "acuerdo de cuarta generación por el que se establece una asociación completa que prevé un diálogo político basado, entre otras cosas, en el respeto a la democracia y los derechos humanos (cláusula democrática), la progresiva liberalización de los intercambios y la cooperación en todos los ámbitos" (Cfr. PE, *Fichas técnicas*, en: www.euronar.eu.int). Si bien es cierto que la "cuarta generación" hace referencia a los anteriores acuerdos de *cooperación*,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

art. 174, 4 que posibilita la suscripción de acuerdos en materia de cooperación medioambiental, y el nuevo art. 181, A, tercer inciso, que contempla los acuerdos de cooperación económica, financiera y técnica (ayuda al desarrollo). Éstos son claros ejemplos de la competencia definida por áreas o competencia particular (*vid supra*: p. 43). Pero la CE también deriva su competencia en materia internacional de disposiciones generales, como el comentado art. 308¹⁰². Cuando el TCE concede expresamente facultades a la CE para estos actos, los Estados miembros pierden toda facultad en la materia, pero cuando la facultad es implícita, los Estados la conservan hasta que la CE no haga uso de su atribución. Los tratados celebrados por la CE y otros sujetos de derecho internacional suelen establecer órganos mixtos dotados de facultades normativas, *i.e.* cuyos actos no requieren de aprobación interna para vincular a las partes¹⁰³. El TJCE ha sostenido que dichos actos también son parte del derecho comunitario. Cabe agregar que los países de nuevo ingreso a las comunidades se adhieren, *ipso facto*, a los tratados internacionales celebrados anteriormente por la CE, pues estos tratados son parte del *acquis communautaire*, que cualquier país asume al momento de integrarse a la Unión¹⁰⁴. Cabe mencionar que, según los arts. 24 y 38 del TUE, la CE también puede celebrar acuerdos en materias de PESC y JAI, pero con una importante reserva, ya que "ningún acuerdo será vinculante para un Estado miembro cuyo representante en el Consejo declare que tiene que ajustarse a las exigencias de su propio procedimiento constitucional: los restantes miembros del Consejo podrán

también lo es que el PE habla de una asociación que va mucho más allá de la cooperación. Los acuerdos de cuarta generación han sido catalogados como "acuerdos de asociación marco", lo cual no corresponde estrictamente a ninguna de las categorías definidas en el TCE. Además, según el art. 308, la CE puede ir más allá de su competencia especial en materia internacional, lo cual le permite suscribir acuerdos que no necesariamente corresponden a los descritos en los arts. 133, 181 y 310. En dicho sentido, el art. 300 del TCE habla de "los demás acuerdos que creen un marco institucional específico al organizar procedimientos de cooperación (...)". los cuales se aprueban (tal interior de la UE) según el procedimiento de dictamen conforme, tal y como sucedió con el *Acuerdo Global*. De la expresión "demás acuerdos" se infiere, precisamente, que la CE celebra otro tipo de tratados internacionales que no corresponden a las categorías preestablecidas.

¹⁰² Independientemente de las reglas específicas de competencia en materia convencional internacional que se mencionan a continuación, las reglas de competencia de la UE en materia legislativa son aplicables a la capacidad internacional de la CE, pues se trata de una facultad de creación normativa.

¹⁰³ Este es el caso del mencionado Consejo Conjunto México-UE instituido en el *Acuerdo Global*, cuya constitucionalidad ha sido fuertemente cuestionada en nuestro país. Al respecto cabría preguntarse si los arts. 76, 1 y 133 de la Constitución mexicana le otorgan al Senado, que aprobó este Acuerdo, una *Kompetenz-Kompetenz* en materia internacional, ya que claramente se trata de una delegación de facultades para crear normas jurídicas.

¹⁰⁴ Ello también resulta de interés para México en miras al ingreso de diversos Estados de Europa del Este a las comunidades europeas, que serán parte del *Acuerdo Global*.

acordar, no obstante, que el acuerdo se les aplique provisionalmente" (art. 24, 5 del TUE aplicable para el Título VI del mismo)¹⁰⁵.

Los tratados internacionales suscritos entre un Estado miembro y otro sujeto de derecho internacional también pueden formar parte del derecho de la UE, siempre y cuando se trate de acuerdos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del TCE (en su momento, del TCEE) en materias de competencia de la CE (en su momento, de la CEE). En estos casos, la CE sustituye a los Estados miembros en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, tal y como sucedió con el GATT. Sin embargo, no queda muy claro qué sucede con acuerdos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor del TCE (o TCEE) que regulan materias que en su momento fueron competencia de los Estados, pero que después devinieron o devienen competencia de la CE (o CEE).

Los tratados internacionales son celebrados y aprobados básicamente según el mecanismo establecido en el art. 300 del TCE. En resumen, se trata de un procedimiento de consulta simple, en el cual la Comisión lleva a cabo las negociaciones a cargo del Consejo, y éste, previa consulta al PE, aprueba el acuerdo internacional, ya sea por unanimidad o mayoría cualificada, según lo estipule el mandato respectivo del TCE. En cuanto a los tratados que caen en el ámbito de la PESG y la JAI, la única diferencia con el procedimiento del TCE consiste en que el Consejo puede autorizar a la Presidencia de la UE para que, asistida por la Comisión, lleve a cabo las negociaciones (art. 24 del TUE). El TCEEA, por su parte, establece en su art. 101, tercer párrafo, que aquellos convenios "cuya ejecución no exija la intervención del Consejo y pueda asegurarse dentro de los límites del presupuesto correspondiente, serán negociados y concluidos por la Comisión, que estará obligada a informar al Consejo"¹⁰⁶.

Cualquier Estado miembro, el Consejo, la Comisión y, a partir de la entrada en vigor del TN, también el PE, pueden solicitar un dictamen adicional del TJCE para verificar la compatibilidad del acuerdo internacional con el derecho primario. En caso

¹⁰⁵ TUE, *opus cit.*

¹⁰⁶ TCEEA, *opus cit.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de que el dictamen sea negativo, el acuerdo sólo se podría celebrar después de llevarse a cabo una reforma según el procedimiento previsto en el art. 48 del TUE.

Por otro lado, tenemos el procedimiento de dictamen conforme del PE para los acuerdos de asociación y "los demás acuerdos que creen un marco institucional específico al organizar los procedimientos de cooperación" (art. 300, 3. segundo párrafo)¹⁰⁷.

Independientemente de lo anterior, existe el método mixto tradicional, que se da cuando no es posible delimitar con claridad la competencia entre la CE y los Estados miembros: por ejemplo, si el acuerdo en cuestión regula competencias de las comunidades y competencias mixtas, *i.e.* que le corresponden tanto a las comunidades como a los Estados miembros o a alguno(s) de ello(s). Aquí, los tratados son negociados por la Comisión y por los Estados miembros, y la aprobación corresponde tanto a la CE, conforme a uno de los mecanismos señalados (consulta simple o previo dictamen conforme), como a todos los Estados miembros, según sus normas constitucionales. El procedimiento mixto, que fue el utilizado para la aprobación del *Acuerdo Global* con México, no está regulado en el TCE, por lo que obedece a la práctica de las instituciones comunitarias (*costumbre como constitución material*).

No sólo el derecho internacional convencional es fuente del derecho comunitario. El TJCE ha reiterado en numerosas ocasiones que la CE, como sujeto de derecho internacional, debe aplicar tanto su derecho internacional convencional, como también el derecho internacional general. Y ello no sólo respecto a sus relaciones con terceros países, sino también en las relaciones jurídicas intercomunitarias, siempre y cuando las normas de derecho internacional no vayan en contra de los tratados constitutivos.

D. LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE Y OTRAS FUENTES

Como se mencionó previamente (*vid supra*: p. 31), la costumbre y los principios generales del derecho forman parte de la constitución material de la UE. Estos últimos lo hacen en la medida en que el TJCE los ha incorporado al derecho comunitario, primordialmente para llenar las lagunas de los tratados constitutivos y del TUE.

La importancia empírica de la costumbre es pequeña, pues sólo algunas prácticas institucionales han devenido costumbre, en el sentido de la doctrina de la *opinio iuris sive necessitatis*. Hemos visto algunos ejemplos de la costumbre como fuente del derecho comunitario, como el método mixto para la aprobación de tratados internacionales (*vid supra*: p. 60). Otra norma consuetudinaria es aquella según la cual los Estados miembros están facultados para enviar a Subsecretarios de Estado ('Secretarios de Estado' en la terminología política europea) al Consejo, aunque el artículo 203 del TCE habla de representantes "a rango ministerial". La norma jurídica contenida en el art. 203 se individualiza con la norma consuetudinaria mencionada, de tal modo que el precepto completo establece: *el Consejo se compone por un representante de cada Estado miembro, ya sea a nivel de ministros o de subsecretarios de Estado.*

Los principios generales del derecho tienen una gran importancia al llenar las lagunas del derecho comunitario en materia de derechos humanos, pues éste no posee un catálogo de derechos fundamentales como la mayoría de las constituciones democráticas. Todos estos principios han sido introducidos por medio de la jurisprudencia del TJCE, lo cual da una muestra de la trascendencia del derecho jurisdiccional (*case law*) de la UE. Ya Walter Hallstein (1901-1982), brillante jurista alemán y primer Presidente de la Comisión de la CEE (1959-1967), había definido a la Europa comunitaria como una "comunidad de derecho" (*Rechtsgemeinschaft*), con lo cual se refirió, *inter alia*, al gran dinamismo del derecho comunitario. Esta característica se debe fundamentalmente al derecho creado por el TJCE, que a través de sus métodos de interpretación predilectos, *i.e.* el sistemático y el teleológico, ha revolucionado al derecho, pero también a la realidad política, económica y social de la

¹⁰¹ TCE. *opus cit.* Este fue el caso del *Acuerdo Global*.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Europa comunitaria, en donde el orden jurídico comunitario ha sido más que un instrumento al servicio de estos cambios, un factor determinante para ellos. Un ejemplo emblemático de ello es la célebre sentencia sobre el caso *Costa vs. E.N.E.L.*, de 1964, en la cual la Corte decidió sobre la *primacia del derecho comunitario*, dando lugar así al concepto de 'derecho supranacional', lo cual, a su vez, influyó en la manera de concebir políticamente a las comunidades europeas. Aparte de esta labor evolutiva, la jurisprudencia del TJCE desempeña una función sistematizadora de enorme importancia para el derecho de la UE. Lo poco que sabemos sobre la jerarquía normativa del propio orden comunitario, sobre el alcance de cada uno de los actos de las comunidades, así como sobre el papel que ocupa el derecho comunitario en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, lo debemos, en gran medida, a la jurisprudencia del TJCE. Así, podemos mencionar como sus principales funciones: a) la sistematización jerárquica de las fuentes del derecho de la UE; b) la delimitación de los alcances de los diversos actos jurídicos (lo cual está íntimamente ligado con lo anterior); y, c) la incorporación de nuevas fuentes jurídicas. Además, constituye por sí misma una de las fuentes más importantes, cuyos alcances sólo se ven limitados por lo establecido en los tratados constitutivos y en el TUE. Veamos ahora cómo opera el TJCE en la conformación de la jurisprudencia, para lo cual prestaremos especial atención a la interpretación que hace de los tratados constitutivos y del TUE.

Siendo dichos tratados, en cuanto a su forma de creación y otros elementos formales, tratados internacionales, el TJCE se guía por lo establecido en el art. 31 de la CDT, pero sólo en parte y presentando matices muy peculiares. El primer inciso de dicho artículo menciona que "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin"¹⁰⁸. El TJCE ha establecido su propio criterio sobre esta guía interpretativa, anteponiendo la interpretación sistemática (contexto) y la teleológica (objeto y fin) ante la literal (sentido corriente de los términos). Realmente los nombres de estos métodos de interpretación lo dicen todo: en el primer caso el TJCE toma muy en cuenta la ubicación de la disposición a interpretar en el tratado, su relación con otros preceptos del mismo tratado, así como con el resto de los tratados y

¹⁰⁸ CDT, en: Székely, Alberto (compilador). *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público*, tomo I, opus cit. 1989, p. 189.

de la normatividad comunitaria, incluyendo la propia jurisprudencia. Este método garantiza la consistencia del derecho comunitario y proporciona valiosos criterios de clasificación de sus fuentes. Al otorgarle prioridad al método sistemático, el TJCE reitera su convencimiento de que el derecho establecido por los tratados comunitarios es un orden jurídico autónomo, pues dicho criterio también vale, como es bien sabido, para los jueces de los Estados nacionales. El método teleológico, como su nombre lo indica, consiste en la interpretación de las disposiciones de los tratados y del resto de la normatividad comunitaria a la luz de los objetivos generales de la UE, *i.e.* de sus metas políticas, económicas y sociales, por lo que los preámbulos y las disposiciones preliminares desempeñan un papel central al respecto (*vid supra*: pp. 34 y 35). Importante resulta también el método desarrollado por el TJCE para incorporar los principios generales del derecho comunitario, que, como ya se dijo, son parte fundamental del derecho primario. La evolución del derecho comunitario a través de las contribuciones del TJCE en esta materia ha sido tan importante, que algunos autores, como Peter Häberle, incluso hablan de una especie de "derecho pretoriano, similar al derecho de los juristas en Roma"¹⁰⁹. Para integrar los principios generales del derecho comunitario, el TJCE se basa principalmente en la comparación jurídica (*Rechtsvergleichung*)¹¹⁰, pues el TJCE *compara* las disposiciones relativas para integrarlas como principios generales del derecho comunitario. Son seis las fuentes consultadas para tales efectos por el TJCE: a) los propios tratados comunitarios, que contienen ciertos derechos fundamentales, como la libre circulación de personas, la libre competencia económica y el libre tránsito de bienes o libertad de comercio (obviamente, estos derechos ya están incorporados al derecho comunitario, por lo que se trata de una reiteración con efectos de sistematización); b) los dictámenes y recomendaciones de los órganos primarios de la UE relativos al respeto de los derechos humanos y que por sí mismos no son jurídicamente vinculantes; c) los principios

¹⁰⁹ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, *opus cit.*, p. 67.

¹¹⁰ El término "derecho comparado" y sus equivalentes en otros idiomas (*droit comparé*, "diritto comparato" o "comparative law") son generalmente aceptados por los juristas, como si se tratase de una rama del derecho similar al civil o al penal. La dogmática alemana ha sido más precisa al utilizar la expresión "*Rechtsvergleichung*", que significa "comparación jurídica" y que denota que, en realidad, se trata de una actividad realizada por los juristas (método de investigación en la dogmática o método de incorporación del derecho extranjero en las decisiones judiciales): "la confrontación de órdenes o instituciones jurídicas" (Cfr. Tamayo y Salmerán, Rolando, El "Derecho Comparado", en: Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio, en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, Tomo II, *Derecho Comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988, p. 1357).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

generales del derecho (generalmente aceptados como derecho común a todos los ordenamientos jurídicos); d) los principios generales del derecho internacional; e) los principios generales comunes a los órdenes jurídicos de los Estados miembros, sobre todo los del derecho constitucional de dichos Estados; y, f) los tratados internacionales sobre derechos humanos comunes a todos los Estados miembros, con especial énfasis en la CEPDH. La inclusión de las fuentes a) y b) surge exclusivamente de la práctica del tribunal; la incorporación de las fuentes c) y d) está contemplada implícitamente en el art. 6, 1 del TUE, que dice: "La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros"¹¹¹; y la integración de las fuentes e) y f) se menciona expresamente en el inciso 2 del mismo precepto: "La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en la CEPDH, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario"¹¹². Cabe aclarar que el mandato del art. 6 del TUE cobró fuerza legal hasta noviembre de 1993 (con la entrada en vigor del TUE), mientras que el reconocimiento de los principios en él enunciados ha sido práctica del TJCE por lo menos desde los setenta, cuando se dieron las primeras sentencias que reconocieron dichos principios como normatividad fundamental del orden jurídico comunitario. Entre ellas se encuentra la sentencia sobre el caso *Nold*, del 14 de mayo de 1974, en la cual la Corte decidió que los derechos fundamentales contenidos en los principios generales del derecho, en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en los tratados internacionales de los que son parte todos los Estados miembros, con especial atención a la CEPDH, son parte integral del derecho que la propia Corte debe proteger¹¹³. Algunos de los derechos fundamentales que han surgido de la jurisprudencia y que hoy son principios generales del derecho comunitario son: las garantías del debido proceso legal; el principio de igualdad jurídica; el principio de protección legal contra decisiones administrativas arbitrarias o desproporcionadas; el principio de la proporcionalidad de las normas comunitarias (reglamentos y decisiones); la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia y demás derechos de propiedad privada; la libertad de culto y el derecho a la

¹¹¹ TUE, *opus cit.*

¹¹² *Ibidem.*

¹¹³ Cfr. TJCE, *Judgement of the Court of May 1974, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroshandlung vs. La Comisión de las Comunidades Europeas*; en: <http://curia.eu.int>.

información, entre otros. La Corte ha sido muy enfática en circunscribir la protección de estos derechos a la persecución de los máximos valores tutelados por el orden jurídico comunitario, como la función social y el bienestar común. Así, *e.g.r.*, ha declarado que los derechos de propiedad no constituyen prerrogativas absolutas sino que su alcance se encuadra en el marco de la función social que cumplen¹¹⁴. Cabe señalar que el TJCE también utiliza el método de la comparación jurídica para integrar lagunas en materias no fundamentales, como administrativas y procedimentales; las normas que fija para subsanar dichas imperfecciones del orden jurídico de la UE también se convierten en fuentes de éste.

La última fuente del orden jurídico comunitario es el derecho complementario, que, como ya se había señalado, está en parte en los tratados compuestos, que contienen tanto disposiciones modificativas a los tratados constitutivos como normas materiales propias, que pueden figurar en los tratados propiamente o en sus protocolos y anexos. Estos son el AUE, el TUE, el TA y el TN. Dado que ya fueron analizados—el TN es analizado en el siguiente Capítulo—, nos limitamos al siguiente comentario. Como se desprende del análisis del derecho primario y derivado, así como de la jurisprudencia del TJCE, el TUE contiene por sí mismo, *i.e.* no como modificación a los demás tratados, sino dentro de su cuerpo normativo autónomo, normas facultativas que deben ser consideradas como parte de la constitución material de la UE. El mismo art. 6 que acabamos de citar es una de estas normas, pues establece en forma negativa criterios para legislar, *i.e.* impide al legislador comunitario la promulgación de normas que vulneren los principios que él consagra. Otras normas facultativas se encuentran insertas en sus normas materiales, mismas que regulan la PESC y la JAI. Estas son materias que se consideran comúnmente derecho complementario, ya que el art. 1 del TUE menciona que las comunidades son “complementadas” por ellas. Empero, ellas constituyen el segundo y tercer pilar de la UE, al lado de las dos comunidades, lo cual significa que tienen la misma importancia que las restantes políticas comunes, por lo que el adjetivo “complementario” resulta inapropiado. Asimismo, el TUE regula aspectos relativos a la constitución en sentido formal, como el proceso de reforma de los tratados constitutivos y del propio TUE, *i.e.* el poder revisor—o constituyente permanente—de la UE (art. 48). Además, contiene otras normas *juridicamente*

¹¹⁴ Cfr. TJCE, *Judgement of the Court of May 1974, J. Sald...*, *opus cit.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

independientes y de enorme importancia política, como la que regula la ampliación comunitaria (art. 49). Por todo ello, consideramos erróneo calificar al TUE como un simple tratado compuesto y equipararlo, así, al AUE, al TA y al TN. Más bien se trata del tercer tratado constitutivo, el que constituye a la UE, y que, como tal, forma parte de la constitución material y formal de la UE¹¹⁵. El propio TUE ratifica este criterio en su art. 5, según el cual las autoridades comunitarias "ejercerán sus competencias en las condiciones y para los fines previstos, por una parte, en los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de los Tratados y actos subsiguientes que los han modificado o complementado. y, por otra, en las demás disposiciones del *presente Tratado*"¹¹⁶. No obstante lo anterior, nos seguiremos refiriendo a él por separado, a fin de evitar confusiones con la denominación tradicional de 'tratado constitutivo', *i.e.* de las comunidades europeas y de la energía atómica.

Ahora bien, el derecho complementario no sólo se encuentra en los llamados tratados compuestos, sino también en una serie de convenios internacionales entre los Estados miembros, denominados 'convenios comunitarios' y 'decisiones y acuerdos de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de la UE' o brevemente 'decisiones en el seno del Consejo'. Lo que distingue a estos actos jurídicos internacionales de los anteriormente expuestos es que no son el resultado de atribuciones de las autoridades comunitarias, sino competencias que han conservado los Estados miembros en el ámbito internacional, pero que ejercen para cumplir y/o complementar los fines estipulados en los tratados constitutivos y en el TUE. Los primeros se subdividen, a su vez, en dos categorías: los que se realizan en virtud del art. 293 del TCE y los que van más allá del ámbito de dicho precepto. El mencionado artículo se refiere a las siguientes materias: protección de personas; supresión de la doble tributación; reconocimiento, personalidad, domicilio y posibilidad de fusión de personas colectivas de los Estados miembros; y, reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales. Se trata, pues, de convenciones de DIPr para

¹¹⁵ Jean-Victor Louis es uno de los pocos autores que califica al TUE, al lado de los tratados de París y de Roma y de los actos modificativos, como parte integrante de la 'constitución de la UE' (Cfr. Louis, Jean-Victor, *L'Ordre Juridique Communautaire*, 6ª edición revisada, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1992, p. 87). En el mismo sentido, aunque con menos claridad, se expresa Klaus-Dieter Borchardt, en *El ABC del Derecho Comunitario*, quinta edición, Comunidades Europeas, Bruselas, 2000, pp. 18-30.

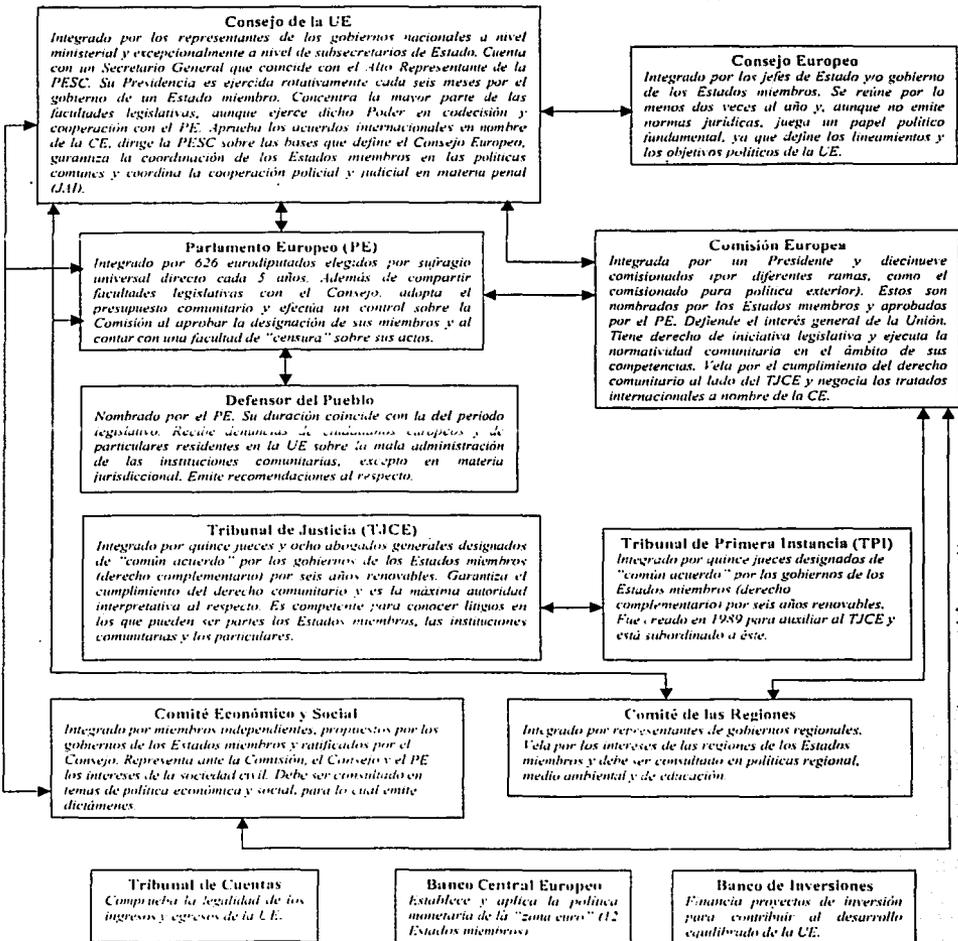
¹¹⁶ TUE, *opus cit.* Lo subrayado es mio

evitar y resolver conflictos normativos, pero con las peculiaridades de ser convenios multilaterales cerrados, *i.e.* no se permite que Estados no comunitarios los adopten o se adhieran a ellos, y de que su interpretación uniforme está reservada al TJCE. También el TUE se refiere a este tipo de convenciones en materia de cooperación judicial y policíaca (art. 34, d). Las decisiones en el seno del Consejo, por su parte, también pueden estar contempladas en los tratados constitutivos y en el TUE o bien pueden ser adoptadas por los representantes de los Estados más allá de lo que éstos establecen.

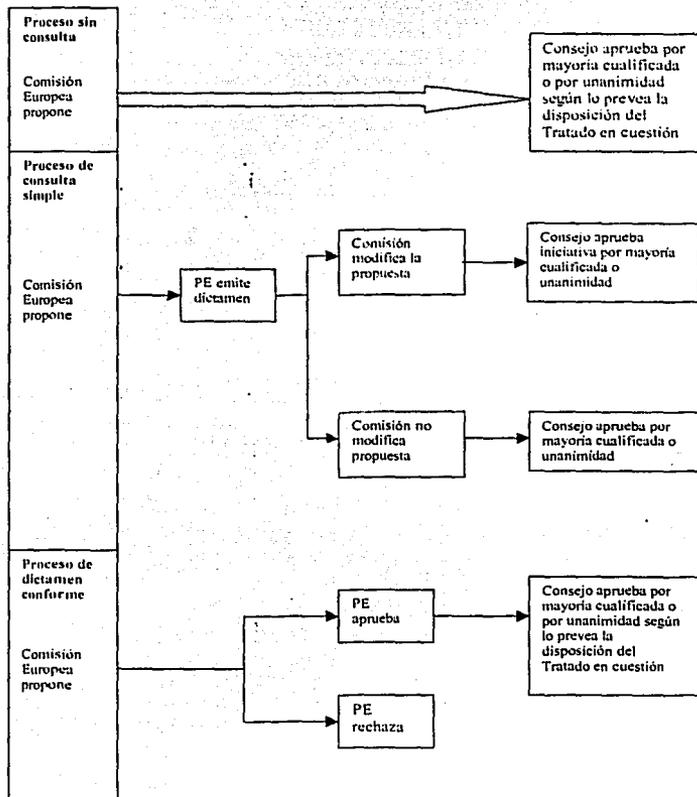
TEC
FALLA LA CUBIERTA

CUADROS EXPLICATIVOS DEL ORDEN JURIDICO COMUNITARIO

1) Esquema institucional de la UE (sin las modificaciones del TN que no han entrado en vigor)

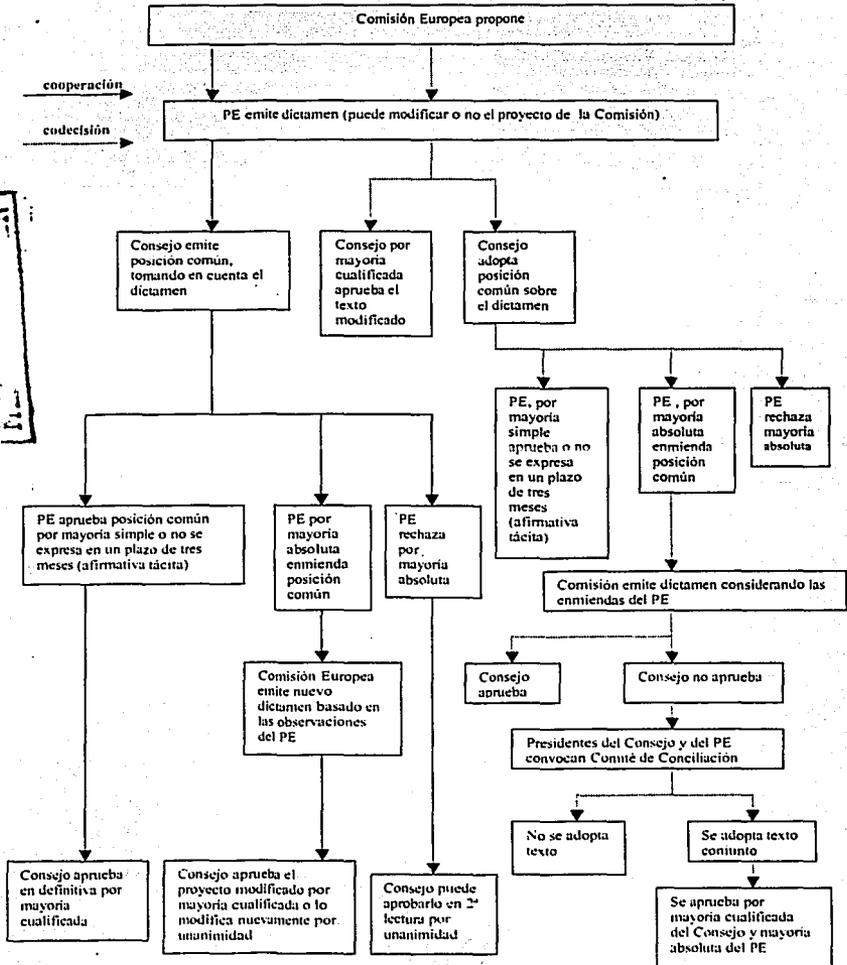


2) Procesos legislativos *sin consulta*, de *consulta simple con el PE* y de *dictamen conforme*



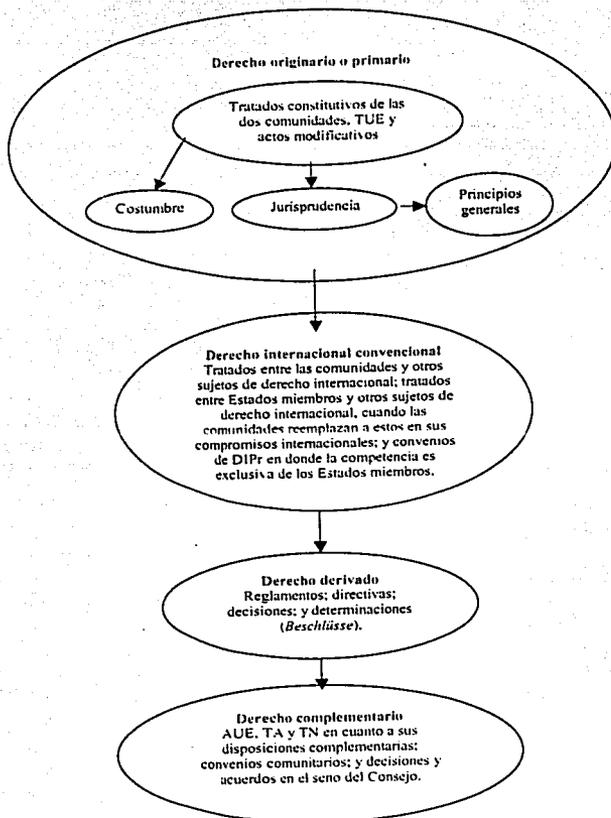
TESIS CON FALLA DE ORIGEN

3) Procesos legislativos de *cooperación* y *codecisión*



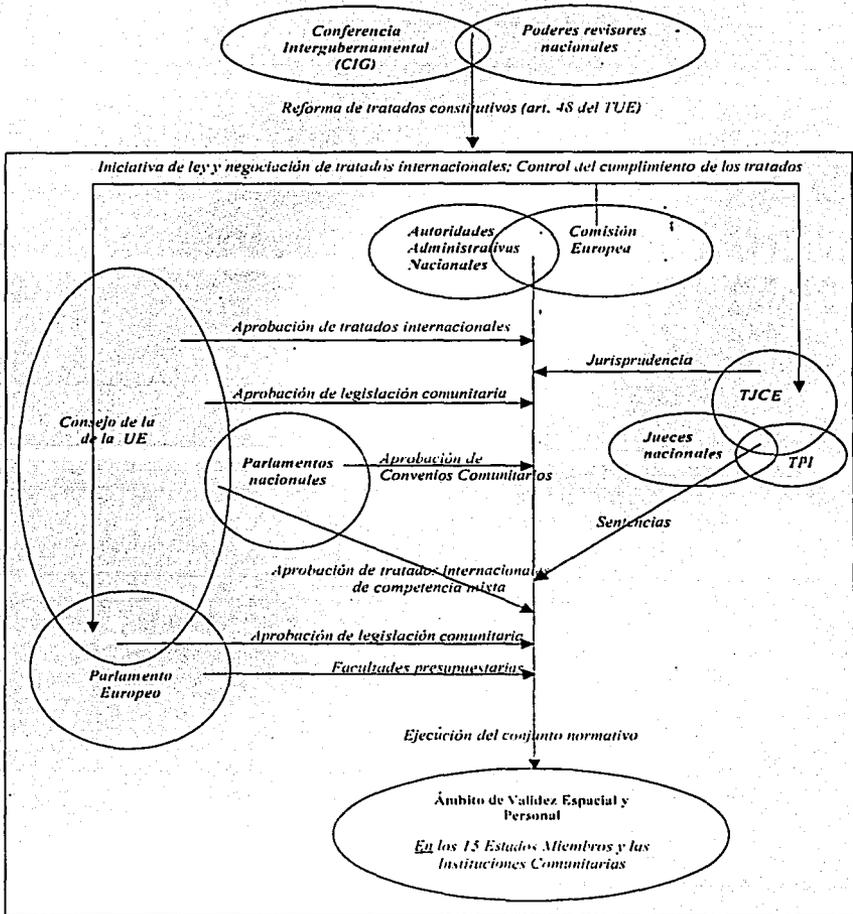
TERCERA
 PARTA

4) Jerarquía normativa del orden jurídico comunitario europeo



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

5) Sistema constitucional de la UE



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

II. EL CARÁCTER SUPRANACIONAL DEL DERECHO COMUNITARIO

Los Estados de la Comunidad han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, y han creado así un cuerpo de derecho aplicable a sus súbditos y a ellos mismos.
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
Sentencia Costa vs. E.N.E.L.

Desde la primera propuesta política concreta para conformar una "asociación europea" en 1929, había quedado muy claro, que ello supondría una cesión de derechos soberanos por parte de los Estados integrantes, razón que impidió su conformación (*vid supra*: pp. 8 y 9). Con la integración de las comunidades europeas y, posteriormente, de la UE, los Estados miembros delegaron efectivamente una serie de facultades soberanas a éstas, lo cual se reflejó, en un principio, en la creación de instituciones independientes de los Estados signatarios: la Alta Autoridad, por ejemplo, definida en el art. 9 del TCECA como institución de "carácter supranacional"¹¹⁷. Más allá de las peculiaridades que presentan los tratados constitutivos y el TUE, y de sus diferencias con los tratados internacionales tradicionales, el derecho comunitario ha desarrollado, por la vía jurisprudencial, una serie de principios decisivos para su naturaleza. Los principios de *lealtad*, *efecto directo*, de la *responsabilidad interna de los Estados miembros frente a los particulares* por daños y perjuicios derivados de la inobservancia del derecho comunitario, así como el de *primacía* de sus normas frente a las nacionales, no dejan ninguna duda respecto al carácter supranacional del orden jurídico comunitario europeo. Sin embargo, los derechos nacionales no siempre han aceptado el *punto de vista* del derecho comunitario, reafirmando así su propio carácter independiente. Las relaciones entre las normas jurídicas nacionales y comunitarias presentan una serie de conflictos, que no cuentan con soluciones uniformes y que difícilmente se encontrarán mientras existan tantos criterios de individualización como órdenes jurídicos autónomos al interior de eso que se llama "UE". Esto, como se advierte, es el problema principal que presenta el derecho comunitario europeo a la ciencia jurídica.

¹¹⁷ Cfr. TCECA: en: Truyol y Serra, Antonio, *La Integración Europea. Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos. Tomo I. Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)* opus cit. p. 183.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A. LA APLICACIÓN INMEDIATA, EL EFECTO DIRECTO Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS

En la sentencia sobre el caso *Van Gend & Loos* de 1963, el TJCE decidió que el derecho comunitario goza de *efecto directo* en los ordenamientos jurídicos nacionales, *i.e.* que sus normas crean derechos y obligaciones no sólo para los Estados miembros sino también para sus ciudadanos, mismos que las autoridades administrativas nacionales están obligadas a respetar y los órganos jurisdiccionales internos a hacer cumplir. De esta manera se creó la institución del *juez interno como juez comunitario*, unánimemente aceptada por los Estados miembros. Sin embargo, y por más interesante que ello resulte, no fue realmente tan innovador, ya que existía anteriormente la concepción de que los tratados internacionales pueden tener efecto directo (*self-executing treaties*), aunque esta circunstancia sea la excepción a la regla. Es cierto que con la sentencia *Van Gend & Loos* dicha excepción se convirtió en la regla para los tratados de las comunidades¹¹⁸, pero ello no constituye una razón suficiente para hablar de su carácter supranacional, por definición distinto del internacional. La importancia de esta decisión radica más bien en que, aunque versa sobre una disposición del ex-TCEE (art.12), no se limita a reconocer el efecto directo de los tratados, sino que lo hace extensivo a gran parte del derecho comunitario: "La CEE constituye un nuevo orden jurídico de derecho internacional para cuyo beneficio los Estados han limitado sus derechos soberanos (...) y que comprende como súbditos no sólo a los Estados miembros sino también a sus nacionales. Independientemente de las legislaciones de los Estados miembros, el derecho comunitario no sólo le impone obligaciones a los individuos, sino que también está destinado a conferirles derechos que se vuelven parte de su herencia jurídica"¹¹⁹. La sentencia *Van Gend & Loos* abrió así el camino para el

¹¹⁸ Cuando las normas de dichos tratados se dirigen directamente a personas físicas o colectivas, su efecto directo es incuestionable, tal es el caso de los arts. 81 y 82 del TCE, que prohíben los actos de las empresas contrarios al mercado común. Pero aún las normas dirigidas a los Estados miembros pueden tener efecto directo, siempre y cuando: a) sean incondicionadas; b) consistan en una obligación de hacer o no hacer para las autoridades de los Estados miembros; y, c) obliguen no sólo en cuanto a sus resultados, sino también en cuanto a sus medios de realización. Ejemplos de estas normas son: la prohibición de los impuestos de aduana entre los Estados (arts. 23 y 25 del TCE); la libre circulación de trabajadores dentro de la CE (art. 39 del TCE); la libre prestación de servicios o trato nacional (art. 49 del TCE); entre otras. Todas estas disposiciones deben aplicarse por las autoridades administrativas de los Estados miembros y su violación es recurrible ante los jueces nacionales, que están obligados a hacerlas cumplir.

¹¹⁹ TJCE, *Judgment of the Court of 5 February 1963, Van Gend en Loos vs. Netherlands Inland Revenue Administration*; en: <http://eur-lex.eu.int>. La traducción es mía.

efecto directo del derecho derivado de los tratados constitutivos, o sea de un *corpus iuris* autónomo, que es creado por órganos comunitarios, jurídicamente independientes de los Estados miembros, y que goza de aplicación directa, *i.e.* que no debe someterse a ningún proceso convalidatorio por parte de los órganos de los Estados nacionales. Como consecuencia de la existencia de la aplicación y el efecto directos, así como de la presencia de órganos jurisdiccionales compulsivos, el derecho comunitario europeo se presenta como un orden jurídico centralizado, lo cual nos permite distinguirlo del derecho internacional¹²⁰. Veamos ahora cómo funciona el efecto directo de estas normas de aplicación inmediata y cómo se garantiza su cumplimiento.

Ya se había visto que los reglamentos comunitarios tienen, por mandato legal (art. 249, segundo párrafo del TCE), efecto directo en los ordenamientos jurídicos nacionales (*vid supra*: pp. 48 y 49). Pero, gracias a la jurisprudencia del TJCE, ha quedado claro que también otras normas derivadas pueden gozar de dicho efecto bajo determinadas circunstancias. Según el TJCE, el art. 249, segundo párrafo del TCE no se debe interpretar de manera excluyente, con lo cual no se les puede negar *a priori* efecto directo a las directivas, ni a otras normas de la UE. Pero independientemente de ello, el TJCE ha señalado condiciones muy concretas para que tal supuesto se verifique. Así, en el caso de las *directivas*, es necesario que el plazo para transponer sus disposiciones se haya agotado, pues de otra manera no puede hacerse exigible su cumplimiento; si, transcurrido el plazo, el Estado destinatario no la ha transpuesto o no lo ha hecho debidamente, entonces goza de efecto directo, ya sea totalmente o en parte, lo cual se determina en función del derecho subjetivo a proteger. Además, la disposición

¹²⁰ Para Kelsen, la diferencia entre derecho nacional e internacional no es necesaria sino contingente, pues estriba en que el derecho internacional tiene un grado menor de centralización, lo que se muestra, *inter alia*, en la ausencia de un sistema internacional de aplicación del derecho lo suficientemente desarrollado (Cfr. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre, opus cit.*, pp. 324-328). Ello significa que *las normas de derecho internacional no son inmediatamente aplicables, sólo como excepción tienen efecto directo y carecen de un sistema jurisdiccional compulsivo encargado de establecer sanciones en caso de incumplimiento*. También Hart señala que lo que distingue al derecho internacional del nacional es la ausencia de reglas secundarias de cambio, adjudicación e incluso—a diferencia de lo que sostiene Kelsen respecto de la norma fundamental—de reconocimiento (Cfr. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, segunda edición, Clarendon Press, Oxford, Oxford, 1997, pp. 213-237). Por su parte, la dogmática internacional menciona que la presencia de reglas de aplicación y efecto directos hacen "permisible la pregunta de si el 'derecho europeo' (...) es una clase del derecho internacional o si, por el contrario, no es más que una especie de derecho federal y, por consiguiente de derecho interno" (Sorensen, Max (editor), *Manual de Derecho Internacional Público*, séptima reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 190). En este mismo sentido, Ingolf Pernice establece que ninguna organización internacional contempla

reclamada debe ser incondicionada y precisa. La incondicionalidad significa que lo que prescribe no debe estar sujeto a condición alguna, ni puede requerir de otra medida para su realización, ya sea por parte de los órganos de la UE o del Estado miembro; por precisa se entiende que el ámbito de aplicación personal tiene que ser identificable y el contenido del derecho determinable. Asimismo, el tribunal supremo de la UE ha tenido a bien aclarar que, dado que la directiva sólo obliga al Estado miembro, cuando ésta se convierte en norma de efecto directo, el particular puede exigir su cumplimiento a los órganos jurisdiccionales del mismo. El Estado, en cambio, no puede exigirle a un particular el cumplimiento de una directiva, ni un particular a otro, por lo que se dice que éstas no tienen 'efecto directo horizontal', como sí es el caso de los reglamentos. Finalmente, cabe señalar que el derecho nacional tiene que ser interpretado, hasta la medida de lo posible, *i.e.* sin violentar su interpretación literal, conforme a lo estipulado por la directiva, pues los jueces nacionales, como autoridades del Estado, están obligados a garantizar el cumplimiento de los objetivos de las directivas, aún sin que se haya realizado, o se haya realizado indebidamente, su transposición.

Las *decisiones* dirigidas a los Estados pueden tener efecto directo si satisfacen los mismos requisitos impuestos a las directivas. En particular podemos mencionar que la persona de derecho privado puede exigirle a sus autoridades el cumplimiento de una decisión que le imponga al Estado una obligación de hacer o no hacer, que sus prescripciones no estén sujetas a condiciones y que sean precisas.

Por último, el TJCE ha indicado que los tratados internacionales celebrados por la CE y cualquier otro sujeto de derecho internacional, en cuya aprobación no intervienen necesariamente los órganos nacionales (aplicación directa), también tienen efecto directo, siempre y cuando, según su sentido literal y el objeto y fin del tratado en cuestión (art. 31, 1 de la CDT), sus disposiciones contengan obligaciones claras para el Estado, establezcan derechos para los particulares, y su realización no dependa de la emisión de otro acto normativo, *i.e.* que se trate de un *self-executing treaty*.

acciones legales contra particulares mediante normas directamente aplicables, como lo hace la UE (Cfr. Pernice, Ingolf, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, *opus cit.*, pp. 6).

El TJCE determinó que todo derecho subjetivo contemplado en—o derivado de— cualquier norma jurídica comunitaria debe ser protegido judicialmente, lo cual obedece al principio *ubi ius ibi remedium*. Los encargados de ello, como ya se ha visto, son los jueces nacionales. ¿Pero qué sucede si los jueces nacionales deciden no aplicar la norma comunitaria? El TCE resuelve esto en su art. 234, tercer párrafo, que establece: "Cuando se plantee una cuestión de este tipo [interpretación y validez del derecho comunitario] en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia [TJCE]"¹²¹. De esta manera, cualquier juicio que se haya llevado a la última instancia nacional, y en el cual alguna norma comunitaria es o puede ser relevante, deberá ser sometido al TJCE en cuestión prejudicial¹²². Las decisiones del TJCE en cuestión prejudicial son vinculantes y su incumplimiento, al igual que la falta de sometimiento de la cuestión por parte del juzgador nacional, dan lugar a un procedimiento por violación del TCE.

Por otro lado, cuando el daño ocasionado a los particulares por la indebida aplicación del derecho comunitario, o por su no-aplicación, ya se ha verificado, éstos pueden exigir una indemnización ante sus jueces nacionales. Así lo estableció el TJCE en 1991, en su sentencia sobre el caso *Francoovich*, que consagra el principio de *responsabilidad interna de los Estados miembros frente a los particulares* por los daños y perjuicios derivados de sus infracciones del derecho comunitario. Este principio se basa a su vez en otras dos máximas establecidas por el TJCE: el principio de *plena eficacia del derecho comunitario* y el de *lealtad comunitaria*. Este último está estipulado en el art. 10 del TCE y obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la CE. El caso *Francoovich* versa en torno al incumplimiento por parte del Estado italiano de una directiva comunitaria sobre la aproximación de legislaciones relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (*directiva 80/987 del Consejo*). En este caso, el TJCE fijó las condiciones para que los particulares

¹²¹ TCE, *opus cit.* Los corchetes son míos.

¹²² La cuestión prejudicial también es un derecho de los jueces nacionales cuando tienen dudas respecto al significado o alcance de una norma comunitaria que deben aplicar, o bien, si tienen dudas en torno a su relación con el derecho nacional.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

puedan exigir indemnización por incumplimiento de una directiva, mencionando que: a) la directiva debe contener derechos subjetivos; b) el contenido de esos derechos tiene que determinarse con base en la directiva; y, c) tiene que comprobarse un nexo causal entre el incumplimiento del Estado de transponer o transponer debidamente la directiva y el daño ocasionado al particular¹²³. La elección de los órganos jurisdiccionales competentes y de las modalidades procesales de los recursos judiciales para exigir el pago de indemnizaciones queda en manos de los órdenes jurídicos nacionales (en España, por ejemplo, son competentes los tribunales de lo contencioso administrativo), pero, en ningún caso, las indemnizaciones a que haya lugar pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna, ni los procedimientos pueden articularse de manera tal que dificulten excesivamente la obtención de la reparación. Posteriormente, en la sentencia sobre el caso *Brasserie du Pêcheur y Factortame* de 1996, el TJCE determinó que el principio comunitario de responsabilidad de los Estados miembros constituye un estándar mínimo, no excluyente de principios nacionales de responsabilidad, sobre todo cuando éstos son más favorables para el ciudadano perjudicado (en ese caso particular se trató del recurso británico *'exemplary damages for unconstitutional behaviour'*). De gran relevancia resulta que, conforme a la jurisprudencia dictada en *Francovich*, el principio de responsabilidad de los Estados miembros se hace extensivo a cualquier autoridad pública de éstos, incluyendo al propio legislador nacional. En esos casos, los parlamentos no actúan soberanamente sino sometidos a la norma comunitaria en cuestión, encontrándose en una "situación parecida a la del administrador encargado de ejecutar la ley"¹²⁴.

El denominado *procedimiento por violación de los tratados* está destinado, como su nombre lo indica, a hacer cumplir los tratados constitutivos, por lo que se encuentra contemplado en cada uno de ellos: arts. 141 a 143 del TCEEA y arts. 226 a 228 del TCE¹²⁵. A continuación, nos limitamos a analizar el procedimiento que establece el

¹²³ Cfr. García, Ricardo A., *La Responsabilidad de los Estados miembros por la Infracción del Derecho Comunitario*; en: *Cuadernos de Estudios Europeos*, Fundación Universidad Empresa, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, pp. 20 y 21.

¹²⁴ Conclusiones del Abogado General Mischo; citado por: García, Ricardo A., *opus cit.*, p. 23.

¹²⁵ El TUE presenta particularidades al respecto. El art. 46 establece que las competencias atribuidas al TJCE por los demás tratados constitutivos serán aplicables sólo a ciertas disposiciones del TUE, de las cuales quedan excluidas todas las relativas al título V, i.e. a la P.E.S.C. En cuanto al título VI (JAI) remite

TCE, por ser éste el tratado marco. En caso de que la Comisión Europea estime que un Estado ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del TCE, está facultada para emitir un dictamen recomendando el debido cumplimiento. Si el Estado hace caso omiso de dicho dictamen en un plazo determinado por la Comisión, ésta puede substanciar ante el TJCE el proceso coactivo (art. 226). Asimismo, cualquier Estado miembro puede entablar dicho proceso ante el TJCE, si estima que otro Estado ha incumplido una de las obligaciones del Tratado, pero debe someter previamente el asunto a la Comisión, que emite un dictamen sobre el asunto. Cabe aclarar que la falta de dictamen de la Comisión en un plazo de tres meses no es obstáculo para que el Estado acuda al TJCE (art. 227). Si el TJCE declara el incumplimiento, el Estado responsable está obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del TJCE. La Comisión, nuevamente, evalúa la observancia en la ejecución de la sentencia, y si determina que el Estado no ha cumplido con ello en cierto plazo, somete el asunto de nueva cuenta al TJCE, sugiriendo el monto de la multa que debe ser pagada por el Estado infractor. Si el TJCE decide que la sentencia no fue ejecutada, puede imponerle al Estado una multa coercitiva (art. 228)¹²⁶.

Pero el derecho comunitario no sólo establece los mecanismos para hacer valer derechos y exigir indemnizaciones a los Estados miembros, también dispone de medidas coercitivas en contra de los particulares que incumplen con él. En materia de competencia económica, el Consejo está facultado para adoptar, mediante consulta simple, reglamentos que estipulen multas coercitivas en caso de violación (art. 83, 2, a del TCE), mismas que son impuestas por la Comisión. Asimismo, el art. 229 señala que los reglamentos adoptados conjuntamente por el Consejo y el PE, así como los adoptados sólo por el Consejo (o sea mediante cualquier proceso legislativo), pueden atribuir al TJCE competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones que en ellos mismos se estipulen. Si bien dicha disposición autoriza la imposición de multas coercitivas en toda materia regulada por un reglamento comunitario, en la práctica sólo se ha hecho extensiva la imposición de multas pecuniarias a las materias agrícola y

al art. 35 que limita la competencia del TJCE a la cuestión prejudicial y la hace depender de una declaración de competencia facultativa por parte de los Estados miembros, idéntica a la conocida en el derecho internacional.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN
TESIS NO SALE A BIBLIOTECA

pesquera, ya que esta sanción se cataloga como de derecho penal en sentido amplio y en lo penal no ha habido cesión de facultades soberanas por parte de los Estados miembros.

Por otro lado, la Comisión puede retirar fianzas a empresas importadoras y exportadoras que incumplan sus obligaciones derivadas de los certificados (concesiones), y reducir o cancelar subvenciones cuando en los sectores productivos cuyas empresas reciben subvenciones se registren determinados excesos¹²⁷. Mediante reglamento se ha establecido todo un proceso administrativo para la ejecución de tales sanciones, en el que la Comisión debe respetar las garantías de audiencia y de legalidad. La determinación de la violación o no y la correspondiente ejecución o no de la multa, son facultades que la Comisión realiza mediante decisiones. Este tipo de reglamentos y decisiones son recurribles por los particulares ante el TJCE (art. 230, párrafo cuarto).

¹²⁶ Resulta interesante como los redactores del TCE eligieron el verbo 'poder', reflejando, en excelente técnica legislativa, el carácter facultativo de las normas que estatuyen actos coactivos (Cfr. Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre, opus cit.*, p. 52).

¹²⁷ Cfr. Dannecker, Gerhard. *Evolución del derecho penal y sancionador comunitario europeo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 89-98.

B. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO Y LOS PUNTOS DE VISTA DE LOS DERECHOS NACIONALES

Más allá de la aplicación inmediata y del efecto directo, aunque íntimamente ligado, se encuentra el *principio de primacía* del derecho comunitario, establecido por la Corte en su famosa sentencia sobre el caso *Costa vs. E.N.E.L.* de 1964. Dicho principio significa que las normas jurídicas comunitarias (primarias y derivadas, quedando fuera las del derecho complementario) gozan de preferencia ante las nacionales. Su justificación ha sido expresada por el propio TJCE (*Costa vs. E.N.E.L.* y *Walt Wilhelm vs. Bundeskartellamt* de 1969), y también por la dogmática jurídica al establecer que la primacía es una "condición existencial" del derecho comunitario, sin la cual no existiría como orden jurídico autónomo¹²⁸. Y es que independientemente de las instituciones propias, sus ámbitos de validez espacial y personal son los territorios de los Estados miembros, éstos y sus súbditos, por lo que en caso de que las autoridades administrativas y judiciales nacionales lo dejasen de aplicar de una manera frecuente, éste perdería eficacia y con ello existencia¹²⁹.

En 1970, en la sentencia sobre el caso *Internationale Handelsgesellschaft*, el TJCE extendió este principio al determinar que el derecho comunitario prevalece incluso frente a las normas constitucionales de los Estados miembros, aún tratándose de derechos fundamentales y principios estructurales¹³⁰, atentando contra lo que la doctrina constitucional tradicional considera decisiones políticas fundamentales, inalterables según Carl Schmitt. Con el mismo afán de garantizar la efectiva aplicación del derecho comunitario por los jueces nacionales, quienes evidentemente entraron en conflicto con su legislación, sobre todo constitucional, el TJCE determinó en 1978, en otra emblemática jurisprudencia conocida como el caso *Simmenthal*, los criterios que deben seguir aquellos si hay conflicto. Según dicha sentencia, el juez nacional competente en la aplicación del derecho comunitario: "tiene la obligación de garantizar el pleno efecto de las normas [comunitarias], dejando de aplicar, si así se requiere, y

¹²⁸ Esta tesis se debe al jurista y juez del TJCE, Pierre Pescatore. Citado por: Isaac, Guy, *opus cit.*, p. 186.

¹²⁹ Sobre la eficacia y validez de las normas jurídicas y de los órdenes jurídicos en su totalidad, véase, por todos: Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre, opus cit.*, pp. 215-221.

¹³⁰ TJCE, *Judgment of the Court of 17 December 1970; Internationale Handelsgesellschaft mbH vs. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, en: <http://euria.eu.int>.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

por su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior [a la entrada en vigor de la norma comunitaria]¹³¹. De esta manera queda muy claro, por lo menos desde el punto de vista del derecho comunitario, que el principio *lex posterior derogat priori* no aplica entre el derecho comunitario y los nacionales.

Gran parte de la dogmática considera que la regla de primacía demuestra que no hay conflictos normativos genuinos entre el derecho comunitario y los nacionales, dando como resultado la unidad entre éstos; agregan que la primacía del derecho comunitario no implica una relación jerárquica, ya que la norma comunitaria no invalida a la nacional, sino simplemente es de aplicación preferente. Las normas comunitarias cobran, así, el carácter de *lex specialis* frente a las del orden jurídico nacional¹³². Pero este razonamiento no es inequívoco, ya que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros se comprenden a sí mismos como autónomos, como se ve más adelante con las jurisprudencias de las cortes constitucionales nacionales. Además, el propio TJCE así lo ha reconocido al definir al derecho comunitario como "un orden jurídico propio, integrado al sistema de los Estados miembros"¹³³, afirmación de la que se desprende la existencia de dos distintos tipos de ordenamientos legales, que interactúan muy estrechamente, pero que no integran uno solo. Esto nos lleva, necesariamente, a aceptar dos puntos de vista o, mejor dicho, dos criterios jurídicos igualmente válidos, lo que conlleva, a su vez, a conflictos de leyes irremediables. En un intento por evitar tal circunstancia y garantizar una coherencia jurídico-formal entre el derecho comunitario y los nacionales, la mayoría de éstos han establecido en sus constituciones mecanismos que permiten la cesión de facultades soberanas a favor de los órganos primarios de la UE.

¹³¹ TJCE, *Judgment of the Court of 6 March 1979, SpA Simmenthal vs. Commission of the European Communities*; en: <http://eur-lex.europa.eu>. Lo que está entre corchetes y la traducción son míos.

¹³² Este criterio es sostenido, entre otros, por Ingolf Pernice y Blanca Vilá (Cfr. Pernice, Ingolf, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, *opus cit.*; Vilá Costa, Blanca, *Ordenamiento Jurídico Comunitario: Características*; en: Abellán Honrubia, Victoria et al., *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, *opus cit.*). El TJCE, por su parte, ha sido muy cuidadoso al distinguir entre aplicación preferente y jerarquía normativa, como se observa en las sentencias *Costa vs. E.N.E.L.*, *Simmenthal* y, sobre todo, *Bundeskartellamt*.

¹³³ TJCE, *Judgment of the Court of 13 July 1964, Faminio Costa vs. E.N.E.L.*, *opus cit.*

Las formulas jurídicas que prescriben tal cesión se denominan "cláusulas europeas" o "cláusulas de integración", y muestran matices distintos, aunque en realidad se trata de uno y el mismo fenómeno: órganos no constituidos (extraestatales) adquieren facultades para crear normas directamente aplicables y de efecto directo en el orden jurídico en cuestión¹³⁴. Esto ha sido comparado con el *principio de quebrantamiento constitucional de la Constitución* de Carl Schmitt¹³⁵, que significa la violación a título excepcional de una prescripción legal-constitucional para uno o varios casos concretos, cuando, o bien es permitida por la propia Constitución, o bien se observa para ello el procedimiento prescrito para las reformas constitucionales¹³⁶. Como se desprende, la aplicación del concepto schmittiano es incorrecta, ya que el pasaje referido habla de "leyes-constitucionales" y no de "decisiones políticas fundamentales", y, conforme a la teoría de Schmitt, el establecimiento de un poder legislativo paralelo a los nacionales constituye, sin duda, un quebrantamiento de las decisiones políticas fundamentales. Y así lo confirma el 'cambio general' (*Gesamtänderung*) al que fue sometida la *Constitución Federal de Austria* a fin de posibilitar el ingreso de ese país a la UE en 1994. La teoría y jurisprudencia austriacas definen el 'cambio general de la Constitución' como "la eliminación o cambio esencial de alguna de sus *leyes estructurales* [las cuales consisten en] los principios democrático, republicano, del Estado de derecho y del Estado federal"¹³⁷. La diferencia entre la doctrina y el derecho constitucional positivo austriacos con la teoría de Schmitt estriba en que para aquellos las decisiones políticas fundamentales sí son modificables, siempre y cuando se sometan, además del mecanismo contemplado para los cambios parciales (*i.e.* aprobación de dos tercios del parlamento federal), a un *referendum*

¹³⁴ Como ya se ha advertido, ello presenta una diferencia fundamental con el derecho internacional, pues "atribuir a los órganos internacionales facultades para tomar medidas reguladoras de carácter obligatorio es invertirlos, en realidad, de funciones legislativas, lo que resulta contrario al principio de la soberanía de los Estados. A no ser en el caso de aquellas instituciones dotadas de carácter supranacional, tales atribuciones se han conferido sólo en esferas técnicas y en un ámbito limitado" (Sorensen, Max (edior), *opus cit.*, p. 189).

¹³⁵ Cfr. Ruipérez, Javier, *La "Constitución Europea" y la Teoría del Poder Constituyente*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, p. 47.

¹³⁶ Cfr.: Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, *opus cit.*, p. 116.

¹³⁷ Pernthaler, Peter, *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Österreich*; en: Battis, Ulrich Tsatsos, Dimitris Th. Stefanou, Dimitris (compiladores), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht. Beiträge eines Forschungsprojektes an der FernUniversität in Hagen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden-Ant. N. Sakkoulas, Atenas, 1995, p. 444. La traducción y los corchetes son míos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

popular¹³⁸. Pero haciendo abstracción del concepto del constitucionalista alemán, podemos establecer que las cláusulas europeas han significado una modificación importante en el derecho constitucional de los Estados miembros, abriendo para algunos juristas¹³⁹ la posibilidad de afirmar la unidad normativa entre los órdenes jurídicos comunitario y nacionales. Sea como sea, primero debemos exponer los distintos tipos de cláusulas europeas que existen, pues éstos son muy variados y sus alcances distintos.

La transferencia de competencias constitucionales se puede hacer en abstracto, para fines generales o de manera concreta. En el primer caso, la norma constitucional simplemente menciona la posibilidad de cesión de derechos soberanos a favor de instancias supranacionales sin especificar cuál(es), ni para qué propósitos. Éste es el caso de la *Constitución española*, cuyo art. 93 menciona: "Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión"¹⁴⁰. En este mismo sentido se pronuncia el art. 34 de la *Constitución belga*. En el segundo caso, se hace referencia a los fines que se persiguen con la cesión, pero no se determina la instancia internacional a la que va dirigida; así se expresa la *Constitución italiana* en su art. 11, estipulando que Italia "consentirá, en condiciones de igualdad con los demás Estados, las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones (...)"¹⁴¹. Las transferencias concretas, por su parte, figuran en la *Constitución francesa* y en la *Ley Fundamental* de Bonn. La primera—que dedica todo el Título XV a las comunidades y a la UE—dispone en su art. 88, I, lo siguiente: "La República participa en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, compuestas por Estados que han elegido libremente, en virtud de los Tratados que las

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Así, por ejemplo, Pernice, Ingolf, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, en: *Common Market Law Review*, No. 36, Holanda, 1999, p.710. La tesis de la unidad defendida por este autor es analizada en el Capítulo Cuarto, II.

¹⁴⁰ *Constitución del Reino de España de 1978*, en: http://www.cepe.es/const_UF.htm.

¹⁴¹ *Constitución de la República de Italia de 1947*, en: http://www.cepe.es/const_UF.htm.

instituyen, ejercer en común ciertas competencias"¹⁴². La *Ley Fundamental* prescribe en su art. 23, 1 que "para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania participa en la Unión Europea, que está comprometida con los principios democrático, del Estado de derecho, sociales, y con el principio de subsidiaridad, y que garantiza una protección de los derechos fundamentales esencialmente similar a la garantizada por esta Ley Fundamental. Para ello, la Federación puede, mediante ley aprobada por el *Bundesrat*, transmitir derechos soberanos"¹⁴³.

Al ver estas cláusulas de transferencia de competencias se podría pensar en un cierto paralelismo con el reenvío en DII'r: la constitución de un país miembro determina que para ciertas materias resulta aplicable el derecho comunitario, conforme al método *lex causae*¹⁴⁴. Empero, lo que hacen las normas fundamentales nacionales es otorgar, indirectamente, facultades de creación normativa (facultad soberana) a órganos no constituidos, que están fuera de la organización estatal, es decir, supranacionales. Dicho de otro modo: el Estado miembro deja de ejercer su facultad soberana de creación normativa en determinadas áreas que delega a favor de los órganos primarios de la UE. Lo que se reconoce constitucionalmente—y en los tres diferentes tipos de cesión que hemos distinguido—es la competencia de un poder legislativo paralelo a los ya constituidos. Y aunque dicho reconocimiento sea tácito, no deja de ser *de iure*, pues se desprende de los textos constitucionales nacionales¹⁴⁵.

Las cláusulas de integración también suelen establecer la regla de primacía del derecho comunitario. Esta regla se puede encontrar expresa en la cláusula o puede ser fruto de la jurisprudencia de las cortes constitucionales sobre las mismas; en ocasiones se determina contundentemente y en otras se da mucho margen a la interpretación. El

¹⁴² Constitución del 4 de octubre de 1958; en: <http://www.assemblee-nationale.fr>.

¹⁴³ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, en: *Deutsche Verfassungen*, tercera edición, Goldmann Verlag, München, 1994, pág. 234. La traducción es mía.

¹⁴⁴ La Corte Constitucional italiana se ha inclinado por este criterio (Cfr. Isaac, Guy, *Droit communautaire général*, *opus cit.*, pp. 200 y 201).

¹⁴⁵ Saber si dicho reconocimiento implica la atribución de una *Kompetenz-Kompetenz* a favor de la UE o si se trata de una "competencia especial limitada", depende de: a) si la cesión constitucional se hace en forma abstracta, para fines generales o para materias concretas; b) si se estipulan o no condiciones, como en los casos de Francia (reserva de reciprocidad) y Alemania (observancia de los principios democrático, del Estado de derecho, sociales y de subsidiaridad, así como de una efectiva protección de los derechos humanos esencialmente parecida a la que garantiza el *Grundgesetz*); y, c) lo que establecen los propios tratados constitutivos y el TUE al respecto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

caso paradigmático de la regla de primacía expresa- y contundentemente prescrita en la cláusula europea, lo constituye el art. 29, 3, 5 de la *Constitución de la República de Irlanda*, según el cual: "Ninguna provisión de esta Constitución invalidará las leyes promulgadas, los actos realizados o las medidas adoptadas por el Estado, que se derivan de sus obligaciones de membresía de la UE o de las comunidades, ni evitará que las leyes promulgadas, los actos realizados o las medidas adoptadas por la UE, por las comunidades o por sus instituciones tengan fuerza de ley en el Estado"¹⁴⁶. El orden jurídico británico nos brinda otro ejemplo de este tipo, aunque no se puede hablar de una cláusula europea en el sentido descrito, ya que dicho ordenamiento carece de una constitución escrita. No obstante, la regla de primacía está contemplada al más alto nivel jerárquico, *i.e.* en una ley del parlamento, la *European Communities Act* de 1972, que ha sido modificada en varias ocasiones¹⁴⁷. Dicha ley establece en la sección 3, 2, que cuando existe derecho europeo aplicable a una materia determinada, éste prevalece sobre el derecho del Reino Unido, incluyendo a las leyes del parlamento¹⁴⁸. Pero también existen ciertas cláusulas de integración que más bien restringen el principio de primacía del derecho comunitario, o por lo menos dan margen a una interpretación en tal sentido. El art. 23, 1 de la *Ley Fundamental* alemana establece las condiciones bajo las cuales la República Federal participa en la UE, de lo cual se infiere que el derecho comunitario es de aplicación preferente al alemán sólo si: a) no vulnera un derecho fundamental; b) no va en contra de los principios democrático, social y del Estado de derecho; y, d) no quebranta el principio de subsidiaridad. Dicho de otro modo, las decisiones políticas fundamentales, o bien, los valores iusfundamentales de la Constitución alemana, siguen siendo de aplicación preferente al derecho comunitario. Pero aunque dicha interpretación es bastante apegada a la letra del precepto constitucional, queda claro que la Corte Federal Constitucional alemana es quien tiene la última palabra al respecto, y, de hecho, el contenido del artículo reformado en 1992 es resultado del desarrollado de sus tesis jurisprudenciales. Ello refleja una circunstancia fundamental para entender mejor la relación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: el significado de las cláusulas europeas, y con ello el de la regla de primacía, es definido en última instancia por las cortes constitucionales

¹⁴⁶ *Constitución de Irlanda*, en: http://www.irishgov.ie/foisearch/publication/constitution_intro.htm.

¹⁴⁷ La última modificación fue en febrero de 2002, con motivo del TN (Cfr. *European Communities (Amendment) Act 2002*, Crown Copyright 2002, en: www.hmso.gov.uk/acts/acts2002/20022002.htm).

¹⁴⁸ Cfr. *European Communities Act 1972*, en: www.legis.ac.uk/law/html/en/european.htm.

nacionales, lo cual implica que se encuentra sujeto a cambios por medio de la mutación constitucional. Este concepto, propio de la doctrina de Konrad Hesse, no debe confundirse con la reforma, pues la mutación "no afecta al texto como tal—el cual permanece inmodificado—sino a la concretización del contenido de las normas constitucionales"¹⁴⁹, es decir, lo que cambia es su significado. La mutación constitucional está íntimamente ligada a la necesidad de responder a las exigencias de la realidad que la norma constitucional debe regular¹⁵⁰, por lo que su resultado significativo siempre es un reflejo de realidades políticas, sociales, económicas, culturales, etcétera. En el caso de la interpretación que realizan las cortes constitucionales con respecto a las cláusulas europeas, la cosa no es distinta; de hecho, en ocasiones representa situaciones bastante esclarecedoras de la mutación constitucional. *Grosso modo*, podemos distinguir dos tendencias de las cortes nacionales sobre el particular: o se acepta el criterio del TJCE, reconociendo la primacía de las normas europeas sobre el derecho nacional en su totalidad, o bien se concede una primacía absoluta a los valores iusfundamentales—o decisiones políticas fundamentales—consagrados en las constituciones nacionales. En ambos casos, se trata, por lo menos formalmente, de un punto de vista nacional, ya que la coincidencia con el criterio del TJCE es contingente y tiene que ver más con cuestiones políticas que jurídicas: el punto de vista comunitario corresponde exclusivamente al TJCE. Veamos, pues, algunos ejemplos sobre el desarrollo jurisprudencial (o mutación) de las cláusulas europeas y del principio de primacía del derecho comunitario¹⁵¹.

En los países del Benelux y en Austria la tendencia es claramente a favor del pleno reconocimiento de la primacía del derecho comunitario. En Grecia se acepta la primacía, pero se fundamenta en la jerarquía superior del derecho internacional sobre las leyes nacionales. Asimismo, en Francia se recurre a la teoría monista del derecho internacional para tal efecto (art. 55 de la *Constitución de 1958*), por lo que la primacía de los tratados constitutivos y de sus normas derivadas es generalmente aceptada. No

¹⁴⁹ Hesse, Konrad, *Eseritos de Derecho Constitucional (Selección)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 25.

¹⁵⁰ Cfr. *Idem*, pp. 28-31.

¹⁵¹ Para una exposición más detallada de esta evolución, véase: Isaac, Guy, *Droit communautaire général, opus cit.*, pp. 188-202; Battis, Ulrich *et al.*, *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, Erträge eines Forschungsprojektes an der FernUniversität in Hagen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden/Ant. N. Sakkoulas, Atenas, 1995.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

obstante, viendo las peculiaridades del derecho francés más a fondo, observamos serias dificultades respecto a la primacía del derecho comunitario frente al derecho nacional constitucional, por lo que es preciso detenerse un momento en el asunto.

El artículo 54 de la *Constitución de la V República* indica que "si el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de cualquiera de las dos asambleas o por sesenta diputados o por sesenta senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el referido compromiso internacional sólo podrá otorgarse previa revisión de la Constitución"¹⁵². Conforme a este precepto, el Presidente Mitterrand solicitó al Consejo Constitucional, en marzo de 1992, que revisara la compatibilidad del TUE con la Carta Magna francesa. En abril del mismo año, el Consejo emitió una emblemática decisión (el *caso Maastricht francés*) que dio lugar al mencionado Título XV de la Constitución, por lo que los preceptos contenidos en ese Título nacieron con un alcance bien delimitado¹⁵³. Tomando en cuenta una serie de normas relativas a la titularidad de la soberanía francesa y a la participación de Francia en organismos internacionales, entre las que destacan el quinceavo párrafo del preámbulo de la *Constitución de 1946* y el art. 3 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, que continúan teniendo rango constitucional, el Consejo decidió que la cesión de competencias del Estado francés a otros sujetos de derecho internacional es constitucional sólo si se satisfacen tres requisitos: que la cesión sea recíproca; que mediante tal cesión no se quebranten normas constitucionales; y que la cesión no interfiera con las condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional. En cuanto a la reciprocidad, el Consejo aclaró que se trata de un requisito meramente formal para la entrada en vigor de los tratados internacionales, *i.e.* los tratados comunitarios por los que se da la cesión soberana sólo surten efectos legales hasta que el último instrumento de ratificación sea depositado. Aunque aparentemente la compatibilidad de los compromisos

¹⁵² *Constitución del 4 de octubre de 1958*, en: <http://www.assemblee-nationale.fr>. Existe, pues, una revisión de compatibilidad constitucional de los tratados internacionales, previa su aprobación, incluyendo, por supuesto, a los tratados comunitarios. Ello permite cuestionar la aceptación de la teoría monista del primado del derecho internacional, por lo menos en su concepción más pura.

¹⁵³ Mis comentarios sobre la decisión del Consejo Constitucional francés están basados parcialmente en: Fromont, Michel, *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Frankreich*, en: Batis, Ulrich *et al.*, *opus cit.*, pp. 131-131.

internacionales con la Constitución no merece mayor comentario, pues ya se contemplaba anteriormente (art. 54), el Consejo puso atención especial a la armonía entre el TUE y los derechos humanos del orden constitucional francés, tendencia que empezaría a prevalecer en la mayoría de las cortes constitucionales nacionales. Lo que podríamos denominar 'reserva de integridad de la soberanía nacional', es, sin duda, el obstáculo más fuerte que opone la jurisprudencia constitucional francesa a la participación de Francia en la UE y, por ende, al principio de primacía del derecho comunitario. De hecho, esta condición fue la que la decisión de abril de 1992 declaró no satisfecha. El Consejo opinó que tanto el ingreso de Francia a la UEM, como el reconocimiento del derecho pasivo y activo a votar de los ciudadanos de la UE en las elecciones municipales (art. 19 del TCE, introducido por el TUE), atentaban contra las garantías esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional, dando así lugar a la mencionada reforma constitucional de junio de 1992, específicamente a las normas previstas en el art. 88, 2 y 3.

Para efectos de la primacía del derecho comunitario se puede desprender lo siguiente: los derechos humanos contemplados en el derecho constitucional positivo francés y el ejercicio de las competencias que forman parte esencial de la soberanía nacional, representan claros límites a la participación de Francia en la UE, y por ende, a la interacción del derecho comunitario y el derecho nacional. No cabe la menor duda, el Consejo Constitucional ejerce un control de la constitucionalidad del derecho comunitario primario, y aunque no se ha pronunciado expresamente sobre la constitucionalidad del derecho derivado, implícitamente sí lo ha hecho, toda vez que éste goza de un rango jerárquico inferior al primario, pues *deriva* de él. El control de la constitucionalidad del derecho primario se extiende, analíticamente, al derivado, tal como el control constitucional de las leyes abarca a los reglamentos que de ellas emanan, pues no puede existir un reglamento conforme a una ley y contrario a la constitución sin que esté viciado de inconstitucionalidad, ya que su validez la deriva en última instancia de la constitución y no de la ley. El control de la constitucionalidad del derecho primario¹⁵⁴ y el de las leyes francesas son dos aspectos de una sola función:

¹⁵⁴ Otro ejemplo de ello lo constituye su *Decisión* de diciembre de 1997, que determinó la inconstitucionalidad del TA (Cfr: Conseil Constitutionnel. *Décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997 - Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes*; en: www.conseil-constitutionnel.fr).

la garantía de la regularidad del orden jurídico francés¹⁵⁵, y el derecho comunitario es controlado en la medida en que se integra al derecho francés. Cuando el TJCE declaró en su célebre sentencia *Costa vs. E.N.E.L.* que el derecho comunitario es un orden jurídico propio integrado a los ordenamientos nacionales, dio precisamente cuenta de ello, y de alguna manera dejó ver la dificultad que tal situación implica: cómo suponer la primacía de las normas comunitarias aplicables en los órdenes nacionales sobre las normas supremas de éstos, si finalmente aquellas derivan su validez de éstas: la contradicción lógica es evidente (*vid infra*: pp. 204 y ss.). Ante ello, suele replicarse que el Consejo Constitucional no cuestiona la constitucionalidad del derecho comunitario derivado, que una vez integrado el derecho primario a su orden jurídico, el máximo tribunal francés ya no es competente para confrontar el derecho que de él deriva por emanar de las instituciones primarias de la UE. Empero, dicha objeción es una falacia, como lo demuestra la *Decisión n° 98-400 DC*, del 20 de mayo de 1998. En ese fallo, el Consejo determinó que una ley reglamentaria del art. 88, 3 de la *Constitución francesa* (ley orgánica francesa) era constitucional. El Consejo argumentó de la siguiente manera: "Considerando que al disponer que el derecho al voto pasivo y activo de los ciudadanos de la Unión en las elecciones municipales se acordó «conforme a las modalidades previstas por el Tratado de la Unión Europea», el artículo 88-3 de la Constitución subordinó expresamente la constitucionalidad de la ley orgánica prevista para su aplicación a su conformidad con las normas comunitarias; consecuentemente, resulta de la voluntad del propio constituyente que el Consejo Constitucional asegure que la ley orgánica prevista por el artículo 88-3 de la Constitución respete tanto el primer párrafo del artículo 8 B del (...) tratado constitutivo de la Comunidad Europea (...) como la *Directiva* del 19 de diciembre de 1994, adoptada por el Consejo de la Unión Europea (...)"¹⁵⁶. Si bien desde un punto de vista estrictamente formal el Consejo no revisó la constitucionalidad de la *Directiva* sino de la ley francesa que la transpuso, es debido observar lo siguiente: "respeto"

¹⁵⁵ Sobre el concepto de 'regularidad' y el control jurisdiccional de la constitución, véase: Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, traducción de Tamayo y Salmorán, Rolando, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, pp. 9-20.

¹⁵⁶ Conseil Constitutionnel, *Décision n° 98-400 du mai 1998. Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994*; en www.conseil-constitutionnel.fr.

significa en este contexto que el derecho comunitario primario y derivado es de aplicación preferente a la ley orgánica referida, i.e. que goza de primacía frente al derecho nacional no constitucional. Pero la primacía no deriva de la autoridad del derecho comunitario sino del artículo 88. 3 de la *Constitución francesa de 1958*, que prescribe expresamente la subordinación de la constitucionalidad de la ley orgánica a su conformidad con las normas comunitarias. Por tanto—y reiterando nuestro argumento—, es imposible predicar la primacía del derecho comunitario, primario o derivado, sobre la *Constitución francesa*, toda vez que la primacía de aquel sobre el derecho francés no constitucional (ley orgánica) resulta de una norma constitucional francesa.

Lo que hizo el Consejo francés en la *Decisión n° 98-400 DC*, le ha provocado serios problemas a la Corte Constitucional italiana con el TJCE, quien no acepta la declaración de inconstitucionalidad de una norma nacional contraria a una comunitaria, toda vez que, desde el punto de vista comunitario, la inconstitucionalidad no es lo que importa, sino la contrariedad al derecho comunitario, i.e. la inobservancia de la regla de primacía no es contraria al derecho constitucional nacional, sino al derecho constitucional comunitario. Pero, una vez más: son dos puntos de vista.

En Reino Unido, por su parte, la *European Communities Act* de 1972 es bastante clara, estableciendo la primacía de las normas comunitarias sobre el derecho británico. Sin embargo, la *Court of Appeal* y el *House of Lords* expresaron, en 1979 y 1982 respectivamente, que esa ley es abrogable y objeto de derogación por parte del Parlamento, como cualquier otra¹⁵⁷.

Los casos más contundentes de limitación a la regla de primacía lo constituyen, sin duda, algunos fallos de los máximos tribunales de Dinamarca, España y Alemania. La Suprema Corte de Dinamarca permitió en su *sentencia Maastricht* de 1998 la revisión constitucional de las normas comunitarias en "situaciones extraordinarias". En tanto que el Tribunal Constitucional español determinó en una sentencia de 1991 que "(...) la primacía sobre el Derecho nacional (...) no puede relativizarlo o alterar las previsiones de los arts. 53. 2 y 161. 1, b) de la Constitución [que versan sobre el recurso

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de amparo]"; y calificó el contenido del derecho comunitario respecto al derecho reclamado en ese caso de la siguiente manera: "(...) en relación con el *thema decidendi*, debe tenerse en cuenta que el derecho fundamental invocado—la igualdad—encuentra plena acogida en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y, más en concreto, en atención a la naturaleza de los actos impugnados, en el art. 40,3, párrafo 2º, del TCEE, que excluye «toda discriminación entre productores o consumidores de la Comunidad». Este precepto, reiteradamente invocado por las demandas, ofrece en la actualidad un contenido y, en consecuencia, una protección similar a la dispensada en el ámbito interno de cada Estado (...)»¹⁵⁸. Este fallo representa un típico ejemplo del control constitucional de los derechos fundamentales como límite a la primacía comunitaria, y simboliza cómo, en los últimos lustros, la teoría de los valores iusfundamentales ha desplazado, en cierto modo, a la de las decisiones políticas fundamentales. Pero es justo aclarar que el núcleo argumentativo de la sentencia española es fruto del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Federal Constitucional de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*), la primera en plasmar la primacía de estos principios. De ahí derivó también la cláusula europea de la propia *Ley Fundamental*. Además, la jurisprudencia de la Corte alemana ha experimentado una interesante evolución que vale la pena analizar más a fondo.

Las sentencias conocidas como *Solange I* de 1974, *Solange II* de 1986 ("en tanto" I y II), *Maastricht* de 1993 y *Bananas* de 2000 son algunas de las más significativas en la determinación del papel que desempeña el derecho comunitario en el orden jurídico alemán.

En el primer caso, un tribunal administrativo de Francfort se había negado a aplicar un reglamento comunitario por considerar que iba en contra de ciertos derechos fundamentales garantizados por la Constitución. La Corte le dio la razón, argumentando que si bien ella misma no podía pronunciarse sobre la validez de la norma derivada por pertenecer a un orden jurídico autónomo, sí podía ordenarle a las autoridades administrativas y judiciales alemanas que no aplicaran normas

¹⁵⁷ Isaac, Guy, *Droit communautaire générale, opus cit.*, p. 201.

¹⁵⁸ Tribunal Constitucional del Reino de España, Sala Primera, *Sentencia TC 64/1991, de 22 de marzo de 1991*. BOE 98, de 24 de abril; en: www.der.una.es.

comunitarias que estuvieran en conflicto con los derechos fundamentales de los alemanes. La resolución dice textualmente: "*En tanto* (...) el derecho comunitario [no] contenga un catálogo válido de derechos fundamentales, aprobado por un parlamento y equivalente al catálogo de derechos fundamentales de la *Ley Fundamental*, (...) la Corte Federal Constitucional está facultada para ejercer funciones de control normativo"¹⁵⁹ sobre el derecho derivado comunitario y su relación con los derechos fundamentales alemanes. Después de esta sentencia, se convirtió en una práctica común en Alemania recurrir la aplicación del derecho derivado considerado contrario a los derechos fundamentales.

Doce años después, la Corte decidió que el derecho comunitario, fundamentalmente a través de la jurisprudencia del TJCE, ya había desarrollado un sistema de protección de los derechos humanos conceptual- y eficazmente equivalente al de la *Ley Fundamental*, por lo que se declaró incompetente para ejercer funciones de control normativo sobre el derecho derivado comunitario y su relación con los derechos fundamentales alemanes. La nueva fórmula jurisdiccional, conocida como *Solange II*, reza así: en tanto la comunidad y, especialmente, el TJCE garanticen una protección de los derechos fundamentales esencialmente similar a la establecida en la *Ley Fundamental*, la Corte Federal Constitucional no medirá el derecho derivado con los derechos fundamentales de los alemanes¹⁶⁰. A partir de ese momento, los tribunales y las autoridades administrativas alemanas no podían dejar de aplicar la norma comunitaria por considerarla contraria a los derechos fundamentales de los alemanes, incluso en caso de considerarla contraria a los principios generales del derecho comunitario, no podían decidir al respecto, sino que tenían que solicitar al TJCE que se pronunciara en cuestión prejudicial sobre la controversia (art. 234 del TCE, ex-art. 177 del TCEE). En caso de que el TJCE decidiera que no había tal violación, la norma era aplicable y no procedía recurso judicial alguno. Esta sentencia fue muy bien recibida, pues el ambiente político era notablemente pro-europeo.

¹⁵⁹ *BVerfG* 37, 271, citado por: Ahlt, Michael, *Europarecht, opus cit.*, p. 23. La traducción, los corchetes y lo subrayado son míos.

¹⁶⁰ Cfr. Ahlt, Michael, *Europarecht, opus cit.*, p. 24.

Caso distinto en 1993, cuando, por primera vez en la historia, la opinión pública alemana se inclinó en contra de la integración europea, lo cual se debió fundamentalmente a las preocupaciones en torno a la autonomía del Banco Central alemán (*Bundesbank*) y a la fortaleza del marco, así como a la decepción ocasionada tras el papel desafortunado que desempeñó la UE en la ex-Yugoslavia¹⁶¹. En ese mismo año, la Corte Federal decidió sobre la constitucionalidad del TUE y otras cuestiones relacionadas con la UE y el derecho comunitario en general, por lo que la resolución se conoce como sentencia de Maastricht (*Maastricht-Urteil*). Los lineamientos que presentaron cambios sustantivos con respecto a la sentencia del caso *Solange II*, fueron: a) la Corte sostuvo su criterio expresado en *Solange II* en el sentido de que el derecho comunitario ha desarrollado un sistema eficaz de protección de derechos fundamentales, pero se reservó un 'derecho de revisión' para controlar la concordancia entre las normas comunitarias y los derechos fundamentales alemanes, aunque aceptó que la decisión quedaba en manos del TJCE, por lo que hablaba de un "mecanismo de cooperación con el TJCE" en la materia; b) en casos de invasión de competencias de la Federación o de los *Länder* por parte de los órganos de la UE, se declaró plenamente competente y negó la competencia del TJCE, lo que obedeció a la importancia que adquirió el principio de subsidiariedad en Alemania a partir de esa época; c) interpretó el art. 24, 1 de la *Ley Fundamental* en el sentido de que la delegación de derechos soberanos (*Hoheitsrechte*) no podía vulnerar la "identidad del orden constitucional alemán", poniendo así un límite a la cesión soberana, muy parecido al francés (*vid supra*; pp. 88 y ss.); d) estableció que las normas derivadas del TUE no tenían efecto directo en Alemania, equiparándolas así al derecho complementario; e) negó la *Kompetenz-Kompetenz* de los órganos de la UE¹⁶²; y, f) declaró que por medio del TUE se "constituye una Asociación de Estados (*Staatenverbund*) para la realización de una Unión de los pueblos—organizados en Estados—de Europa y no un Estado del pueblo europeo"¹⁶³.

¹⁶¹ Cfr. Battis, Ulrich et al., *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, opus cit., p. 85.

¹⁶² Dado que los órganos de la UE, a excepción del Consejo Europeo, son los mismos que los de las comunidades, ésta afirmación se hace extensiva al conjunto de órganos primarios del derecho comunitario—o de la UE, como aquí los hemos denominado.

¹⁶³ *BVerfGE* 89, 153. Maastricht : en: <http://www.uni-wuerzburg.de/dfr/bv089155.html>.

En 2000, en su sentencia sobre el mercado de plátanos (sentencia *bananas*)¹⁶⁴, la Corte Constitucional alemana dio nuevamente un giro radical. Aquí la Corte decidió contundentemente que “las quejas constitucionales (...) que alegan una violación de derechos fundamentales contenidos en la *Ley Fundamental* por parte del derecho comunitario derivado son improcedentes, a menos de que demuestren, conforme a lo establecido por la decisión *Solange II*, que la evolución del derecho europeo, incluyendo la jurisprudencia del TJCE, ha descendido del estándar requerido en materia de derechos fundamentales (...) Ello requiere una comparación de los sistemas nacional y comunitario de protección de los derechos fundamentales, tal como lo hizo la Corte Constitucional Federal alemana en su sentencia *Solange II*”¹⁶⁵. En la actualidad, esta tendencia tiende a estabilizarse, como lo indica una sentencia de 2001, en la que la Corte anuló una decisión del Tribunal Federal Administrativo por no haber solicitado la opinión del TJCE en cuestión prejudicial sobre, *inter alia*, el *status* que guarda la protección a la igualdad de géneros en el derecho comunitario¹⁶⁶. Pero, la verdad, ¿quién sabe cuándo cambiará de nuevo la Corte sus guías argumentativas? Además, aunque sólo mediante un estudio comparativo muy exigente, el control de la constitucionalidad del derecho comunitario derivado frente a los derechos fundamentales alemanes, sigue siendo posible, por lo que dichos valores insfundamentales continúan siendo la norma básica del derecho aplicable en Alemania.

La evolución jurisprudencial europea demuestra, pues, que mientras subsistan criterios de discriminación jurídica nacional y comunitaria paralelamente, los conflictos normativos insuperables seguirán estando al orden del día y su “solución” dependerá mucho más de los factores reales de poder que de la *ratio iuris* de los juzgadores.

Después de esta descripción de las fuentes del derecho comunitario y de algunas de sus principales características, podemos sostener que la cesión de facultades soberanas, que se traduce especialmente en el reconocimiento de un poder legislativo paralelo, es un hecho indiscutible, lo cual hace de este orden jurídico un derecho

¹⁶⁴ Caso señalado por Pernice, Ingolf, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, *opus cit.*

¹⁶⁵ *BVerfGE 102, 147 – Bananenmarktordnung*, en: www.uni-wuerzburg.de. La traducción es mía.

¹⁶⁶ Citado por: Pernice, Ingolf, *Elements and Structures of the European Constitution*, WHI-Paper 4/02, Berlin, 2002, en: www.whi-berlin.de. Véase también: BVerfG, 1 BvR 1036/99 del 9 de enero de 2001, en: www.bverfg.de.

especial, diferente del internacional, con claros elementos supranacionales. No obstante, es necesario subrayar que los elementos que distinguen al derecho comunitario del internacional son, precisamente, aquellos que han servido para distinguir al derecho internacional del nacional (*vid supra*: nota 120), lo cual nos obliga a considerar diferencias y similitudes entre el derecho nacional y el llamado 'derecho supranacional'. En ocasiones parece incluso apropiado hablar de un 'orden jurídico interno de tipo federal'. como se habla ya de un 'mercado interior'. Pero ello se dificulta porque, a diferencia de los ordenamientos jurídicos federales que conocemos, la línea divisoria y el punto de convergencia entre los derechos nacionales y comunitario no es nada clara. Así quedó evidenciado con lo que hemos denominado 'puntos de vista nacionales y comunitario': los máximos tribunales nacionales tienen serios problemas al *elegir* el derecho cuya integridad hay que proteger. Ello pone en riesgo la unidad de los ordenamientos, pues, en última instancia, no se sabe cuál es la norma que fundamenta al conjunto de reglas jurídicas que rige en los territorios de los Estados de la UE. Y es que el problema está en lo que llamamos 'UE'. La pregunta acerca de la naturaleza del derecho comunitario nos lleva forzosamente a la de la naturaleza política de la UE, para lo cual es necesario recurrir a una ciencia de la política que nace conceptualmente de la jurisprudencia: la teoría general del Estado.

III. LA NATURALEZA JURÍDICO-POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA

Antes de iniciar esta pequeña reflexión, cabe preguntarse por qué es necesario incurrir en lo político si esta tesis versa en torno a los problemas que el orden jurídico comunitario europeo y su relación con los ordenamientos legales nacionales arrojan sobre la ciencia del derecho. Pues bien, ello se debe a la íntima relación que guardan el derecho y la política. Explicar la naturaleza—no como esencia mística sino como conjunto de propiedades que permiten distinguir un fenómeno de otro—de un sistema político es imposible sin analizar dicho sistema desde la perspectiva jurídica, y explicar un orden jurídico conlleva a problemas conceptuales que la ciencia política se ha encargado de resolver. Esta relación se muestra en los intentos teóricos que se han hecho por esclarecer el concepto alrededor del cual gira la teoría política y la del derecho público: el Estado. Que el propio concepto del Estado surge de la jurisprudencia, se puede constatar con el hecho de que se construye a partir de conceptos del derecho romano: la idea de una colectividad diferente a sus integrantes con capacidad para actuar nace de la noción de *persona iuris*, i.e. del *homo cum statu*, lo cual significa que el conjunto de derechos, obligaciones y facultades jurídicas es lo que hace a un *homo* una persona de derecho. Esta concepción es trasladada a las colectividades, y, así, tenemos que un Estado, e.g., es una comunidad con *status iuris* (de ahí la palabra 'Estado'). Del *ius civile* romano se trasladaron, además, otros conceptos como el objeto social, la representación y el consentimiento a la teoría jurídico-política del Estado, mientras que el mismo concepto de soberanía significa, por lo menos en su acepción paradigmática, que un determinado individuo u órgano de una colectividad no recibe mandatos jurídicos de nadie más y que sus mandatos jurídicos son habitualmente obedecidos por el grueso de la comunidad. De dicha concepción se infieren, a su vez, otras dos nociones jurídicas: la centralización de un orden legal y el monopolio del uso de la fuerza para garantizar la seguridad colectiva, i.e. la titularidad de la coacción¹⁶⁷. Así, no es difícil entender que la teoría del Estado nació como un intento de los iusnaturalistas por formular sus fundamentos jurídicos. Estos esfuerzos se convirtieron en la denominada 'teoría del Estado' con el surgimiento del Estado

¹⁶⁷ Este pasaje está basado en: Tamayo y Salmerán, Rolando, voz de "Estado", en: Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo II, decimosegunda edición, Editorial Porrúa, S.A./UNAM, México, 1998, pp. 1320-1327.

nacional, y la importancia y mistificación que a éste se le ha atribuido. Y con dicho proceso iniciaron también las confusas teorías que trataban de explicar al Estado (nacional) como un "ser" independiente del derecho o, peor, como un "organismo viviente" (Gierke) o, en el mejor de los casos, como una realidad meramente social. Fue Georg Jellinek quien rescató el acierto de comprender al Estado como una comunidad jurídicamente organizada, aunque también subrayó la importancia de comprender la teoría *general* del Estado como una ciencia con una esfera jurídica y otra política, pues estudia la dinámica de las acciones e interacciones que efectivamente se dan en dicha comunidad de derecho. Kelsen, por su parte, ha sido fuertemente criticado por su teoría normativista del Estado, que no sólo destaca su carácter jurídico sino que lo equipara conceptualmente con el ordenamiento legal. Sin embargo, no hay que olvidar que gracias a él comprendemos hoy que los contenidos significativos objetivos que sirven como base de la comunidad estatal son, entre otros, pero fundamentalmente, normas jurídicas, o mejor dicho, el significado de éstas; que la unidad de un Estado es la unidad de su orden jurídico; que la legitimidad del poder estatal consiste, fundamentalmente, en que sus acciones se sustenten en un conjunto de normas objetivamente válidas; e incluso, a diferencia de lo que sus críticos han expresado, que la efectiva realización de las pautas normativas de conducta es indispensable para la preservación del Estado, sólo que él lo nombra "la eficacia de un orden jurídico en su conjunto"¹⁶⁸. Quizá el problema de la teoría general del Estado de Kelsen es que no es tan 'general', en el sentido atribuido por Jellinek, ya que niega que otros contenidos significativos no jurídicos, como los culturales, puedan ser objetivos, así como tampoco destaca que la legitimidad del poder del Estado pueda estar basada, al lado del derecho, en elementos políticos y morales. Entendemos que en una lógica relativista, los aspectos culturales, religiosos o teleológicos, por mencionar sólo algunos, difícilmente pueden ser considerados objetivos, y que en un Estado conviven diferentes culturas, religiones e intereses es simplemente un hecho. No obstante, aún si aceptamos que dichos factores no pueden ser condiciones *per quam* de la existencia de un Estado, si son requisitos *sine qua non*, por lo que sin ellos no se puede comprender el fenómeno estatal. La explicación de las realidades no-jurídicas del Estado corresponde a varias disciplinas, pero fundamentalmente a la ciencia política. Por ello es que nos debemos apoyar en la teoría general del Estado para indagar en el problema de la naturaleza de la

¹⁶⁸ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, *opus cit.*, p. 214.

UE, que tiene elementos de una organización internacional y de un Estado federal, pero que no corresponde plenamente a ninguno de los dos.

Al final de la sección anterior se destacó que los problemas que presentan los puntos de vista nacional y comunitario para el complejo normativo que rige en los Estados miembros de la UE conlleva, en última instancia, a la incertidumbre sobre la norma básica de ese complejo normativo y, por tanto, sobre la unidad del mismo: el orden jurídico comunitario europeo es un orden autónomo y los ordenamientos nacionales de los países miembros también lo son; esto es respetado por los dos puntos de vista. Sin embargo, el grado de interacción entre éstos es tal, que no nos podemos conformar con la afirmación de su autonomía, como si podemos en el caso de dos o más derechos nacionales que interactúan conforme a reglas conflictuales. También quedó demostrado que el derecho comunitario no es derecho internacional, aunque surge de tratados internacionales, con lo cual se descarta la posibilidad de que las relaciones jurídicas entre los Estados integrantes y las instituciones de la UE se rijan conforme al derecho internacional, como sí sucede, en cambio, en el CdE (*vid supra*: nota 22). Los conflictos normativos insuperables que se presentan entre los ordenamientos nacionales y el comunitario europeo en torno a competencias y jerarquías normativas, que el TJCE y los tribunales constitucionales nacionales resuelven de diferente manera, sin saber cuál de los criterios jurisprudenciales prevalece, lo comprueban. Ahora bien, si aceptamos, con Kelsen y la tradición jurídica occidental, que la unidad de un orden jurídico es la unidad de quien lo personifica, entonces nos enfrentamos necesariamente al problema, de teoría general del Estado, consistente en la incertidumbre sobre la unidad de los Estados que conforman la UE y, por supuesto, de la propia UE. No es necesario profundizar demasiado, confrontemos a la UE a los tres elementos definitorios del Estado: territorio, poder y población.

El territorio de un Estado no es más que una ficción jurídica y en términos precisos se trata del ámbito espacial de validez de las normas que constituyen un orden jurídico. El origen de esta concepción está ya en la antigua Grecia, en donde podemos constatar que las *politeias* (constituciones)¹⁶⁹ se referían a polis demarcadas

¹⁶⁹ Aunque ciertamente la *politeia* tenía un significado mucho más amplio que abarcaba, entre otras cosas, la forma de gobierno de la polis y su economía, no cabe duda que Aristóteles también se refería a

territorialmente. En Roma, queda claro que el Imperio abarcaba un territorio donde regía el derecho romano. Posteriormente, esta idea fue alterada por los derechos tribales de los invasores bárbaros del Imperio Romano, derechos que gravitaban en torno al principio de personalidad. Fue Carlomagno quien, en el siglo IX, se preocupó por restaurar el elemento espacial como principal referencia para la aplicación del derecho, desplazando a los derechos tribales por medio de un sistema jurisdiccional unitario (*aula regis*) que aplicaba, fundamentalmente, derecho romano. Carlomagno no pensaba en la unidad del derecho por el bien del derecho, sino que miraba hacia la consolidación (o restauración) de un gran Imperio y la unificación del derecho en su territorio era un medio indispensable para lograrlo. Por ello es que, entre otras cosas, Carlomagno fue un precursor del Estado temprano-moderno, pero no de la Europa comunitaria, como muchos historiadores le quieren ver¹⁷⁰.

La idea del Estado como unidad territorial ha estado siempre ligada a la unidad de poder, *i.e.* la soberanía del Estado es la inviolabilidad del territorio de dominación; y así lo explicaban ya los primeros teóricos del Estado, como Hobbes en el *Leviatán* y Puffendorf en *De iure naturae et gentium*¹⁷¹. Para Jellinek, el territorio es "el espacio en que el poder del Estado puede desarrollar su actividad específica, o sea, la del poder público"¹⁷². Es necesario aclarar a qué tipo de actividades nos estamos refiriendo, pues las normas de un determinado orden jurídico estatal también tienen un ámbito personal de validez que puede trascender fronteras. Reinhold Zippelius precisa que se trata de actos de soberanía (de poder estatal) como la expedición y ejecución de leyes y sentencias judiciales¹⁷³. Conforme a lo expuesto, podemos mencionar que *el territorio del Estado es el ámbito espacial de dominio de los órganos encargados de crear, aplicar y ejecutar normas jurídicas*. El contenido de las normas jurídicas que crean, aplican y ejecutan determinados órganos e individuos investidos de autoridad son, con

las leyes que regían en las polis, como, por ejemplo, aquellas normas que determinaban la designación de las magistraturas (Cfr. Aristóteles, *Constitución de los Atenenses. N: Las Magistraturas*, traducción de García Valdés, Manuela, Editorial Gredos, Madrid, 1984, p. 68.)

¹⁷⁰ Sobre dicho debate histórico, véase: Fried, Johannes, *Karl der grosse Europäer? Ein dunkler Leuchtturm*, segunda parte de la serie *Woher kommt Europa?*; en: *Der Spiegel*, 3/2002.

¹⁷¹ Cfr. Zippelius, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, tercera edición, traducción de Fiv Fierro, Hector, Editorial Porrúa UNAM, México, 1998, p. 81.

¹⁷² Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, prólogo y traducción de De los Ríos, Fernando, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 368.

¹⁷³ Zippelius, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, *opus cit.*, p. 82.

la amplísima excepción de las reglas técnicas, ideología, lineamientos políticos, cultura y moral dominantes en un espacio y tiempo determinados, por lo que *el territorio estatal también es el ámbito espacial y temporal de ejercicio, por medio del derecho, del poder político.*

Ahora bien, si aplicamos lo dicho a los territorios de los países miembros de la UE, nos topamos con serios problemas, ya que en los territorios mencionados se crean, aplican y ejecutan tanto normas internas como comunitarias. Por supuesto que en cualquier territorio estatal miembro de la comunidad internacional se aplica el derecho internacional, pero la diferencia consiste en que las normas jurídicas internacionales son aplicadas en estos territorios una vez que son creadas como derecho interno por medio de actos convalidatorios. Incluso en los países que se declaran en sus constituciones como partidarios de la teoría monista, toda norma de derecho internacional convencional es sometida a procesos de convalidación (*e.gr.*, el art. 55 de la *Constitución francesa de 1958*), mientras que las del derecho internacional general se aplican a las relaciones entre los Estados bajo el supuesto del principio de soberanía o igualdad jurídica de los Estados. Asimismo, la aplicación del derecho extranjero en un ordenamiento nacional sólo es posible mediante la existencia de normas de colisión establecidas en convenciones internacionales debidamente convalidadas o a través de puntos de contacto de la legislación nacional. En los territorios que conforman la UE, las autoridades nacionales ya no tienen el monopolio en la creación, aplicación y ejecución de las normas jurídicas, pues, como se ha visto, el Consejo y el PE legislan directamente; los tribunales de la UE tienen jurisdicción compulsiva sin necesidad de declaración de competencia facultativa, como los tribunales internacionales, y el TJCE actúa en determinados supuestos (conflictos de competencia y relación de normas nacionales y comunitarias) como tribunal constitucional al lado de las cortes constitucionales nacionales; la Comisión, por su parte, es instancia ejecutora en los Estados miembros en las materias de competencia económica y mercado interior. Esto podría hacernos pensar que la UE es un Estado federal o confederal¹⁷⁴, mismo que se puede definir como lo hizo Montesquieu en torno a la república federativa en el

¹⁷⁴ Por más intentos que se han hecho por diferenciar conceptualmente al Estado federal de la Confederación de Estados, lo único que se ha podido presentar seriamente son diferencias de grado, *i.e.* contingentes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Espíritu de las Leyes, en 1748: "una convención mediante la cual diversas entidades políticas se prestan a formar parte de un Estado más grande, conservando cada una su personalidad"¹⁷⁵. Como se desprende de esta definición, varios territorios pasan a formar parte de uno sólo, pero preservando su unidad jurídica respecto a ciertas materias, mientras que otras son cedidas a la federación, dando lugar a una distribución de competencias soberanas entre estados federados y federación¹⁷⁶. Hasta aquí todo parece indicar, efectivamente, que la UE es un Estado federal, pues lo que se ha dado es precisamente una cesión de competencias (o facultades) soberanas de los Estados miembros hacia la UE. Empero, es necesario precisar la naturaleza del Estado federal. Éste es un conjunto de territorios relacionados (unidos) entre sí conforme a reglas de competencia: se trata de una unidad garantizada por un orden jurídico, por lo que es propio del Estado federal contar con reglas de competencia claras y únicas, *i.e.* de la más alta jerarquía, pues de otro modo los conflictos serían insuperables. De ahí se sigue que un Estado federal existe si y sólo si cuenta un sistema jerárquico de reglas de competencia entre las entidades federadas y la federación, ya que de otra manera no hay unidad jurídica, *i.e.* no hay unidad de territorio ni de poder estatal.

Entre la UE y los Estados miembros sí existe una serie de reglas de competencia legislativa (*vid supra*: pp. 43-44). No obstante, su sistematización es cuestionable, *i.e.* no queda claro si el conjunto de estas reglas es consistente. El mayor problema lo constituye la regla de competencia por objetivos, pues conforme a ésta, las instituciones de la UE pueden rebasar su competencia por áreas (o materias), intrumiéndose en diversos asuntos que los Estados miembros o sus regiones consideran atribuciones propias. Dicho de otro modo, la regla de competencia por objetivos es susceptible de entrar en conflicto con el principio de subsidiaridad. De ahí se explica que en un país con un sistema federal tan sólido como Alemania, la Corte Constitucional y la dogmática jurídica tiendan a negarle *Kompetenz-Kompetenz* a los órganos comunitarios. Asimismo, los representantes de los *Länder* constantemente reclaman el incumplimiento del principio de subsidiaridad. La equiparación de la UE con un Estado federal es, desde este punto de vista, por lo menos cuestionable, ya que se trataría de un

¹⁷⁵ Citado por: Zippelius, Reinhold. *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política, opus cit.*, p. 359.

¹⁷⁶ Por ello es que la discusión acerca de si el Estado federal es bímembre o trimembre tiene poca referencia a la práctica jurídica y política.

Estado federal ineficiente, *i.e.* que no responde a las exigencias del federalismo. Pero más allá de la insuficiencia (sobre todo política) de la distribución de competencias entre la UE y Estados miembros, el problema jurídico más agudo lo constituye la falta de un criterio de unidad de los diferentes ordenamientos jurídicos que interactúan en la totalidad de los territorios de la UE. Si bien éste es un problema propio de la ciencia del derecho, el cual es analizado más adelante (*vid infra*: Capítulo Cuarto), su relación con el sistema política federal se refleja en la ausencia de criterios únicos para resolver los conflictos de competencias entre la UE y los Estados miembros (sistema jerárquico de distribución de competencias). Ciertamente, el TJCE tiene la competencia de resolver estas controversias (art. 230, segundo párrafo del TCE), lo que nos permitiría pensar que él es el órgano que realmente cuenta con *Kompetenz-Kompetenz*—según uno de los significados de este concepto. Sin embargo, las cortes constitucionales nacionales también pueden hacerlo; *e.g.*, si la Corte alemana decide que una norma comunitaria viola el principio de subsidiariedad previsto en la cláusula europea de la *Ley Fundamental* (art. 23, 1).

Por otro lado, el Estado federal—y, en general, el Estado propiamente dicho, es decir desde su consolidación en el siglo XVII—también se caracteriza por proteger la unidad de territorios hacia el exterior, es más, ésta es una de las razones de ser del Estado federal, pues es uno de los motivos principales para constituir una alianza de territorios individuales. Ello implica la existencia de cuerpos diplomáticos y militares únicos, bajo el mando, lógicamente, de la federación. En la UE existe un intento por consolidar una diplomacia única mediante la PESC, pero ésta es definida por el Consejo Europeo, y no por el ejecutivo comunitario, como sería lógico en un Estado federal. Además, su instrumentación se da mediante acciones y posiciones comunes que requieren de la unanimidad en el Consejo, lo que significa que los Estados miembros tienen el control absoluto en política exterior¹⁷⁷. La PESD, por su parte, es un concepto político introducido recientemente, en 1998, por el Primer Ministro británico, Anthony Blair, que aún no existe jurídicamente, pues el art. 17 del TUE—incluso de acuerdo a la nueva redacción adquirida tras la entrada en vigor del TN—sólo

¹⁷⁷ La facultad más importante que tiene la UE en materia internacional es la adopción de tratados internacionales, pero curiosamente la UE como tal no tiene personalidad jurídica, de manera que todo acuerdo internacional es celebrado por la CE (*vid supra*: pp. 57 y ss.).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

establece que la PESC abarcará la "definición progresiva de una política de defensa común (...) que podría conducir a una defensa común si así lo decidiera el Consejo Europeo"¹⁷⁸. Sobre la FRUE no se menciona nada en el Tratado, y aunque su creación ya es una realidad, aún quedan dudas sobre sus mecanismos de operación. Aunque debe admitirse que a finales de 2002, el Alto Representante de la PESC, Javier Solana, logró un avance significativo al llegar a un acuerdo con la OTAN¹⁷⁹. De esta manera, el Consejo Europeo de Copenhague, de diciembre de 2002, confirmó la decisión de que la FRUE realice su primera operación militar en febrero de 2003, en Macedonia. No obstante, es preciso observar la evolución de este rubro en los próximos meses, ya que depende más de voluntad política y de cuestiones operativas que de acuerdos legales.

De esta manera, se puede concluir, conforme a la teoría general del Estado y del derecho, que *la UE es un conjunto de territorios estatales, pero que no constituye aún un orden (federal) propiamente dicho por la ausencia de una relación ordenada entre los diferentes ámbitos de validez espacial de sus normas jurídicas y de una política exterior y de defensa unificada y representada por la Unión.*

En cuanto al segundo elemento definitorio del Estado, Reinhold Zippelius menciona que el poder estatal es "la facultad [del soberano] (en el marco de sus atribuciones) de regular obligatoriamente la conducta en esa comunidad y de forzar la conducta prescrita (...) aun con el empleo de la fuerza física. La inscripción *ultima ratio regum* en los antiguos cánones pone de manifiesto, sin lugar a equívocos, esta

¹⁷⁸ TN, *opus cit.*

¹⁷⁹ El denominado *Acuerdo Berlín+* del 13 de diciembre de 2002, que permite a las fuerzas comunitarias utilizar la infraestructura de planeación de la Alianza en misiones militares independientes de las lideradas por la propia organización. Por otro lado, cabe recordar que la OTAN acaba de crear su propia fuerza de reacción rápida, la NRF (*NATO Response Force*), que contará con 21,000 soldados capaces de desplegarse en 7 días más allá de la zona euro-atlántica, y que se enfocará al combate internacional contra el terrorismo. La *Declaración de la Cumbre de Praga* establece que los trabajos de la NRF y los de la UE en la materia deberán "reforzarse mutuamente", pero ello no servirá mucho si los gastos que tendrán que derogar los gobiernos europeos para la NRF, bajo presión estadounidense, afectan los planes sobre la FRUE. No obstante, también hay quienes piensan que la creación de la NRF y la reorientación de la OTAN en general, impulsarán el desarrollo de la PESC. Por otro lado, la *Declaración* también estipula el comienzo formal de las negociaciones de adhesión a la Alianza de Bulgaria, Letonia, Lituania, Rumania, Eslovaquia y Eslovenia, todos países candidatos a ingresar a la UE (Cfr. OTAN, *Declaration du Sommet de Prague, diffusée par les chefs d'Etat et de gouvernement participant à la réunion du Conseil de l'Atlantique Nord tenue à Prague, le 21 novembre 2002*; en: <http://www.nato.int/docu/pr/2002/p02-127f.htm>).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

pretensión del poder del Estado¹⁸⁰. Se trata del dominio efectivo del soberano sobre sus súbditos, dominio que sólo puede ser ejercido dentro de los límites del territorio, pues cualquier acto de dominio fuera de estos límites es considerado una agresión internacional¹⁸¹. El concepto de poder está íntimamente ligado al de soberanía, que consiste, en parte, en que los mandatos de determinados individuos u órganos son obedecidos habitualmente. *i.e.* que dichos individuos u órganos ejercen un dominio efectivo sobre los demás individuos o corporaciones de la comunidad estatal, incluso empleando el uso de la fuerza física cuando resulta necesario. Pero la teoría general del Estado atribuye otro elemento al dominio estatal para poder hablar propiamente de poder estatal, se trata de la legitimación. Este atributo es difícil de determinar, pues tiene una carga emotiva muy fuerte y si se deja a un lado toda pretensión absolutista, inevitablemente se cae en un relativismo axiológico al tratar de definirlo. El problema fundamental del concepto consiste en qué entiende cada miembro de la comunidad estatal por 'bueno', 'valioso' o 'aceptable', pues éstos valores son algunos de los significados que se le atribuyen al término. Al tratarse de una comunidad, es necesario recurrir a pautas identificables como objetivamente válidas, que no dependen de procesos mentales individuales. Las normas jurídicas, creadas conforme a un proceso objetivo que se fundamenta en una norma básica de deber ser, son los contenidos significativos objetivos más importantes y evidentes. Al respecto, Max Weber dice: "Ningún concepto de dominio legítimo puede ser definido en alguna forma que no sea referido a la *facultad* de mandar"¹⁸². Ya se había dicho que la autorización o facultamiento formal es el elemento institucional que permite definir al derecho como tal (*vid supra*: pp. 26-27), pues es la esfera objetiva que implica el deber ser (Kelsen), o bien, lo que permite diferenciar entre "tener una obligación" y "estar obligado" (Hart). Pero estos contenidos significativos objetivos, que permiten comprender lo 'legítimo', pueden ser también, a diferencia de lo que sostiene Kelsen—y en ello consiste lo 'general' de la teoría general del Estado—, contenidos culturales, morales o teleológicos, pero, eso sí, básicos (estándares mínimos—o prudentes en el sentido aristotélico—de justa convivencia social), ya que de otra manera incurriríamos en el

¹⁸⁰ Zippelius, Reinhold, *Teoría General del Estado, Ciencia de la Política, opus cit.*, p. 52. Los corchetes son míos.

¹⁸¹ El dominio lo ejerce el soberano sobre el súbdito, por lo que hay reglas de extraterritorialidad, pero éstas son excepciones a la regla, por ello no son consideradas en el presente trabajo.

¹⁸² Citado por: Tamayo y Salmerán, Rolando, voz de "Estado", *opus cit.*, p. 1325.

relativismo axiológico mencionado. Por ejemplo: cualquier norma jurídica que prescribiese que la autoridad fiscal puede exentar del pago de impuestos a los individuos o corporaciones que a su juicio lo merezcan, sería inaceptable debido al valor de la igualdad ampliamente aceptado por las comunidades políticas contemporáneas, así como también resultaría inadmisibles permitirle a los cuerpos policiales ejercer violencia contra menores de edad indefensos sin necesidad de justificar sus actos, o bien permitirle a un gobernante hacer uso del erario público indiscriminadamente para usos personales. Todas estas supuestas normas, por más válidas que fuesen formalmente, atentarían contra los fines del derecho, especialmente el bienestar colectivo y la paz social. Y no hay que olvidar que el propio concepto del Estado está construido a partir de conceptos del derecho privado romano como el consentimiento. Al lado de la máxima *ultima ratio regum* existe aquella que reza: *oboedientia facit imperantem*, destacada por los contractualistas Rousseau y Locke¹⁸³, de manera que la aceptación (otra connotación del término 'legítimo', pues 'lo que es legítimo se acepta') se convierte en un contenido significativo objetivo del poder legítimo del Estado. Así, *el poder estatal es el dominio que ejerce el soberano efectivamente sobre sus súbditos basado en contenidos significativos que objetivamente son reconocidos como normas creadas institucionalmente destinadas a preservar un mínimo de bienestar colectivo y paz social*¹⁸⁴.

.Pero, ¿quién ejerce este dominio en el territorio de la UE? De entrada, ya se vio que no hay unidad territorial en la UE por ausencia de una auténtica constitución federal, y aquí 'constitución' recibe el uso atribuido por los griegos, pero hoy en día todavía vigente, de forma de ser del Estado. Aún ignorando esta circunstancia, ¿se puede determinar al o a los soberano(s) en la UE? ¿Quién es la autoridad habitualmente obedecida en dichos territorios? Si existiera una constitución federal, como a primera vista parece existir, tendríamos una soberanía orgánica en la cual por materias se determinaría al soberano, pero en el momento en que un tribunal ordena hacer caso omiso de aquella disposición que prescribe que en cierta materia se debe seguir una norma comunitaria porque considera que ésta es contraria a su constitución, otro

¹⁸³ Cfr. Zippelius, Reinhold, *Teoría General del Estado, Ciencia de la Política, opus cit.*, pp. 52-53.

¹⁸⁴ Aunque no es nuestro objetivo en este pasaje confrontar la regla de reconocimiento de Hart con la norma hipotética fundamental de Kelsen, queda claro que la definición a la que aquí se llegó tiene una relación estrecha con el concepto hartiano.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

tribunal decide que si es conforme a su constitución, y otro que ello no importa porque la norma comunitaria es de aplicación preferente al derecho interno, entonces *la autoridad habitualmente obedecida no es determinable*, lo cual se muestra también con el debate de la dogmática alemana acerca de si los órganos primarios de la UE tienen o no *Kompetenz-Kompetenz* (vid supra: pp. 41 y ss.). Cualquier revisión hemerográfica sobre acontecimientos políticos actuales en la UE nos muestra el poder que en ocasiones ostentan estos órganos y lo débil que en otras se muestran.

Finalmente, tenemos a la población, que en términos jurídicos es el ámbito personal de validez del orden legal de la comunidad estatal y, por tanto, el ámbito personal de dominio político efectivo de las personas y órganos investidos de autoridad. Conforme al federalismo, es perfectamente comprensible que un individuo sea a su vez ciudadano español y comunitario, pues en ciertas materias se rige por el derecho de su país y en otras por el de la UE. De hecho así ocurre. No obstante, el problema de la ausencia de un conjunto único y jerárquicamente ordenado de reglas de competencia se repite: las autoridades internas que aplican el derecho comunitario, en ocasiones, deciden no aplicar una norma comunitaria dirigida a un particular porque estiman que su ordenamiento legal, por una u otra razón, no lo admite, cuando, formalmente, se acepta la facultad soberana de los órganos comunitarios para legislar directamente en determinadas materias que afectan a particulares. Una vez más: *existe, sin duda, el ámbito de validez personal comunitario que convive con los respectivos ámbitos nacionales, pero no hay una relación ordenada entre ambos, como se conoce en el derecho federal*. Los particulares que cuentan con la llamada ciudadanía europea, y que incluso gozan del derecho pasivo y activo al voto en elecciones municipales, no tienen la certidumbre de la que goza el ciudadano de un auténtico Estado federal porque, de entrada, no se ha definido si la UE es el Estado federal que engloba a los Estados federados en una relación de subordinación: aunque saben que se rigen en ciertas materias por el derecho de la UE y en otras por el nacional, no saben cuál es el que, en el caso concreto, va a prevalecer, y no saben si su corte constitucional o el TJCE es quién va a decidir definitivamente sobre sus intereses jurídicos. Aunado a ello, los ciudadanos de la UE viven en una incertidumbre jurídica poco deseable debido al *dispersus* de las normas comunitarias primarias y derivadas de efecto directo. Este, como se advierte, es un problema de simplificación legislativa, que no afecta

necesariamente el carácter jurídico de la población europea, pero sí afecta otros aspectos fundamentales de ésta: el sentimiento de pertenencia común y, por tanto, la aceptación del poder, *i.e.* la legitimidad de éste. El problema de la pertenencia es muy complejo y va mucho más allá de la incertidumbre jurídica mencionada, pero se relaciona estrechamente con ésta. La comunidad estatal se constituye y preserva en virtud de la interacción de conductas orientadas con sentido, sentido que debe ser objetivamente reconocible, por lo que uno de los medios indispensables para ello es el derecho como conjunto de contenidos significativos objetivos que regulan la conducta humana. Para que las normas jurídicas sean efectivamente reconocibles como tales y puedan cumplir con su función orientadora, es indispensable que sus destinatarios las acepten como algo propio y necesario, como parte de su haber cultural y social indispensable para preservar la comunidad; se trata de lo que Hart denomina el "punto de vista interno"¹⁸⁵. Pero para ello es necesario que exista un conocimiento de las normas, y no se trata de un conocimiento técnico ni preciso, sino de un *reconocimiento básico* de la constitución en su sentido más antiguo, *i.e.* como forma de ser de la comunidad, y en su sentido jurídico más fundamental, que implica la certeza sobre quién está facultado para emitir, aplicar y ejecutar las normas, así como para hacerlas cumplir y derogarlas. En la UE, ni siquiera los juristas expertos nos ofrecen una respuesta satisfactoria al interrogante sobre la naturaleza jurídico-política de la UE, definiéndola como "unión política *sui generis* que surgió del derecho internacional (convencional) y que se realiza según su propio derecho (secundario)"¹⁸⁶, mientras que los tribunales constitucionales nacionales y el TJCE no han podido brindar una definición coherente al respecto, remitiéndose a conceptos poco claros como "asociación de Estados" (*vid supra*: p. 94). Ello se debe, por un lado, a que la UE, tal y como hoy se nos presenta, no es definible conforme a los conceptos de la teoría general del Estado, y, por el otro, a que se asemeja fuertemente a un Estado federal, pero sin contar con un sistema jerárquico de distribución de competencias entre los Estados miembros y la UE, o dicho de otra manera: reúne varios elementos del Estado federal pero carece del que lo define: la constitución federal.

¹⁸⁵ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, *opus cit.*, pp. 88-91.

¹⁸⁶ Tsatsos, Dimitris, *Das Prinzip der europäischen Verfassungsverantwortung*; en: www.whi-berlin.de. La traducción es mía.

La cuestión sobre la naturaleza jurídico-política de la UE se torna, inevitablemente, en una indagación especulativa-valorativa, consistente en evaluar posibilidades y sugerir alternativas sobre el rumbo que el proceso de integración debería seguir, y que se reduce al dilema al que se enfrentaron los miembros del Congreso Europeo de La Haya, en 1948: consolidar un Estado federal propiamente dicho o limitarse a una organización interestatal, de derecho internacional, que funcione mediante mecanismos de cooperación intergubernamental. Este análisis, eminentemente político, es emprendido en el siguiente capítulo, en el que se trata de demostrar la conveniencia política de adoptar una constitución única de naturaleza federal, o sea, las ventajas de construir un Estado federal europeo.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPÍTULO TERCERO

EL DISCURSO POLÍTICO Y EL PROYECTO DE CREACIÓN DE UNA CONSTITUCIÓN FORMAL DE LA UNIÓN EUROPEA

I. LOS ORIGENES DEL DEBATE CONSTITUCIONAL EUROPEO CONTEMPORÁNEO

El 7 de marzo de 2001 inició formalmente, bajo la gestión de la Presidencia sueca del Consejo de la UE, el debate sobre el futuro de Europa, también conocido como "debate post-Niza". Obviamente, sobre el futuro de la Europa comunitaria se ha discutido, por lo menos, desde el Congreso de La Haya de 1948. Sin embargo, el debate post-Niza se refiere a un intercambio de opiniones y sugerencias entre gobiernos, instituciones y sociedad civil europeos respecto a un amplio proceso de reformas institucionales—y constitucionales, como se ve más adelante—que deberá experimentar la UE tras su ampliación. El debate está institucionalizado en la *Declaración relativa al futuro de la Unión*, anexa al TN, que menciona en su tercer inciso lo siguiente: "Una vez abierto el camino a la ampliación, la Conferencia apela a un debate más amplio y profundo sobre el futuro de la Unión Europea. En 2001, las Presidencias sueca y belga, en colaboración con la Comisión y con la participación del Parlamento Europeo, favorecerán un amplio debate con todas las partes interesadas: los representantes de los Parlamentos nacionales y del conjunto de la opinión pública, tales como los círculos políticos, económicos y universitarios, los representantes de la sociedad civil, etc. Se asociará a este proceso a los Estados candidatos [a ingresar a la UE] según modalidades por definir"¹⁵⁷. La discusión sobre el futuro de la UE es, pues, fruto de la ampliación comunitaria, por lo que es conveniente referirse brevemente a ella.

¹⁵⁷ *Declaración relativa al futuro de la Unión*, anexa al TN; en: <http://europa.eu.int/eur-lex>. Lo que está entre corchetes es mío. La "Conferencia" aquí mencionada es la CIG-2000, que aprobó el TN. La CIG es una reunión de los representantes de los Estados miembros de carácter extraordinario, convocada por el Presidente en turno del Consejo, previa consulta del Consejo al PE y, en su caso, a la Comisión, cuya finalidad es adoptar nuevos tratados constitutivos y reformas a los ya existentes; sus resoluciones son remitidas a los Estados miembros para su ratificación; se trata, del poder revisor—o constituyente permanente—de la Europa comunitaria (art. 48 del TUE).

A. LA AMPLIACIÓN COMUNITARIA

La ampliación es un proceso en marcha relativo a la incorporación de una serie de países del Este de Europa a la UE, que se remonta al principio de los noventa, cuando la Unión celebró una serie de acuerdos de asociación con algunos de esos países, reconociéndoles explícitamente el derecho a la adhesión, ya estipulado en el art. O del TUE (actualmente el art. 49). En el Consejo Europeo de Copenhague de 1993 se fijaron por primera vez los requisitos que deben satisfacer los países para entablar negociaciones, y en 1997, en Luxemburgo, el Consejo Europeo adoptó "las decisiones necesarias para iniciar el proceso de ampliación en su conjunto"¹⁸⁸. Dicho proceso se efectúa en dos fases: la primera inició en 1998 y contempla el ingreso de Chipre, Estonia, Polonia, Eslovenia, República Checa y Hungría; la segunda comenzó en 2000 y prevé la adhesión de Bulgaria, Malta, Letonia, Lituania, Rumania y Eslovaquia. Las negociaciones con los países de la primera fase, así como con Malta, Letonia, Lituania y Eslovaquia han llegado a su fin. La Comisión emitió una recomendación el 9 de octubre de 2002, aconsejando el ingreso de esos diez países para 2004, mientras que para Bulgaria y Rumania sugirió que la adhesión no se realice antes de 2007, pues aún necesitan instrumentar ciertas medidas para alcanzar los estándares mínimos requeridos por la UE, sobre todo en materia fiscal, de empleo, de seguridad social, de transportes, así como en derechos humanos, específicamente en lo relativo a los derechos de las minorías¹⁸⁹. Después de dicha recomendación, el Consejo Europeo, reunido en Bruselas el 24 y 25 de octubre del mismo año, aceptó la recomendación de la Comisión y confirmó su "determinación de concluir las negociaciones de adhesión con dichos países en el Consejo Europeo de Copenhague de 12 y 13 de diciembre"¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Consejo Europeo de Luxemburgo, 12 y 13 de diciembre de 1997. *Conclusiones de la Presidencia*; en: <http://ue.eu.int/es/Info/eurocouncil/index.htm>.

¹⁸⁹ European Commission, *Towards The Enlarged Union. Strategy Paper and Report of the European Commission on the progress towards accession by each of the candidate countries*. Commission of the European Communities, Bruselas, 9.10.2002; en: <http://europa.eu.int/eur-lex>.

¹⁹⁰ Consejo Europeo de Bruselas, 24 y 25 de octubre de 2002. *Conclusiones de la Presidencia*, p. 3; en: <http://ue.eu.int/es/Info/eurocouncil/index.htm>.

Así, en el Consejo de Copenhague de 2002 se dieron formalmente por finalizadas las negociaciones con los 10 países mencionados—el llamado “grupo Laeken”—y con ello concluyó el proceso denominado por la propia Presidencia danesa “de Copenhague a Copenhague”. De esta manera, las *Conclusiones de la Presidencia danesa* establecen que Polonia, República Checa, Hungría, Eslovenia, Eslovaquia, Estonia, Lituania, Letonia, Malta y Chipre ingresarán formalmente el 1 de mayo de 2004, siempre y cuando el *Tratado de Adhesión*, que será firmado en abril de 2003 en Atenas, sea aprobado por la UE y por todos los países involucrados según sus mecanismos constitucionales¹⁹¹. La mayoría de esos países han optado por someter dicho Tratado a *referendum*, siendo las expectativas de su aprobación bastante altas: 61% a favor y 21% en contra en los 10, registrando Estonia los índices menos favorables con 39% a favor y 31% en contra¹⁹². Dado que no se ha alcanzado todavía un acuerdo sobre Chipre, por lo pronto sólo ingresará la parte griega, aunque el Consejo expresó su deseo de que muy pronto se incorpore un Chipre unido. Por lo que respecta a Rumania y Bulgaria, el Consejo Europeo reconoce que ambos países forman parte del “mismo proceso inclusivo e irreversible”¹⁹³. Sin embargo, destaca que aún se necesitan instrumentar medidas para modernizar los sistemas administrativos y judiciales, por lo que su ingreso sigue previsto para 2007. Y en cuanto a Turquía—el tema más controvertido de la ampliación—las *Conclusiones* fijaron que el Consejo de diciembre de 2004 evaluará si Turquía satisface los requisitos de Copenhague-1993. En caso de decidir favorablemente, las negociaciones iniciarían formalmente en enero de 2005.

En el aspecto institucional se contempla que los nuevos países miembros participen en las elecciones al PE, en junio de 2004, y que se incorporen a las labores de la CIG-2004. Por último, cabe mencionar que el Consejo de Copenhague pactó un paquete de financiamiento para la ampliación que asciende a 40.8 miles de millones de euros para el periodo 2004-2006.

¹⁹¹ Cfr. The Danish Presidency, *Presidency Conclusions. Copenhagen European Council, 12-13 December 2002*, pp. 1-3; en: <http://www.eu2002.dk>.

¹⁹² Cfr. European Commission, *Candidate Countries Eurobarometer 2002, First Results*, p. 6; en: http://europa.eu.int/comm/public_opinion.

¹⁹³ The Danish Presidency, *Presidency Conclusions. Copenhagen European Council, 12-13 December 2002*, *opus cit.* p. 4.

No es necesario explicar que estos cambios rebasarán totalmente la estructura institucional actual, pues: ¿cómo imaginarse la toma de decisiones en una UE de 25 y hasta 27 miembros conforme a mecanismos jurídicos que ya se muestran insuficientes (en cuanto a eficacia política) para los 15 actuales? Ante esto, cabe preguntarse qué es lo que motivó un proceso de ampliación tan acelerado, sobre todo si recordamos que los ingresos de nuevos miembros se habían dado siempre paulatinamente, en bloques de dos o tres países, a lo mucho.

Si se permite marcar un acontecimiento histórico específico como punto de partida en el proceso de ampliación hacia el Este, éste lo es, sin duda, la caída del muro de Berlín. El anunciado fin del bloque socialista constituido por los países del *Pacto de Varsovia* implicaba una redefinición del mapa geopolítico europeo consolidado desde 1947 con el rechazo soviético al *Plan Marshall* (vid supra: p. 12), abriendo la posibilidad no sólo a la reunificación alemana, sino también a una reconciliación del continente europeo y a un fortalecimiento político y económico del mismo¹⁹⁴. Así lo visualizaron los principales promotores de la unión política europea, François Mitterrand y Helmut Kohl, por lo que no debe extrañar que el TUE naciera con una cláusula que sienta las bases legales para el mencionado proceso: el art. O, ahora art. 49. Esta disposición establece que cualquier Estado europeo que respete los principios de libertad, democracia, derechos humanos y del Estado de derecho (art. 6, 1 del TUE) puede solicitar su ingreso al Consejo¹⁹⁵. Éste se pronuncia por unanimidad después de haber consultado a la Comisión y previo dictamen

¹⁹⁴ Otros factores han incidido decisivamente en el proceso de ampliación, como la creciente inestabilidad política, económica y social en los Balcanes Occidentales. La incorporación de esos países a la UE se asocia, inevitablemente, con su estabilización y democratización, lo que no sólo implicaría beneficios para los propios países sino para toda la región.

¹⁹⁵ Por su parte, los Estados miembros están sujetos a un procedimiento de verificación al respecto (art. 7 del TUE), según el cual, el Consejo, en caso de determinar que alguno de ellos cometió violaciones graves a esos principios, puede suspender derechos derivados del TUE al Estado de que se trate, incluyendo el derecho al voto del representante en el Consejo (este precepto fue modificado por el TN, otorgando ahora también al PE la iniciativa para iniciar el procedimiento, *inter alia*). El primer antecedente de este procedimiento se dio durante 2000, después de que se conformara en Austria el gobierno de coalición entre el Partido Popular Austriaco (ÖVP) y el Partido Liberal Austriaco (FPÖ) del demagogo de extrema derecha, Jörg Haider. En septiembre de ese año, el comité de los "tres sabios", que revisó *in situ* la situación política austriaca, entregó un reporte al Consejo, en el que se determinó que no había violaciones graves al art. 6, 1 del TUE. Curioso resulta que el mismo procedimiento no se haya aplicado en el caso italiano, en donde el Presidente del Consejo de Ministros, Silvio Berlusconi, ha cometido una serie de actos dudosamente compatibles con el respeto al Estado de derecho, a la democracia y a las libertades de prensa y expresión en su país.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

conforme del PE, el cual decide por mayoría absoluta. Si la respuesta de dichos órganos es favorable, se inician negociaciones formalmente y, por último, se procede a la celebración del tratado de adhesión. El papel del Consejo Europeo en este proceso consiste en que al definir las orientaciones políticas generales de la UE (art. 4, primer párrafo del TUE), le indica al Consejo qué hacer al respecto.

Ya desde la *Declaración Schuman* había quedado claro que la integración europea es un proceso abierto a "la participación de los demás países de Europa"¹⁹⁶. Más allá, del art. 49 del TUE se puede desprender que la UE, como unión política, nace con el objetivo, ya no sólo de garantizar la paz entre los Estados nacionales del viejo continente, sino de establecer, a largo plazo, una especie de Estado multinacional europeo basado en los principios liberales del Estado de derecho, por el cual, entre otras cosas, se garantizaría la paz. Por ello mismo es que el proceso de ampliación dio fruto a un debate de carácter constitucional: con el debate post-Niza ha iniciado una reflexión sobre el rumbo que deberá emprender la UE política- y jurídicamente. Irónicamente, la mejor prueba de ello es el fracaso del TN.

¹⁹⁶ *Declaración Schuman de 1950*; en: Truyol y Serra, Antonio. *La Integración Europea, Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos. Tomo I. Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)* opus cit. p. 175.

B. EL FRACASO DE NIZA

El TN fue el resultado de la última CIG, que fue convocada por la Presidencia alemana del Consejo en junio de 1999, inició en febrero de 2000 bajo la Presidencia portuguesa y culminó, bajo la gestión de la Presidencia francesa, con el Consejo Europeo de Niza, el 12 de diciembre de ese mismo año. Fue firmado en febrero de 2001 y entró en vigor el primero de febrero de 2003, después de que Irlanda depositara el instrumento de ratificación el 19 de diciembre de 2002, toda vez que el art. 12, segundo párrafo, de las Disposiciones Transitorias y Finales (Segunda Parte), establece que "el presente Tratado entrará en vigor el primer día del segundo mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad"¹⁹⁷.

Como ya se ha dicho, el objetivo principal del TN es reformar los tratados constitutivos y el TUE para adecuarlos a la Unión ampliada. Por ello, los cambios relevantes se dan en el ámbito institucional, pero también hay algunas modificaciones materiales que vale la pena destacar. Así, *e.gr.*, el nuevo art. 17 del TUE, relativo al desarrollo de la PESD, reduce significativamente el papel de la UEO en dicho ámbito, aunque sigue sin pronunciarse sobre la FRUE (*vid supra*: pp. 103 y 104). Las modificaciones materiales al TCE son más notorias, como lo demuestra el inciso 16, del art. 2 del TN que adiciona un título entero sobre la *Cooperación Económica, Financiera y Técnica con Terceros Países* (Título XXI) a la Tercera Parte de dicho Tratado. El nuevo art. 181 A, inciso 3 del TCE prevé la celebración de acuerdos internacionales entre la CE y las partes interesadas, cuyo objetivo principal sea el apoyo de la UE al desarrollo y consolidación de la democracia, del Estado de derecho y del respeto a los derechos humanos en terceros países. Pero regresemos al tema central del TN: las reformas institucionales. Éstas figuran principalmente en el *Protocolo sobre la ampliación de la Unión Europea* y en la *Declaración N° 20 relativa a la ampliación de la Unión Europea*, ambos anexos al TN¹⁹⁸. Ahora bien, los recientes acontecimientos políticos en el marco de la ampliación obligan a tomar en cuenta las *Conclusiones* del Consejo Europeo de

¹⁹⁷ TN: en: <http://europa.eu.int/eur-lex>.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Copenhague de diciembre de 2002, a fin de realizar una lectura completa del TN en cuanto a sus disposiciones institucionales, que se pueden resumir de la siguiente manera:

- a) la redistribución de los escaños en el PE: el número total de eurodiputados será de 732 (626*), de los cuales 99 serán alemanes (99), 78 de Francia, Reino Unido e Italia (87). 54 españoles (64) y polacos, y así hasta llegar a cinco malteses. Para Rumania se preveían 33 escaños y para Bulgaria 17, los cuales son distribuidos *pro rata* entre los 25. Estas medidas entrarán en vigor el 1 de enero de 2004, a fin de que la VI Legislatura inicie con dicha composición;
- b) la reponderación de los votos en el Consejo: Alemania, Francia, Reino Unido e Italia pasarán de 10 a 29, mientras que España (8) y Polonia recibirían 27, y los demás entre 13 y 3. El número total de votos será 345, pero debido a la no inclusión de Rumania y Bulgaria para la adhesión en 2004, se restarán los votos que hubieran correspondido a esos países, dando un total de 321. La mayoría cualificada se dará con 232 votos de la mayoría de los miembros tratándose de un acto propuesto por la Comisión, y con 232 de de las dos terceras partes de los miembros en los otros asuntos. Además, cuando el Consejo adopte actos por mayoría cualificada, un miembro del Consejo podrá solicitar que se verifique que los países que integran dicha mayoría representen al menos el 62% de la población total de la UE. Dichas medidas entrarán en vigor el 1 de noviembre de 2004, día en el que se integrará la nueva Comisión elegida por el PE y propuesta por el Consejo; y
- c) la reorganización de la Comisión: el nuevo esquema comprenderá a un comisionado por cada Estado miembro, en vez de los dos miembros actuales de los países demográficamente mayores (Alemania, Francia, Reino Unido, Italia y España) y de uno de los restantes diez. Una vez que la UE llegue a 27 países, el número de miembros de la Comisión será inferior al número de

* Los paréntesis se refieren al número actual.

Estados integrantes. Los miembros de la Comisión serán elegidos con arreglo a una rotación igualitaria cuyas modalidades adoptará el Consejo por unanimidad. El Consejo fijará, por unanimidad, el número de miembros de la Comisión. Las disposiciones relativas a la Comisión tendrán fuerza legal a partir del 1 de noviembre de 2004.

Hasta aquí todo parece razonable, sobre todo considerando que la redistribución se hizo conforme a criterios demográficos¹⁹⁹. Empero, los números por sí mismos no dicen nada. Si se toma en cuenta que la mayoría de las materias que se legislan en la UE seguirán sometidas al principio de unanimidad en el Consejo, que casi siempre tiene la última palabra, entonces es evidente que dicha reponderación de poco servirá y que, por lo contrario, la posibilidad de veto con 25 y hasta 27 miembros aumentará drásticamente, incluso pudiendo frenar totalmente la dinámica de las políticas comunes. El TN, que había sido proyectado con gran ambición política por parte del gobierno francés, dejó a todas las partes insatisfechas, y la prensa europea pronto lo bautizó como "el Tratado que nació muerto"²⁰⁰. Lo que más decepcionó fueron tres circunstancias: en primer lugar, la falta de compromiso político de los gobiernos nacionales para ceder parte de sus intereses a favor de Europa, lo cual se reflejó en la discusión sobre la reponderación de los votos en el Consejo entre Francia y Alemania, en la negativa británica a ampliar sustancialmente el número de materias sujetas a mayoría cualificada, y en la oposición, casi unánime, a reforzar el papel de la Comisión (el PE sí obtuvo algunas concesiones importantes, aunque su papel legislativo no es aún el que le corresponde); en segundo lugar, el aislamiento burocrático en el que se desarrolló la CIG-2000, pues en este proceso tan importante para el futuro de Europa no intervinieron ni los parlamentos nacionales, ni la sociedad civil, en tanto que el PE y la Comisión fueron relegados a un plano meramente consultivo; y en

¹⁹⁹ Con la excepción de los votos de Francia y Alemania en el Consejo, en donde se respetó, después de serios problemas entre los gobiernos de esos países, el principio de la paridad entre ambos. Este principio político obedece al papel que han desempeñado tradicionalmente Alemania y Francia como ejes de la integración europea.

²⁰⁰ Este fue el subtítulo del artículo de Susanne Scheerer, *Vor dem Gipfel ist nach dem Gipfel: über die Zukunft des Nizza Vertrags (Antes de la Cumbre es después de la Cumbre: sobre el futuro del Tratado de Niza)*, que se publicó en la *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, el 26 de febrero de 2001. Pero las críticas fueron generalizadas en gran parte de la prensa europea, tanto de tendencia de izquierda como de centro-derecha.

tercero, el hecho de que el tratado no refleja la simplificación jurídica que demanda la sociedad europea, sino que se ancla todavía más en el extraño *modus operandi* comunitario. El propósito de la Presidencia francesa de Chirac y Jospin de acercar la UE a sus ciudadanos fracasó rotundamente. Las respuestas no se hicieron esperar: a principios de junio de 2001, el propio PE solicitó formalmente a los parlamentos nacionales que no lo aprobaran por su déficit democrático, y el 8 de junio de 2001, el pueblo irlandés lo rechazó vía *referendum* con el 53.87% de los votos en contra. A pesar de que en el segundo *referendum*, celebrado el 19 de octubre pasado, el 62.89% de los participantes votaron a favor, y con ello se completó el proceso de ratificación del TN, persiste un fuerte desagrado respecto al instrumento en amplios sectores de la sociedad civil y de la clase política europeas. En términos generales, podemos decir que el "tardío sí irlandés", como ha sido bautizado por la prensa, y la consecuente entrada en vigor del TN en febrero de 2003, sólo conceden un respiro a la burocracia de Bruselas, pues de esta manera se permite continuar con el proceso de ampliación en los plazos programados, ya que de otra forma no existiría base jurídica para la participación de los nuevos Estados miembros en la UE. Pero las reformas que introdujo el TN a los tratados constitutivos y al TUE no servirán a largo plazo, como ya hicimos notar. En este sentido se han pronunciado diversos medios escritos europeos, como Der Spiegel, en donde se menciona que "el Tratado de Niza (...) sólo establece las condiciones meramente formales, no las realmente necesarias para la Unión ampliada. La maquinaria legislativa de Bruselas se dirige hacia el paro total"²⁰¹. Sobre todo, no funcionarán para contrarrestar los defectos que padece la UE por lo menos desde Maastricht, es decir, desde que se inició la transición de la comunidad económica hacia la comunidad política. Por ser, pues, un instrumento que decepcionó todas y cada una de las demandas de las partes involucradas en el proceso de integración europeo, no podemos más que clasificarlo como un fracaso. Afortunadamente, su naturaleza transitoria se ve anunciada en su propio cuerpo normativo, ya que su *Declaración N° 23*, denominada *Declaración relativa al futuro de la Unión*, prevé precisamente su insuficiencia e insta a

²⁰¹ Koch, Dirk. *Ein gewaltiges Stück Arbeit: Der Spiegel*. N° 45, 4 de noviembre de 2002. En el mismo sentido, puede citarse el editorial de The Economist, 26 de octubre-1 de noviembre de 2002, intitulado *Restoring Europe's smile*.

emprender un profundo proceso de transformación en la Europa comunitaria, incluyendo al mismo TN.

La *Declaración relativa al futuro de la Unión* se empezó a instrumentar antes de la entrada en vigor del TN, como lo muestra la puesta en marcha del debate post-Niza en marzo de 2001 y la *Declaración de Laeken*²⁰², por la cual se creó la Convención Europea, cuya sesión inaugural se celebró el 8 de febrero de 2002. De alguna manera podemos decir que el debate post-Niza abarca a la Convención Europea, ya que también se compone de los debates que se lleven a escala nacional, *e.g.* en los parlamentos nacionales. Sin embargo, la Convención es su aspecto más importante al ser el órgano encargado de elaborar un proyecto de Constitución Europea. Aunque la *Declaración N° 23* no utiliza la palabra 'constitución', dispone que el debate deberá abordar los siguientes temas: delimitación más precisa de competencias entre la UE y los Estados miembros; el *status* de la *Carta de Derechos Fundamentales de la UE*²⁰³; la simplificación de los tratados; y la función de los parlamentos nacionales en la arquitectura europea. Todo ello tomando en cuenta "la necesidad de mejorar y supervisar permanentemente la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y de sus instituciones, con el fin de aproximar éstas a los ciudadanos de los Estados miembros"²⁰⁴. Los miembros de la Convención lo expresaron de la siguiente manera: " (...) hoy recae en la Convención Europea la labor de proponer una adaptación y una renovación del marco institucional y político europeo. Para ello deberá proponer respuestas claras y consensuadas a ciertas preguntas fundamentales. He aquí algunas de ellas: ¿Cómo organizar el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros?: ¿Cómo definir mejor las respectivas funciones de las instituciones europeas?:

²⁰² La *Declaración relativa al futuro de la Unión* establece en su punto 4: "(...) el Consejo Europeo aprobará, en su reunión de Laeken/Bruselas en diciembre de 2001, una declaración que incluya iniciativas adecuadas para la continuación de este proceso". El proceso mencionado es el debate post-Niza (TN, *opus cit.*).

²⁰³ Este documento fue adoptado unánimemente por los jefes de Estado y de gobierno durante el Consejo Europeo de Niza, lo cual, empero, sólo representó un logro político parcial, ya que únicamente es obligatorio para las instituciones comunitarias, y para las autoridades de los Estados miembros exclusivamente cuando apliquen derecho comunitario.

²⁰⁴ *Declaración relativa al futuro de la Unión*; en: TN, *opus cit.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¿Cómo garantizar la coherencia y la eficacia de la actuación exterior de la Unión?; ¿Cómo reforzar la legitimidad de la Unión?²⁰⁵

Todos estos aspectos son objeto de estudio de la dogmática jurídica constitucional y de la teoría política de la constitución²⁰⁶, por lo que es necesario diferenciar claramente entre el concepto político y el jurídico de 'constitución', si se pretende ahondar en el debate constitucional europeo propiamente dicho. Pero detengámonos un momento más en la Convención Europea; veamos cómo surgió, cuál es su fundamento jurídico, cómo se compone y de qué manera funciona.

²⁰⁵ Esta información se encuentra en la página web de la Convención: <http://european-convention.eu.int>.

²⁰⁶ Entiendo por 'dogmática jurídica constitucional' el conjunto de doctrinas jurídicas que estudian el fenómeno de la constitución como norma jurídica positiva, y por 'teoría política de la constitución' el conjunto de doctrinas históricas, sociológicas y axiológicas que analizan la constitución como fenómeno político.

C. LA CONVENCION SOBRE EL FUTURO DE LA UNION EUROPEA

Los jefes de Estado y de gobierno de los países miembros de la UE se reunieron el 14 y 15 de diciembre de 2001 en Laeken, Bélgica, en el Consejo Europeo que adoptó las *Conclusiones de la Presidencia belga* (segundo semestre de 2001). Uno de los principales aspectos de dichas conclusiones es la *Declaración de Laeken*, que contempla la creación de la Convención Europea, cuyo propósito, como ya se vio, es elaborar un proyecto de Constitución Europea. Más allá del TN, el fundamento jurídico del mandato que establece la *Declaración* se encuentra en el art. 4 del TUE, que dispone que el "Consejo Europeo dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones políticas generales"²⁰⁷. La *Declaración de Laeken*²⁰⁸ menciona que los dos principales desafíos a los que se enfrenta la UE son el déficit democrático al interior y la falta de unidad en materia de política exterior y de defensa. El primero ya había quedado manifiesto desde la Presidencia francesa (segundo semestre de 2000) y el fracaso del TN; el segundo se evidenció con el conflicto en Macedonia y, sobre todo, con los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos (*vid infra*: p. 159 y nota 276). La Presidencia belga poco pudo hacer para contrarrestar esa situación. Por todo ello, la *Declaración de Laeken* reconoce la urgencia de definir el rumbo político-jurídico de la UE, abriendo definitivamente el camino para el debate constitucional institucionalizado.

La Convención Europea está compuesta por un Presidente (Valéry Giscard d'Estaing) y dos Vicepresidentes (Giuliano Amato y Jean-Luc Dehaene), por un representante gubernamental y dos parlamentarios de cada país miembro, así como por 16 miembros del PE y dos de la Comisión: ellos son los miembros de pleno derecho. Los países candidatos están igualmente presentes con un representante gubernamental cada uno, pero no pueden oponerse a los consensos que surjan entre los miembros de pleno derecho. El CES, con tres representantes, el CR, con seis representantes, los interlocutores sociales y el DPE asisten en calidad de observadores. La Convención cuenta con un Praesidium que

²⁰⁷ TUE, *opus cit.*

²⁰⁸ *Cfr. Annexes to the Presidency Conclusions, Annex I Laeken Declaration on the future of the European Union*, diciembre de 2001; en: <http://www.eu2001.be>.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

está integrado por el Presidente, los Vicepresidentes, dos representantes de los miembros del PE, los dos representantes de la Comisión, dos representantes de los parlamentos nacionales y los representantes del gobierno que ejerce en el momento la Presidencia del Consejo. Además, cuenta con la asistencia de una Secretaría. Los trabajos de la Convención se dan en dos niveles: los grupos de trabajo, en donde se estudian los temas concretos a tratar²⁰⁹, y las sesiones plenarias, que se realizan una vez al mes en el edificio del PE en Bruselas. Independientemente de ello, el Praesidium también elabora proyectos, como el primer anteproyecto de Constitución Europea presentado el 28 de octubre pasado, y que será analizado en el último capítulo de este trabajo. Paralelamente a la Convención, se creó un Foro que "consiste en una red estructurada de organizaciones representativas de la sociedad civil (interlocutores sociales, mundo empresarial, ONG, medio académico, etc.)"²¹⁰, y que puede elaborar propuestas directas a la Convención. Con el mismo propósito de incorporar a la ciudadanía a este debate, del 9 al 12 de julio se reunió en Bruselas la Convención de los Jóvenes cuyas deliberaciones fueran entregadas al Presidente Giscard. Asimismo, diversos representantes de la sociedad civil que forman parte del Foro, participaron, el 24 y 25 de junio, en la sesión plenaria de la Convención. Al término de su mandato, la Convención entregará sus resultados al Consejo Europeo que se celebrará en Grecia, en junio de 2003. Si se llega a un consenso entre los miembros que hemos denominado "de pleno derecho", entonces se entregará el proyecto en forma de *recomendación* a adoptar; en caso contrario, la Convención remitirá a los jefes de Estado y de gobierno las diferentes propuestas, indicando el grado de apoyo de cada una de ellas. El Consejo se pronunciará al respecto y convocará la CIG-2004, que deliberará sobre el proyecto y, tomando en cuenta las propuestas surgidas en los debates nacionales, procederá a su adopción y aprobación conforme al art. 48 del TUE. No obstante, la propia Convención puede sugerir otro método de aprobación del proyecto, especialmente en el caso de una Constitución. El Presidente Giscard propuso que sea mediante un *referendum* a nivel europeo, que se llevaría a cabo junto con las elecciones para el PE en 2004. Esta propuesta es sumamente interesante porque responde a la tesis de la doble soberanía

²⁰⁹ Así, *e.g.*, están los grupos de trabajo sobre el principio de subsidiaridad y sobre la personalidad jurídica de la UE, los cuales entregaron sus conclusiones en septiembre y octubre de 2002, respectivamente.

²¹⁰ Esta información se encuentra también en la página de la Convención: <http://europa.eu-convention.eu.int>.

defendida por varios juristas, politólogos y políticos europeos: la soberanía nacional reflejada en los procesos de aprobación constitucionales, *i.e.* aprobación del parlamento y en algunos casos *referenda*, y la soberanía europea, es decir de la sociedad civil europea en su conjunto, que se ejercería en el *referendum* europeo²¹¹.

²¹¹ La tesis de la doble soberanía es defendida por Habermas, así como por la mayoría de los políticos que representan o se identifican con la corriente federalista. En el ámbito jurídico, cuenta con destacados representantes, como el jurista italiano y ex-juez del TJCE, Antonio La Pergola, y el director del Instituto Walter Hallstein para Derecho Constitucional Europeo, Ingolf Pernice. La diferencia entre estos dos, consiste en que para el italiano, el PE debe representar la voluntad del pueblo europeo en la adopción de su constitución (Cfr. La Pergola, Antonio, *La Confederación. 4. ¿Para qué una Constitución de la Unión Europea?*; citado por: Ruipérez, Javier, *La "Constitución Europea" y la Teoría del Poder Constituyente*, *opus cit.*, pp. 165 y ss.), mientras que Pernice sugiere, además del proceso instituido por el art. 48 del TUE, la celebración de un *referendum* europeo, es decir, exactamente el camino retomado en la propuesta de Giscard (Cfr. Pernice, Ingolf, *Zur Verfassungsdiskussion in der Europäischen Union*, WHI-Paper 2/01, Berlín, 2001; en: www.whi-gerlin.de/permice-anhoerung.htm; artículo que reproduce una sesión pública de Pernice ante la Comisión de Asuntos de la UE del *Bundestag*, celebrada en Berlín, el 14 de marzo de 2001).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

II. EL CONCEPTO POLÍTICO DE 'CONSTITUCIÓN' Y LA TEORÍA POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN EN EUROPEA

A. EL SIGNIFICADO POLÍTICO DE 'CONSTITUCIÓN'

*Realmente pienso que los lenguajes son el mejor espejo
de la mente humana y que un análisis de la significación
de las palabras haría conocer las operaciones del
entendimiento mejor que cualquier otra cosa.*
Gottfried Wilhelm Leibniz

Carlos S. Nino nos advierte que "en el pensamiento teórico, y en el jurídico más que en ningún otro, todavía tiene alguna vigencia la concepción platónica respecto de la relación entre el lenguaje y la realidad [lo que implica la creencia de] que los conceptos reflejan una presunta esencia de las cosas y que las palabras son vehículos de los conceptos"²¹². Esta creencia impide comprender al lenguaje como lo que es: un sistema de símbolos, los cuales reciben su(s) significado(s) de manera convencional y no por medio de alguna conexión natural e inmutable. La mayoría de las confusiones en torno a conceptos jurídicos a nivel teórico resultan de dicha creencia. Así, se piensa que la palabra 'constitución' nombra algo místico, como la 'voluntad de un pueblo' o 'el ser de una nación'. Estas concepciones, además de influir negativamente en la enseñanza y práctica del derecho²¹³, no aceptan la separación de los diferentes significados que puede tener un mismo término, ya que todos estos se consideran parte de la misma esencia, indivisible e inquebrantable. De este modo, resulta inaceptable que la palabra 'constitución' nombre fenómenos relacionados, pero distintos, que no se excluyen mutuamente y que, conforme a tal separación conceptual, se pueda inferir la presencia de sólo uno de estos significados en un determinado contexto empírico. Esto se muestra en algunos trabajos de constitucionalistas europeos que niegan la existencia de una constitución comunitaria, aunque aceptan que desde un punto de vista "puramente normativo" los tratados

²¹² Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, opus cit., p. 12. Los corchetes son míos.

²¹³ Sobre los dogmas relativos a la interpretación de los preceptos constitucionales, véase: Tamayo y Salmorán, Rolando, *Interpretación Constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa*, en: *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Vázquez, Rodolfo (compilador), Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1998.

constitutivos desempeñan una función de *norma normarum* del orden jurídico comunitario. Para estos juristas, ello no permite hablar de una constitución, pues los tratados carecen de elementos "inherentes a cualquier constitución", como la soberanía popular o un catálogo de derechos humanos²¹⁴.

Al momento de reflexionar sobre la posible elaboración de una constitución para la UE, dichas creencias pueden causar mucho daño, pues no nos permitirían distinguir claramente entre las ventajas políticas que aquella podría acarrear y las implicaciones que tendría para los ordenamientos jurídicos comunitario y nacionales. De ninguna manera se pretende negar la relación entre el derecho y la política, la cual considero básica para una comprensión adecuada de los fenómenos que en esta tesis se tratan, pero hay que subrayar, y permítaseme la tautología, que no es una relación necesaria en términos conceptuales.

El profesor Tamayo y Salmorán explica que el concepto de constitución está cargado de significados emotivos, por lo que se trata de un concepto eulogístico o apologético. Sin embargo, reconoce que los significados emotivos son claves para comprender plenamente el concepto en cuestión²¹⁵. Pero ello no debe conllevar a la concepción errónea de que sus diferentes significados se fusionan en uno sólo (en la esencia), sino que debe alertarnos sobre las diferentes cosas que la palabra 'constitución' nombra y puede nombrar, ya que es a todas luces un concepto vago. Los significados emotivos mencionados son valores políticos, sociales, culturales y hasta religiosos, que cambian dependiendo de época, lugar y circunstancias. La propia palabra que los antiguos griegos le dieron a 'constitución' designa propiedades ideales: *politeia* (πολιτεια) se compone de *polis* (πολις) y *telos* (τελος), o sea, la finalidad de la polis, entendiendo por finalidad la meta o el objetivo deseable para la comunidad. En Aristóteles se encuentra ya la noción del 'Estado constitucional', definido por determinados valores políticos: "En cuanto a la tiranía, es lógico mencionarla en último lugar, porque es el menos constitucional de todos los gobiernos, y nuestra investigación es acerca del gobierno

²¹⁴ Cfr. Ruzpérez, Javier, *La "Constitución Europea" y la Teoría del Poder Constituyente*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

²¹⁵ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, opus cit., pp. 89-91.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

constitucional”²¹⁶. Desde la época de Aristóteles existe, pues, el concepto político de constitución, que consiste *en la mejor forma posible de ser de la comunidad política*, en “la vida mejor para la mayoría de las ciudades y el común de los hombres, no juzgados de acuerdo con un patrón de virtud que esté por encima del hombre medio (...), ni con vistas a una constitución a la medida de nuestro deseo, sino con arreglo a un estilo de vida que pueda compartir la mayoría de los hombres, y a una constitución de que pueda participar la mayoría de las ciudades”²¹⁷. Es fácil constatar que todas estas consideraciones son axiológicas, y el propio Aristóteles refiere este pasaje de la *Política* a su *Ética Nicomaquea*, y establece que los conceptos relativos a la vida feliz del individuo se aplican a la constitución, “porque la constitución es como la vida de la ciudad”²¹⁸. La teoría política de la constitución—la teoría política en buena medida—es, fundamentalmente, teoría valorativa, que recibe sus dogmas del ‘constitucionalismo’, i.e. de la historia de las conquistas políticas, entendiendo por éstas el reconocimiento jurídico-constitucional de ideales sociales, culturales, morales y religiosos. Destaquemos algunos de los dogmas principales que han forjado la teoría política de la constitución dominante en Europa y en el resto del llamado mundo occidental, o sea, el liberalismo.

Los más importantes son: la división de poderes, o mejor dicho, la distribución de competencias jurídicas de los funcionarios estatales a fin de garantizar mecanismos de contrapeso destinados a controlar el poder político, y un contenido mínimo de derechos humanos, sobre todo de primera generación, protegidos judicialmente. Así, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789* estipula en su emblemático artículo 16: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”²¹⁹. Es curioso observar cómo dicho precepto representa, tanto para teóricos políticos como para juristas²²⁰, un paradigma no

²¹⁶ Aristóteles, *Política*, 1293 b, 25, versión de Gómez Robledo, Antonio, segunda edición, Biblioteca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana, UNAM, 2000, p. 119.

²¹⁷ *Idem*, 1295 a, 40, p. 124.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*; en: Fauré Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, Comisión Nacional de Derechos Humanos/Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 12.

²²⁰ Cfr. Ruipérez, Javier, *La “Constitución Europea” y la Teoría del Poder Constituyente*, *opus cit*, p. 113.

sólo de cómo debería ser una constitución—caso aceptable—sino de de lo que es, lo cual se debe a la influencia del pensamiento iusnaturalista en la doctrina de los derechos humanos, que ha recobrado mucha fuerza en los últimos años, sobre todo en el discurso político internacional. Otro de dichos dogmas es la soberanía popular. Ésta encuentra su fuente en la jurisprudencia romana, según la cual el *populus* es quien ordena y establece lo que es *lex*²²¹, y es mediante (*cum*) *lege regia* emitidas por el pueblo romano como se transfiere esta potestad al *principi*²²². Este principio, formulado jurídicamente, pero al cual subyace el ideal político de la democracia, ha tenido dos implicaciones fundamentales para el constitucionalismo moderno: en primer lugar, ha convertido a los sistemas de democracia representativa en paradigmas del 'Estado constitucional'²²³; en segundo lugar, la idea del pueblo como el único titular posible de la soberanía se ha asociado directamente con el Estado nacional, pues nación y pueblo se equiparan, de manera que se presupone que sólo una nación puede constituir un Estado²²⁴.

²²¹ Paráfrasis de Gayo, *Instituta*, I,3. Citado por: Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, *opus cit.*, p. 126.

²²² Paráfrasis de Ulpiano, *Digesta*, I,4,1. Citado por: *idem*, p.127.

²²³ Obviamente, la jurisprudencia romana sólo constituye una fuente remota de este fenómeno, que se consolidaría, mediante una senda de luchas políticas como la *Glorious Revolution* de Inglaterra, la Revolución Francesa y los movimientos obreros y feministas en la misma Inglaterra, hasta mediados del siglo XIX con las primeras elecciones universales directas en estos dos países (aunque el calificativo 'universal' es incorrecto debido a la exclusión de las mujeres, lo cual se dio a pesar de la gran influencia que en la lucha por el derecho al voto universal tuvo el mencionado movimiento feminista).

²²⁴ El dogma del pueblo como único soberano y, con ello, como conjunto de los miembros de una comunidad política, fue retomado de manera contundente en la *Constitución estadounidense* de 1787 y en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789. Se trata de una idea desarrollada por la Ilustración, especialmente por Rousseau, Kant y Sieyès. En cuanto a la identificación de este significado de 'pueblo' con el de 'nación', Jürgen Habermas explica que la palabra 'nación' era usada hasta el siglo XVIII para designar a una comunidad de ascendencia (*Abstammungsgemeinschaft*). A mediados de dicho siglo este significado se fusionó cada vez más con la noción de un pueblo estatal, y con la Ilustración y la Revolución Francesa, la 'nación' adquirió un significado normativo. La 'nación' ya no era entendida necesariamente como el compuesto de hombres y mujeres que comparten un origen étnico-histórico-lingüístico, sino como la membresía común de ciudadanos libres con derecho a la autodeterminación (Cfr. Habermas, Jürgen, *Funktion und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, cuarta edición, Editorial Surkamp, Frankfurt del Meno, 1994, pp. 635-637). Posteriormente, se retomó en Alemania, especialmente en la Asamblea de Germanistas de 1846 que precedió al pre-constituyente de Frankfurt de 1848, la idea de la 'nación' como conjunto de personas que comparten un origen étnico, histórico y, sobre todo, lingüístico. Estos elementos componen el espíritu del pueblo (*Volksgeist*), que fundamenta la unidad nacional. Esta idea romántica postula que el Estado se construye a partir de la identidad nacional, mientras que del ideal normativo de la Revolución Francesa se infiere que el Estado construye dicha identidad (Cfr. Habermas, Jürgen, *La Constelación Posnacional*, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, 2000, pp. 15-23).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por otro lado, está la idea del gobierno subordinado al imperio de la ley, *i.e.* el denominado 'Estado de derecho' (también 'constitucional'). Corolario de dicha noción es la supremacía de la constitución, ya que al ser ésta la base de la organización política de una comunidad, los actos de gobierno tienen que someterse a su imperio. Además, se suele relacionar a la constitución con *un* documento escrito solemne, idea que se asocia con la necesidad de contar con un contrato social, en donde conste *a la letra* la voluntad de una comunidad política de darse una determinada forma de organización social, *i.e.*: "el conjunto de ideologías y doctrinas que tienen como principal objeto que los sistemas políticos tengan sus reglas del juego político y las funciones de los detentadores del poder establecidas en un documento solemne denominado 'constitución'"²²⁵. El propio Kelsen se refiere, en este sentido, a "*un* documento denominado «constitución»"²²⁶. Este pacto solemne también se vincula con la concepción de la inviolabilidad de la constitución como conjunto de decisiones políticas fundamentales, sobre las cuales descansa dicha organización estatal (formas de Estado y de gobierno), y que no pueden ser reformadas por provenir de un poder constituyente absolutamente soberano, que generalmente es el pueblo: "El acto de dar la Constitución es cualitativamente distinto del de reformarla (es decir, revisar las leyes constitucionales contenidas en el texto), porque en un caso se entiende por Constitución la decisión de totalidad, y en otro, la ley constitucional"²²⁷.

Estos son sólo algunos de los dogmas acogidos por la teoría política liberal de la constitución, aunque no todos exclusivos de ésta. De cada uno de ellos se derivan otros, como del de soberanía popular el de la voluntad general, y de éste los llamados 'principios y fines' que identifican y cohesionan a los miembros de una comunidad política. Otros son sólo el género de una variedad de elementos, como los derechos humanos.

Si bien no se pretende hacer aquí una historia de los acontecimientos políticos de los que surgieron (constitucionalismo), pues excedería los propósitos del presente trabajo²²⁸, si

²²⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, *opus cit.*, p. 199.

²²⁶ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, *opus cit.*, p. 228. La traducción y lo subrayado son míos.

²²⁷ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, *opus cit.*, p. 30.

²²⁸ Para una historia del constitucionalismo así entendido, véase: Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, segunda parte, *opus cit.*, pp. 89-207.

podemos señalar los siguientes sucesos y doctrinas como los momentos más relevantes para su conformación: el constitucionalismo griego con su idea sobre la relación conceptual entre el derecho y la justicia (primero divina y luego ética), y la virtud del justo medio que debe alcanzar la *polis*; la jurisprudencia romana con sus concepciones ampliamente desarrolladas sobre la soberanía popular y el *ius gentium* como doctrina de derecho natural; la propia evolución del derecho natural que tanto influyera en el posterior desarrollo de los derechos humanos; la conformación del *common law* en Reino Unido, especialmente su sistema judicial, así como la *Carta Magna* de 1215, el *Habeas Corpus Act* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1688, elementos altamente efectivos en la protección de los derechos de los súbditos y en el establecimiento de límites al poder del monarca mediante el derecho; los ideales políticos de la Ilustración y la Revolución Francesa, especialmente la protección de los derechos civiles y políticos, la división de poderes y la reivindicación del concepto normativo del pueblo-nación como titular de la soberanía; así como la consolidación de la constitución escrita en Estados Unidos, en 1787, y de su supremacía garantizada por los jueces.

El constitucionalismo brinda una serie de elementos que son acogidos y elaborados por los teóricos políticos, quienes asignan aquellos que consideran pertinentes y valiosos, por una u otra razón, al campo de aplicación de la palabra 'constitución', otorgándole así toda su carga emotiva²²⁹. Dicho de otra manera: cuando se amplía la denotación (o extensión) de una palabra, los nuevos fenómenos por ella nombrados adquieren las propiedades que designan al concepto cuya extensión fue ampliada, es decir, adquieren su intensión. *La designación o intensión del concepto político de 'constitución' es apologetica, pues su significado paradigmático, concebido en la palabra griega 'politeia', es la mejor forma posible de ser de la comunidad política, y su denotación o extensión es relativa y arbitraria, pues depende de la ideología política dominante.* Así, para un socialista es aquel instrumento jurídico fundamental que garantiza el bienestar social, para un liberal se trata de la norma suprema que limita al poder político, permitiendo el libre desarrollo del individuo en sociedad, para un totalitarista no es más que el conjunto de

²²⁹ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, opus cit., pp. 90 y 91.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

reglas que establecen y estabilizan el dominio efectivo sobre la población, y para un neoliberal representa el medio jurídico que reduce las funciones públicas a garantizar pasivamente (no injerencia) y proteger activamente (coacción) una serie de derechos individuales, sobre todo de propiedad y de libertad contractual, frente a los colectivos, especialmente los sociales y laborales. Cada una de estas concepciones refleja lo que, según sus partidarios, *constituye* la mejor forma posible de ser de la comunidad política.

B. LA TEORÍA POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN EN EUROPA OCCIDENTAL

Dado que el fenómeno que nos interesa es la situación actual de la constitución política europea, o si se prefiere del Estado constitucional europeo—si es que hay tal—, y su futuro desarrollo, debemos destacar algunos aspectos adicionales a los ya mencionados que también configuran el constitucionalismo europeo. Ello no quiere decir que se trate de propiedades exclusivas de la doctrina política constitucional o de las constituciones positivas europeas, lo cual de por sí es una pretensión casi imposible al ser el constitucionalismo occidental en buena medida de origen europeo²³⁰. No obstante, si existen ciertas características que han experimentado una evolución específica en el viejo continente y otras que han posibilitado dicha evolución. Dentro de esta última clase se encuentra la separación Estado-iglesia.

Independientemente de lo que la neutralidad religiosa del Estado significa para la teoría liberal de la constitución, como lo muestran las libertades fundamentales de culto, conciencia y expresión, consagradas en prácticamente todas las constituciones de Occidente, en Europa la separación Estado-iglesia fue un factor determinante en la consolidación de los Estados-nación y, por ende, en la construcción de identidades nacionales. Pero los procesos de secularización que, hablando de manera muy general, iniciaron en la Baja Edad Media y culminaron con la organización estatal del Congreso de Westfalia en 1648, no sólo constituyeron una conquista política fundamental para el

²³⁰ Algunos autores, como Peter Häberle, destacan el universalismo como una propiedad de la cultura constitucional europea (Cfr. Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, traducción de Emilio Mikunda, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, pp. 122-124). A pesar de la autoridad incontestable del profesor Häberle en la materia, rechazamos dicha consideración, pues corre el riesgo —ciertamente no pretendido por el autor— de incurrir en un eurocentrismo que deje de lado ciertas aspiraciones legítimas de culturas no-occidentales, como la lucha por el reconocimiento constitucional de usos y costumbres (*i.e.* derecho) indígenas en buena parte de América Latina. Consideramos que la “universalidad” de los valores políticos europeos es una consecuencia histórica de las conquistas realizadas por ciertas naciones europeas. La transposición de dichos valores no constituye un hecho lamentable, todo lo contrario, pero asumir la propagación de los mismos como una cualidad trascendental derivada de su bondad intrínseca supone la exclusión de otros valores en nuestras sociedades “occidentales”: significa, pues, no superar el momento de la abstracción, imposibilitando así la reconstrucción dialéctica de los valores, que representa, a nuestro juicio, el mejor método para evitar que la axiología se convierta en un dogmatismo intolerante.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Estado-nación, sino para la cultura constitucional europea en su conjunto: la separación Estado-iglesia hizo posible la concepción de Europa como proyecto político (*vid supra*: pp. 1 y 2). Ello permite descartar contundentemente tesis tan absurdas y anacrónicas como la de Larry Siedentop, que propone que la Constitución Europea funde un “Estado federal cristiano”²³¹, ignorando la historia y la composición multicultural de diversas sociedades contemporáneas a lo largo del continente. En menor grado, pero no sin dejar de caer en absurdos, se presenta el proyecto de Constitución Europea del Partido Popular Europeo, que incluye frases como: “los valores de la Unión incluyen los valores de quienes creen en Dios como fuente de verdad, justicia, bondad y belleza, así como de aquellos que no comparten esa creencia pero respetan esos valores universales procedentes de otros orígenes”²³². Aparte de la importancia de respetar la secularización en la vida política, que por lo menos es puesta en duda con el art. 57 del proyecto del PPE, la falta de claridad en la redacción resulta preocupante, pues: ¿qué quieren decir los conservadores europeos con “aquellos que no comparten esa creencia (...) procedentes de otros orígenes”; acaso se refieren a los no-cristianos, es decir, en buena medida a los ciudadanos europeos que practican el Islam o el Judaísmo? En tal caso, no se entiende cómo un musulmán o un judío no compartirían la creencia en dios como fuente de verdad, justicia, bondad y belleza; ¿o son estas prerrogativas de los cristianos? Más allá de la desafortunada redacción—esperemos que sea un error de redacción—, este tipo de frases adquieren una dimensión política bastante relevante al plasmarse en una constitución, pudiendo dar lugar a conflictos entre los ciudadanos del origen que *no es otro*—cristiano, supongo— y los de “otros orígenes”, quienes probablemente se sentirían discriminados, y con razón, pues una constitución es un pacto político fundamental entre todos los integrantes de una comunidad política, y no entre no(s)otros y los otros; lo único que permite excluir al otro es la condición de pertenencia a una comunidad, y ello tiene que ver con criterios pragmáticos como la residencia y no con valores, sean religiosos o raciales (el término ‘origen’ de por sí es lamentable en dicho contexto), por lo menos no en una comunidad liberal y

²³¹ Cfr. Moravcsik, Andrew, *Despotism in Brussels? Misreading the European Union* (Review Essay), en: *Foreign Affairs*, May/June 2001, Volume 80, Number 3, p. 115.

²³² Yármoz, Carlos, *El Partido Popular Europeo propone que la Constitución de la UE recoja menciones expresas a la religión*; en: *El País*, 13 de noviembre de 2002.

democrática. Con toda la importancia que tiene el Cristianismo para Europa, y para la Europa unida específicamente, es importante subrayar que enunciados como el anterior, que encima de todo pretenden tener carácter directivo, ponen en riesgo uno de los pilares sobre los que debería construirse la nueva Europa: el multiculturalismo.

Por otro lado, tenemos al Estado social de derecho, un fenómeno ampliamente conocido en México, ya que nuestra Carta Magna fue la pionera en la materia. Sin embargo, y sin restarle importancia histórica alguna a la *Constitución mexicana* de 1917, en este trabajo nos enfocamos a analizar el desarrollo de este tipo de organización política en los países de Europa occidental.

Por Estado democrático de tipo social entendemos aquella comunidad política que se basa en ideales liberales como la supremacía constitucional y el imperio de la ley, la división de funciones, el respeto a los derechos civiles y políticos, pero también, y ésta es su nota distintiva, en el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales, como la libertad sindical, el derecho a huelga y la previsión y seguridad sociales. El reconocimiento de los derechos sociales como fundamentales, *i.e.* como derechos consagrados constitucionalmente²³³, se da por primera vez en Europa—dos años después que en México—en Alemania con la *Constitución de Weimar* de 1919. Esta conquista política fue propia de los movimientos obreros a lo largo del continente, especialmente en Inglaterra, Francia y Alemania²³⁴, pero también del pensamiento de Karl Marx, nombre no menos importante para el constitucionalismo europeo que los de Thomas Hobbes, John Locke, Jacques Rousseau, Immanuel Kant o Montesquieu.

²³³ Lo importante de esto es que disfrutaron del más alto nivel jerárquico dentro de un orden jurídico nacional, pudiendo gozar de efecto directo, de rigidez en cuanto a su modificación y, sobre todo, de garantías constitucionales.

²³⁴ Las primeras conquistas de las luchas obreras en Europa fueron: en Inglaterra, las leyes de 1824 que suprimieron el carácter delictivo de sindicatos y huelgas (*ley de Francis Place*); en Francia, la reforma al Código Penal de 1864 relativa a la coalición y las huelgas; y en Alemania, el *Reglamento de Profesiones* de 1869 (*Gewerbeordnung*), primera ley del trabajo que reguló las instituciones del derecho colectivo, aunque con diversas restricciones (Cfr. De la Cueva, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo II, octava edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1996, pp. 203-206).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El desarrollo catastrófico de la República de Weimar es bien conocido, y el orden mundial cambiaría después de 1945. No obstante, este cambio no es tan radical como parece: los cimientos de los nuevos aspectos de la política y cultura occidentales que se estabilizarían a partir de la segunda posguerra y hasta la caída del bloque socialista, se concibieron precisamente entre 1900 y 1933. Como ya se había dicho: fue la época de la *Bauhaus* y *Dada*, y también de la Sociedad de las Naciones, de la primera República democrática en Alemania y de genios de la política exterior europea como Gustav Stresemann y Aristide Briand (*vid supra*: p. 7). Así como *Bauhaus* y *Dada* iniciaron una revolución artística que cambiaría hasta la fecha nuestra percepción de lo estético y con ello nuestra apreciación de lo "natural" como guía moral, *i.e.* de nuestro juicio moral, así Stresemann y Briand sentaron las bases de la amistad franco-alemana indispensable para la integración europea, y así como la Sociedad de las Naciones fue el primer paso hacia el "nuevo orden mundial", también la *Constitución de Weimar* fue un ejemplo a seguir en el constitucionalismo social europeo. Todas estas ideas se consumieron y adquirieron validez universal tras 1945, pero sus autores fueron los hombres y las mujeres que vivieron y sufrieron las dos Guerras Mundiales. Y por ello es comprensible que "al largo siglo XIX (1789-1914) le ha seguido un corto siglo XX (1914-1989)"²³⁵.

Ahora bien, ¿cómo es que se desarrolló el Estado social europeo tras 1945, cuáles nuevos matices adquirió y, sobre todo, se trata de un tipo estatal aún vigente? Habermas es quien nos explica que la experiencia de las dos Guerras forjó una nueva solidaridad, anclada en el Estado-nación. Esta solidaridad puede clasificarse como "solidaridad de hecho", pues como la solidaridad en la producción del carbón y del acero entre Francia y Alemania se dio para asegurar intereses tan concretos como la paz y la recuperación económica (*vid supra*: p. 14), así también la solidaridad que implica el Estado social surgió de la necesidad de nivelar los estándares de vida en una posguerra que dejó en la miseria a grandes sectores de la población. La solidaridad de hecho indispensable para la integración entre los países de Europa y la solidaridad de hecho requerida entre los miembros de cada uno de estos países fueron procesos paralelos destinados a garantizar los valores políticos y

²³⁵ Habermas, Jürgen. *La Constelación Posnacional*, *opus cit.*, p. 64.

sociales más importantes pisoteados por las guerras: la paz y la justicia social. Además, la barbarie que experimentaron los habitantes de Europa entre 1933 y 1945 despertó en sus mentalidades una reivindicación del humanismo abandonado por ellos mismos, especialmente por los alemanes: un humanismo que necesariamente conduce a la creencia en la igualdad, que al lado de la libertad y la fraternidad (o solidaridad) aseguran no volver a caer en las catástrofes del pasado. Aunado a ello, tenemos la experiencia de la crisis económica mundial de 1929, un factor muy importante en el ascenso de Hitler al poder²³⁶. En este contexto, Habermas menciona que "los países de la OCDE (...) demostraron que habían aprendido tanto de las catastróficas experiencias del período entreguerras que pusieron en marcha una inteligente política económica centrada en la estabilidad interior y, gracias a tasas de crecimiento relativamente elevadas, pudieron construir amplios sistemas de seguridad social. Bajo la forma de una democracia de masas y del Estado social: el modelo económico del capitalismo, altamente productivo, ha sido por primera vez domesticado y puesto más o menos en consonancia con la autocomprensión normativa de los Estados constitucionales democráticos"²³⁷. Las crecientes interacciones comerciales entre los países europeos, sobre todo a raíz de la entrada en vigor del TCEE en 1958, fue inteligentemente acompañada de medidas internas para asegurar la protección de las clases menos favorecidas, de manera que si se puede hablar de un beneficio general para los habitantes de la CEE gracias a un comercio liberalizado pero regulado²³⁸. Dicha regulación se ha dado mediante una política de economía social de mercado o economía mixta que, sin coartar las libertades de propiedad y de libre contratación, prescribe la intervención de los poderes públicos a favor del bienestar colectivo. En otro lado, el mismo autor se refiere a la incompatibilidad de los ideales democráticos de la Revolución Francesa con un capitalismo desenfrenado, pues el patriotismo constitucional se basa en una idea de autocomprensión normativa de los miembros libres de la comunidad, i.e. en la libre

²³⁶ Qué tanto se relacionan las crisis económicas con los surgimientos y resurgimientos de la extrema de derecha en Europa (hoy podríamos hablar del nuevo populismo de derecha), ha quedado demostrado de nueva cuenta con las elecciones recientes en Italia, Francia y Holanda, las cuales se realizaron en un contexto de desaceleración de la economía mundial.

²³⁷ Habermas, Jürgen, *La Constelación Posnacional*, opus cit., p. 69.

²³⁸ El crecimiento de desigualdades Norte-Sur también es un fenómeno incuestionable de estas décadas, pero lo que importa aquí es destacar el papel de los Estados nacionales europeos como garantes del bienestar social.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

participación de *todos* sus miembros en la realización y actualización de la vida pública²³⁹. Los derechos fundamentales, que comprenden tanto a los individuales como a los colectivos, cobran así una nueva acepción: su eficacia garantiza la realización de la democracia: libertad presupone igualdad. El Estado democrático de tipo social que se desarrolló en Europa durante la segunda mitad del siglo XX es el modelo hasta ahora concretado que más se aproxima a la idea de la democracia discursiva, en donde todos los actores sociales tienen garantizada una participación en la *res publica*, que se construye dinámicamente, *i.e.* mediante la interacción de los procesos de expresión de voluntad política constituidos jurídicamente (la legislación) y los flujos comunicativos espontáneos de la sociedad civil. Es en este contexto, como se entiende mejor por qué el Estado social de derecho europeo reúne generalmente—y a diferencia del mexicano—una característica adicional, que consiste en el sistema parlamentario como forma de gobierno²⁴⁰. Helmut Schmidt, ex-Canciller federal de Alemania, menciona al respecto: “La cultura común de los europeos no se compone sólo de la música, la literatura, la filosofía y la herencia del Cristianismo, sino especialmente de la cultura política común de la democracia, del Estado de derecho y de la cultura común de la economía; ella se compone también, por ejemplo, de la cultura común consistente en que los trabajadores se pueden reunir en sindicatos y que, como sindicatos, ejercen poder”²⁴¹.

El Estado social europeo se ha desarrollado, evidentemente, en el marco nacional, pues desde la Paz de Westfalia éste ha sido el destino de la mayoría de las organizaciones políticas en Europa. Pero el Estado-nación no sólo ha sido el marco “natural” del Estado benefactor, sino que también ha desempeñado una función específica en su realización: la identidad nacional ha sido un instrumento que posibilita la instrumentación de políticas públicas destinadas al bienestar social. Como se dijo anteriormente, el Estado social está basado en la solidaridad de sus miembros, ya que implica importantes sacrificios

²³⁹ Cfr. Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung, opus cit.*, pp. 610-614. Para Habermas, las ideas que toman relevancia en este contexto son las de Rousseau, Kant y del demócrata alemán Julius Fröbel (1805-1893), pues para ellos el propósito de la ciudadanía es precisamente dicha participación en la esfera pública.

²⁴⁰ La gran excepción es Francia con su sistema semipresidencial.

²⁴¹ Schmidt, Helmut, *Die Selbstbehauptung Europas im neuen Jahrhundert*, discurso pronunciado en el ciclo de ponencias *Humboldt-Reden zu Europa*: en: <http://www.wbi-berlin.de/hrc.htm>.

adicionales a la tradicional obligación del servicio militar²⁴², para poner en marcha y mantener los sistemas de previsión y seguridad sociales, así como—y este es otro de sus aspectos fundamentales—para garantizar la educación pública. Para ello es necesario realizar contribuciones, que van desde el clásico pago de impuestos hasta las aportaciones obrero-patronales y la repartición de utilidades de las empresas, por mencionar sólo algunas. La nación, como medio de identidad de los miembros de la colectividad, facilita la realización del sacrificio mutuo. De esta manera, la unidad Estado-nación no sólo se explica en función de la historia, sino también de los fines del Estado.

A pesar de todo ello, existen, desde finales de los ochenta, tendencias muy claras en dichos países—no sólo ahí, pero éste es el caso que nos ocupa—a disminuir cada vez más las políticas sociales: “(...) desde entonces, en los países de la OCDE se ha impuesto un cambio de tendencia: se reduce el nivel de las prestaciones sociales y, al tiempo que se dificulta el acceso a los sistemas de seguridad social, se refuerza la presión sobre los padros”²⁴³. Dicho fenómeno no es exclusivo de los gobiernos de centro-derecha. Los nuevos gobiernos de izquierda, como en Reino Unido (*tercera vía*) y en Alemania (*nuevo centro*), han recortado drásticamente las ayudas a los desempleados, jubilados y estudiantes, han reducido el impuesto sobre la renta, y promueven la privatización, parcial o total, de otras prestaciones públicas, en ocasiones con mayor ímpetu que los gobiernos de la democracia cristiana. La confusión resultante de ello entre la izquierda y la derecha europeas se ha reflejado en el histórico abstencionismo en algunas de las últimas jornadas electorales²⁴⁴. En este momento es importante hacer una aclaración. El Estado social europeo tiene un claro fundamento ideológico en el pensamiento socialista y no hubiera sido posible sin las luchas de la clase obrera, pero no es exclusivo de la izquierda. La democracia cristiana ha sido perfectamente capaz de asumirse a sí misma como gobiernos respetuosos del Estado social en las democracias de la segunda posguerra. En Alemania,

²⁴² Típica evolución de los Estados sociales más avanzados es la opción entre realizar el servicio militar o el servicio civil.

²⁴³ Hubermas, Jürgen, *La Constelación Posnacional*, *opus cit.*, p. 71.

²⁴⁴ El 7 de junio de 2001, las elecciones parlamentarias en Reino Unido registraron una participación de sólo 57% del padrón electoral, lo cual representó la participación más baja en ese país desde 1918. Por su parte, la primera vuelta de las elecciones legislativas en Francia, el 9 de junio de 2002, registró una abstención de 35,72%, la más alta en la historia de las primeras vueltas de las elecciones legislativas en la V República.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

por ejemplo, el gobierno de Helmut Kohl fue mucho más eficiente al respecto que lo que ha sido hasta el momento el gobierno de Gerhard Schröder, y en Reino Unido, las diferencias entre los programas sociales de Anthony Blair y Margaret Thatcher, quien precisamente empezó en Europa occidental con el llamado "adelgazamiento del Estado", son casi irreconocibles. Una posible lectura es que esto se explica debido al carácter humanista y solidario del Cristianismo, otra consiste simplemente en que el Estado social es un hecho histórico consumado. una conquista política ya tan anclada en el Estado-nación europeo que todo actor político con aspiraciones reales de poder tiene que asumir. La verdad es que se trata de una combinación de ambos factores: la ideología democratacristiana es compatible con la mayoría de los valores del Estado social de derecho. Todavía en los ochenta las discrepancias entre un bando y el otro se referían en buena medida a problemas socio-culturales, políticas de asilo y de seguridad pública. Esta aclaración es pertinente, pues nuestro propósito es destacar al Estado social como característica de la cultura política y por ende del constitucionalismo europeos, y no sólo de la izquierda. Pero precisamente es eso lo que se está perdiendo: el Estado social en Europa ya no es una realidad, por lo que resulta difícil presentarlo como característica del constitucionalismo europeo actual. La causa principal de este cambio en las políticas estatales lo constituye la globalización económica²⁴⁵. El intercambio de bienes, servicios y capitales entre los diferentes territorios estatales es, hoy en día, tan intenso que ha modificado por completo a los sistemas económicos nacionales. Desde el punto de vista jurídico, la globalización económica ha implicado a la fecha una armonización desregulativa, pues tanto los tratados de libre comercio bilaterales y regionales, como los acuerdos comerciales multilaterales de la OMC, tienen como propósito fundamental la homologación de los diversos regímenes jurídicos de comercio exterior a fin de eliminar aranceles y otros obstáculos al comercio internacional, y de facilitar, mediante principios como el trato nacional y el de nación más favorecida, el movimiento de servicios y

²⁴⁵ El concepto 'globalización' presenta un alto grado de textura abierta, ya que su extensión se amplía en la medida en que avanza el proceso a que se refiere, de manera que hoy difícilmente podemos presentarlo como un concepto terminado. Su propiedad definitoria es que se refiere a un proceso masivo y acelerado de internacionalización, y comprende, *inter alia*, a las redes de comunicación, a la cultura, a los riesgos medioambientales, al crimen organizado y, de manera muy especial, al tráfico transfronterizo de bienes, servicios y capitales.

capitales. La liberalización (desregulación) de sectores estratégicos para los Estados con economías mixtas, como el energético o el de transportes, dificultan cada vez más la dirección de la macroeconomía nacional a cargo del Estado, y la disminución en las tasas de los impuestos sobre el ingreso obstaculiza las tareas distributivas. Si a ello le agregamos las privatizaciones de ciertos servicios de previsión y seguridad sociales, y las presiones de las empresas transnacionales (y nacionales) para flexibilizar las legislaciones laborales nacionales con el único propósito de mantener una mano de obra barata y flexible, entonces entendemos perfectamente por qué el Estado social no puede coexistir con la globalización económica tal como hoy la estamos viviendo. El Estado social en Europa está desapareciendo, y ello denota un debilitamiento democrático, ya que el hecho de que las políticas públicas ya no responden a ciertas necesidades de los sectores más amplios de sus poblaciones, demuestra que dichos sectores están siendo marginados de la toma de decisiones, pues *volenti non fit iniuria*.

A manera de conclusión, podemos establecer que *la teoría política dominante de la constitución en Europa se construye a partir de la separación Estado-iglesia y se compone de los valores tradicionales del liberalismo (i.e. la división de funciones, los derechos civiles y políticos, la soberanía popular, la identidad Estado-nación, el imperio de la ley y la supremacía constitucional, y la democracia representativa), así como del ideal político de la justicia social con todo lo que ello implica para la concepción particularmente europea de los derechos fundamentales*. La reunión de estos valores como decisiones políticas fundamentales constituye el Estado democrático y social de derecho, que es, según el constitucionalismo europeo, la mejor forma posible de ser de las comunidades políticas. Por supuesto que existen diferencias al respecto entre los países que integran la UE, y más aún a lo largo del continente, en la denominada "Europa grande", que abarca a los cuarenta y cuatro Estados miembros del CdE y a los aspirantes a ingresar a dicho organismo. Sin embargo, diversos factores, como la propia geografía del continente y la idea de Europa, que surge como anhelo de paz entre sus naciones, nos permiten hablar de la "historia y la cultura política europeas". Las historias de las naciones de Europa sólo cobran sentido en contextos como Roma, Bizancio, el Cristianismo o la Paz de Westfalia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Actualmente, este fenómeno, parcialmente interrumpido por la división geopolítica de la segunda posguerra, ha cobrado un nuevo impulso ante tres aspectos destacados por el profesor Häberle: éstos son: la "europeización a través del derecho europeo en sentido amplio y restringido"²⁴⁶, *i.e.* la recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales de la normatividad derivada de los instrumentos fundamentales del CdE y de la UE, así como de la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos y del TJCE; el "derecho constitucional común europeo"²⁴⁷, o sea los principios comunes a las constituciones nacionales de Europa, que son transformados por medio de los tribunales mencionados en derecho europeo *strictu y lato sensu*; y el "derecho constitucional de Europa"²⁴⁸, que se refleja en las cláusulas europeas (*vid supra*: pp. 83 y ss.), y que nos plantea el interrogante de "si los Estados constitucionales que actúan en el contexto de Europa son todavía «Estados extranjeros»"²⁴⁹. Esta comunidad de valores políticos y culturales, fruto de una historia y condición de un derecho compartidos, cobra una gran importancia en el proyecto de elaborar la Constitución Europea, pues contrarresta el argumento de que dicha constitución está condenada al fracaso por pretender construir identidades y proyectos políticos artificialmente.

No obstante lo anterior, hemos visto como algunos de los valores que componen la teoría política de la constitución de Europa occidental ya no corresponden plenamente a las realidades y dinámicas políticas imperantes en la mayoría de dichos países, lo cual sólo puede significar que los dogmas que construyen tal teoría están cambiando o que éstos ya no pueden ser garantizados mediante las formas existentes de organización política. Responder a este interrogante es complicado, pues dichos dogmas son teoremas axiológicos de conquistas políticas, *i.e.* de sucesos históricos. Sabemos, *e.gr.*, que la división de funciones estatales es un dogma constitucional incuestionable en el mundo occidental porque las revoluciones que triunfaron lo impusieron y hasta nuestros días no ha sido alterado, ni hay indicios de que se pretenda borrar del ideario político de nuestras

²⁴⁶ Häberle, Peter. *El Estado constitucional*, opus cit, p. 66.

²⁴⁷ *Idem*, p. 67.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ *Idem*, p. 68.

sociedades; lo mismo sucede con la democracia representativa y las libertades civiles. Por otro lado, observamos que la justicia social ocupa cada vez un lugar menos importante en los programas de gobierno y que las normas jurídicas que establecen los mecanismos destinados a garantizar ciertos estándares de justicia social son modificadas o derogadas paulatinamente. Sin embargo, se trata de un proceso aún no concluido y cuyo resultado desconocemos. Además, existen serias resistencias en las poblaciones al respecto. resistencias que no pueden ser ignoradas sin que ello implique necesariamente un menoscabo al propio valor de la democracia. En el caso concreto de los países de la UE, podemos observar cómo cada cumbre de jefes de Estado y de gobierno es acompañada de protestas masivas, en las cuales diversos grupos sociales organizados en redes internacionales se manifiestan en contra de las consecuencias de la globalización económica²⁵⁰. Una de sus principales quejas es que la UE no ha respondido a las demandas sociales más importantes: "la Europa del mercado ha desplazado a la Europa social". Asimismo, durante la participación de representantes de la sociedad civil en la sesión plenaria de la Convención Europea, el 24 y 25 de junio de 2002 en Bruselas, la exigencia primordial de la sociedad civil fue precisamente que la Convención no se olvide del modelo social europeo a la hora de elaborar el proyecto constitucional²⁵¹. Por otro lado, e irónicamente, los mismos gobernantes que impulsan el "adelgazamiento del Estado", son quienes a más tardar en tiempos electorales tienen que retomar ciertos ideales de justicia social. Además, la necesidad de enfrentar los retos de la globalización, compaginando el libre comercio internacional con el bienestar social, se ha convertido en parte del propio discurso oficial de los últimos meses, como lo demuestra el punto 3) del *Programa de Trabajo* de la Presidencia danesa de la UE (julio-diciembre de 2002), que versa sobre el desarrollo sostenible y en donde podemos encontrar frases como: "En los próximos años, un reto de primera importancia para las economías europeas será el ofrecer trabajo a más

²⁵⁰ Desde el Consejo Europeo de Niza, en diciembre de 2000, las manifestaciones que rodean las concentraciones de los jefes de Estado y de gobierno han crecido a tal grado que en ocasiones han provocado que las ciudades afectadas padezcan condiciones similares a las de un estado de sitio, lo cual constituye una clara prueba del descontento generalizado respecto a una globalización económica desenfrenada. Por su parte, la creciente organización de redes sociales en estos eventos y la presencia en bloque de sindicatos de varios países brindan un ejemplo de la gestación de una sociedad civil europea que se empieza a construir en torno a exigencias de justicia social.

²⁵¹ Cfr. *EUobserver* del 25 de junio de 2002: en: <http://www.EUobserver.com>.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

personas y el asegurar la reducción continua del desempleo. Esto contribuirá a una mayor prosperidad y a la *sostenibilidad de la sociedad europea del bienestar (...)* La Presidencia danesa trabajará activamente para completar el trabajo de la UE sobre el paquete fiscal (...). Uno de los objetivos del paquete fiscal es asegurar la *financiación de las sociedades del bienestar de los países de la UE (...)* Sigue siendo necesaria una acción especial de *asistencia a los grupos menos favorecidos* que se sitúan en los márgenes del mercado laboral y de la sociedad. La empresa debería ser un colaborador activo en dicha acción”²⁵². El propio término ‘desarrollo sostenible’, tan de moda en el discurso político actual, significa: “un enfoque equilibrado entre desarrollo económico, desarrollo social y protección medioambiental”²⁵³. Por todo ello, es falso sostener que los ideales del Estado social han dejado de ser parte de los dogmas que nutren la teoría política de la constitución en Europa. Lo que existe, empero, es un sistema capitalista global cada vez menos regulado que ha dañado seriamente las funciones del Estado social y que amenaza con desaparecer los últimos servicios públicos a favor del bienestar común. Y no se trata de negar las virtudes que puede tener el libre comercio internacional, especialmente en la UE han sido notables, sino de destacar los peligros que tiene éste cuando no se somete a los intereses de las sociedades, siguiendo la falacia de que el sistema capitalista tiende por sí mismo a un sano equilibrio económico, como si no contáramos con suficiente evidencia en contrario. Las autoridades nacionales no han dado muestra de que puedan revertir esta tendencia, ni siquiera en Francia con el gobierno socialista de Lionel Jospin, que retomó de forma más marcada que en otros países de la UE las preocupaciones sociales en sus programas de gobierno. El problema está en que la capacidad de regulación y acción del Estado-nación se encuentra, por definición, limitada a su territorio, mientras que las actividades de las empresas dejaron de reconocer hace tiempo las fronteras estatales. Además, debemos tomar en cuenta que la globalización es un fenómeno que obedece a evoluciones científicas, tecnológicas y culturales (los propios movimientos de protesta a la globalización económica son, en muchos casos, redes globales), que no pueden frenarse, y que dicho proceso no se limita de ninguna manera al aspecto económico, sino que se

²⁵² Presidencia Danesa, *Una Europa. Programa de la Presidencia danesa de la Unión Europea, julio-diciembre de 2002*; en: <http://www.eu2002.dk>, pp. 16-20.

²⁵³ *Idem.* p. 20.

desarrolla paralelamente en ámbitos como los riesgos medioambientales y el crimen organizado. El Estado-nación pierde, en la medida que avanza dicho proceso, sus capacidades efectivas de acción y regulación. En términos jurídicos, podríamos decir que el dominio efectivo de las autoridades estatales se desvanece en la medida en que las conductas reguladas por sus normas se actualizan fuera de los límites del territorio estatal, que constituye su ámbito espacial de validez. Así, Jürgen Habermas, menciona: "Se mire como se mire, la globalización de la economía destruye la constelación histórica que el compromiso social del Estado, transitoriamente, hizo posible (...) Las funciones del Estado social han alcanzado actualmente tal dimensión que sólo pueden ser cumplidas si son transferidas desde el Estado nacional a unidades políticas que en cierta forma alcancen y se pongan al mismo nivel que la economía transnacional"²⁵⁴. La UE es, en el caso europeo, la unidad jurídica y económica que cumple con esta expectativa, pero ¿hasta qué punto satisface actualmente los requisitos de una unidad política en el sentido expresado por Habermas? O, dicho de otro modo: ¿consagran los tratados constitutivos de la UE, la jurisprudencia del TJCE y, en menor medida, la costumbre comunitaria (constitución material) los ideales políticos del liberalismo y la justicia social, es decir, existe una constitución política de la UE que responda a las exigencias del constitucionalismo europeo?

²⁵⁴ Habermas, Jürgen, *La Constelación Postnacional*, opus cit. p. 74.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

C. LA UE FRENTE A LAS EXIGENCIAS DE LA TEORÍA POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN

Desde el momento en que se constató que la UE—por más parecidos que tiene con el Estado federal—no corresponde a ninguna forma de Estado tradicional, *i.e.* que no encuadra en los modelos concebidos por la teoría general del Estado, quedó claro que ésta presenta serios problemas en cuanto a la posibilidad de existencia de una unidad política, toda vez que dicha unidad se explica en función del Estado (*vid supra*: Capítulo Segundo, III). No obstante, es necesario analizar si esta nueva forma de organización supranacional tiene la capacidad de responder a las exigencias del constitucionalismo europeo, pues del hecho de que no se pueda definir su naturaleza jurídico-política conforme a los cánones de la teoría general del Estado no se sigue necesariamente que la UE sea incapaz de responder a ideales políticos determinados, aunque éstos hayan sido desarrollados a partir y en función de los Estados nacionales²⁵⁵.

Empecemos con la división de poderes. Este principio debe ser analizado desde dos puntos de vista: la distribución de competencias al interior de la UE y la división de funciones entre sus órganos y los de los Estados que la componen. Al interior de la UE existe una distribución de competencias, aunque complicada, bien delimitada: Consejo, Comisión, PE y TJCE, por mencionar sólo a los más importantes, ejercen cada uno funciones especificadas en los tratados. De manera general, existe consenso al clasificar a la Comisión como el órgano ejecutivo, al Consejo y al PE como el legislativo y al TJCE como el judicial. En cuanto a éste último no hay ningún problema, y en torno al Consejo y al PE realmente tampoco, pues aunque a través de procesos complicados (*vid supra*: pp. 69-70), ambos ejercen la facultad legislativa en la Unión, y la mayor importancia que ejerce el Consejo debido a la unanimidad y a que en la mayoría de los procesos legislativos

²⁵⁵ Kynlicka y Straehle se refieren precisamente a la necesidad de confrontar las cuestiones persistentes de la teoría política a las nuevas formas supranacionales de organización, *i.e.* "la necesidad de una concepción más cosmopolita de la teoría política". Diversos autores, como Habermas, Luigi Ferrajoli y David Held, han respondido a esta exigencia (Cfr. Kynlicka, Will y Straehle, Christine, *Cosmopolitismo, Estado-Nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*, traducción de Pérez Portilla, Karla y Torbisco, Neus, y estudio introductorio de Carbonell, Miguel, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2001, pp. 79-97).

tiene la última palabra, no afecta de forma necesaria el carácter de órgano legislativo del PE; finalmente en los sistemas bicamarales nacionales la balanza también se inclina a favor de una u otra cámara. La Comisión, en cambio, sí presenta un problema más serio: la definición de la PESC la realiza el Consejo Europeo (art. 13, 1 del TUE) y el Consejo (art. 13, 3 del TUE), y su ejecución está a cargo del Consejo (art. 13, 3 del TUE). Asimismo, es la Presidencia del Consejo la que representa a la UE en organizaciones y conferencias internacionales (art. 18, 1 y 2 del TUE), y ésta cuenta para ello con la asistencia del Secretario General del Consejo, que, en este sentido, ejerce funciones de Alto Representante de la PESC (art. 18, 3 del TUE). La conducción de las políticas exterior y de defensa es una función tradicionalmente reservada al poder ejecutivo en los Estados nacionales, por lo que muchos analistas coinciden en que las facultades del ejecutivo comunitario se encuentran disminuidas, que se trata de un ejecutivo débil o "a medias". Sin embargo, para otros la PESC no existe más que en la hoja de papel, lo cual no está tan alejado de la realidad. Baste recordar que los Estados miembros de la UE siguen definiendo sus políticas exteriores individualmente, apartándose en varias ocasiones de las posiciones comunes del Consejo, a las cuales el TUE no otorga carácter vinculante, y que no existe ni un cuerpo diplomático ni un ejército únicos²⁵⁶. Sea como sea, la percepción de que el Consejo concentra demasiado poder es inevitable. La división de poderes, como ideal político, significa precisamente la existencia de mecanismos jurídicos de control político, a los cuales se escapan aquellos órganos que reúnen facultades legislativas y ejecutivas, como, en este caso, el Consejo. Por último, hay que referirse a la división de funciones entre la UE y los Estados miembros, ya que en la estructura *quasi*-federal de la UE, una adecuada división de poderes también se debe reflejar entre los órganos federales y los federados, por llamarlos de alguna manera. Este punto ya ha sido ampliamente abordado (*vid supra*: Capítulo Segundo, II. B y III), por lo que sobra decir que precisamente la alusión a dos diferentes puntos de vista, como dos criterios de validez normativa, demuestra que tal división es inexacta e incompleta en la UE.

²⁵⁶ La FRUE constituye una fuerza contingente que no desplaza a los ejércitos nacionales sino que se compone de elementos de éstos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La ausencia de una debida protección de los derechos humanos, sobre todo de primera generación, es uno de los aspectos que más se le han criticado al derecho comunitario, y para algunos es motivo para negar la existencia de una Constitución Europea no sólo política-, sino incluso—y de manera incorrecta— jurídicamente²⁵⁷. Los que argumentan en este sentido suelen hacer a un lado el hecho de que el TJCE ha incorporado a los principios generales del derecho de la UE los principios constitucionales comunes de los Estados miembros, dentro de los cuales se encuentran una serie de derechos humanos, así como los tratados internacionales en la materia de los que los Estados miembros son parte, con especial atención a la CEPDH. Estos principios generales no son sólo un catálogo de ideales políticos, sino que al gozar de suprallegalidad constitucional condicionan negativamente la posterior creación del derecho comunitario, forman parte, pues, de la constitución material de la UE. Por ello mismo, la Corte Federal Constitucional de Alemania estableció en su sentencia *Solange II*, de 1986, que la UE ya había desarrollado un sistema eficaz de protección de los derechos humanos esencialmente similar al de la *Ley Fundamental* alemana (*vid supra*: p. 93). Lo que molesta a muchos constitucionalistas es que en los tratados constitutivos no se encuentre un catálogo de derechos humanos como estamos acostumbrados a verlo en la mayoría de las constituciones nacionales modernas, y ello a pesar de que el art. 6, 2 del TUE dispone expresamente que la UE “respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”²⁵⁸. Pero esta percepción, basada en el dogma político de la constitución escrita como expresión del pacto social fundamental, no puede derivar en la afirmación de que no existe un sistema de derechos humanos en la UE, sería un absurdo, toda vez que lo que importa es la existencia de normas jurídicas al respecto y no las solemnidades contractuales. Ahí está el caso de la CDFUE, proclamada por los jefes de Estado y de gobierno de los Quince, el 7 de diciembre de 2000 en Niza, y que, pese a toda

²⁵⁷ Cfr. RUIPÉREZ, JAVIER. *La “Constitución Europea” y la Teoría del Poder Constituyente*, opus cit., pp. 139-155.

²⁵⁸ TUE, opus cit.

solemnidad, sólo es obligatoria para las instituciones comunitarias, quedando fuera de su ámbito de aplicación las autoridades estatales, salvo cuando apliquen derecho comunitario (art. 51, 1)²⁵⁹.

La soberanía popular y la identidad Estado-nación son, aparentemente, incompatibles con la posibilidad de la unidad política europea. Esta idea ha recibido el nombre de *non-demos*, y es, sin duda, la que más impacto político ha tenido dentro de los adversarios a la creación de una Constitución Europea, por lo que se aborda posteriormente (*vid infra*: Capítulo Tercero, III, B). Por el momento, nos limitamos a cuestionar su veracidad. La tesis *non-demos* significa, simplemente, que al no existir un pueblo europeo no puede haber un titular de la soberanía y, consiguientemente, tampoco un poder constituyente. La existencia de un Estado, entendido como unidad política nacional, resulta, según esta tesis, igualmente imposible. Al respecto cabría hacerse las siguientes preguntas: a) ¿Existe realmente un consenso sobre el significado de la palabra 'pueblo'?; b) ¿Es la 'titularidad de la soberanía' un concepto que pueda tener referencia alguna a la experiencia y, si la tiene, es la titularidad inamovable, *i.e.* existe una relación conceptual entre pueblo y soberanía?; y, c) ¿Existe una relación necesaria entre 'pueblo' y 'nación', y que relación tienen ambos conceptos con el 'Estado', es decir, es el Estado el que construye la identidad nacional o la identidad nacional la que posibilita al Estado? Como podemos ver, estas preguntas son complejas y probablemente más de una de ellas encuentre varias respuestas. De esta manera, la tesis *non-demos*, por lo menos en su versión más simplista, parece apartarse de los nuevos matices que han adquirido las sociedades actuales, como el multiculturalismo y, en términos muy generales, la globalización.

El citado art. 6 del TUE establece que la UE se basa, *inter alia*, en los principios del Estado de derecho y la democracia, ¿pero qué tanto se cumplen estos presupuestos legales? El Estado de derecho en la UE parece ser una realidad en tanto que las autoridades de la UE y las nacionales se conducen de conformidad a la normatividad comunitaria en un grado lo suficientemente satisfactorio. La importancia del TJCE, como máximo intérprete

²⁵⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: en: http://europa.eu.int/abc/citl_es.htm.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

del derecho comunitario, lo confirma. Las famosas críticas que hablan de las autoridades comunitarias como la "dictadura de Bruselas"²⁶⁰, están generalmente basadas en un desconocimiento del derecho comunitario y su funcionamiento: la toma de decisiones se da conforme a procesos legislativos claramente determinados en el TCE, y cualquier acto emanado de las instituciones de la UE puede ser impugnado por los Estados miembros o las otras instituciones comunitarias ante el TJCE, ya sea por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violaciones al TCE y otras normas jurídicas relativas, así como por desviación de poder (art. 230, segundo párrafo del TCE). Las personas físicas o colectivas afectadas por una decisión pueden recurrirla directamente ante el TPI y en el caso de las demás normas comunitarias siempre se puede impugnar el acto de aplicación ante los jueces nacionales. Además, el Estado de derecho en la UE funciona porque el derecho comunitario se aplica también por las autoridades nacionales, y, en términos generales, los países miembros de la UE son Estados de derecho bien consolidados. A ello cabe agregar que precisamente una de las exigencias de la UE para los países candidatos a ingreso es que respeten el principio del Estado de derecho. Ahora bien, el corolario del Estado de derecho es el principio de la supremacía constitucional (*vid supra*: p. 128). Y es aquí donde se presentan algunos problemas derivados de la falta de reglas claras de competencia entre las autoridades comunitarias y las nacionales, así como de una debida jerarquización del conjunto de normas jurídicas que se aplican en los territorios que componen la UE. Como se ha visto, los puntos de vista comunitario y nacionales han conllevado a que los tribunales constitucionales nacionales se sometan en ocasiones al TJCE y que en otras se erijan por encima de éste, y también hemos visto como dichos tribunales aceptan en ocasiones la tesis de la supremacía del derecho comunitario y en otras no (*vid supra*: Capítulo Segundo, II, B). Hablar de supremacía constitucional en una unión de Estados en la que no se sabe con claridad cuál es la norma suprema que unifica el conjunto resulta francamente imposible. Ciertamente, o se respetan las constituciones nacionales o se respeta el derecho comunitario, el derecho no es hecho a un lado, pero la supremacía constitucional, sobre todo como supralegalidad, también implica certeza en la aplicación del derecho, y esta seguridad jurídica no siempre se da en la UE. Pero si nos limitamos a

²⁶⁰ Así lo sustenta, e.g., Larry Siedentop en su libro *Democracy in Europe* (Cfr. Moravcsik, Andrew, *Responsm in Brussels? Misreading the European Union* (Review Essay), *opus cit.*, pp. 114-117).

un uso estrictamente político del término 'supremacía constitucional', probablemente si podamos afirmar la existencia de tal, pues los valores a los que se refiere el art. 6 del TUE son respetados tanto por las autoridades comunitarias como las nacionales en un grado lo suficientemente satisfactorio. En cuanto a la democracia, hemos visto a lo largo del presente trabajo que la UE es criticada por su déficit democrático. Como el propio nombre lo indica, no es que se pueda hablar justamente sobre una "dictadura burocrática" en Bruselas, sin embargo, el grado de democratización en la toma de decisiones de la UE no se considera igual a los estándares democráticos de sus países miembros. Y ello se debe a tres fenómenos a los que también nos hemos referido constantemente: a) el hecho de que el PE, como único órgano democráticamente electo, no cuente con más facultades, sobre todo legislativas y de nombramiento de funcionarios; b) la inadecuada distribución de funciones que impide el pleno desarrollo de mecanismos de contrapeso entre el triángulo institucional de la UE; y c) los complicados y variados procesos de creación normativa y el *dispersus* del orden jurídico comunitario como resultado de éstos. Los ciudadanos de la UE no se ven reflejados en la toma de decisiones que les afectan y no tienen certeza sobre su normatividad por la complejidad de la creación jurídica comunitaria. El ciudadano europeo promedio difícilmente sostendrá que en Bruselas se dictan leyes de forma arbitraria, pero si se siente desvinculado a todo un derecho y aparato burocrático que modifican constantemente sus situaciones jurídicas, por lo que la UE sí padece de un déficit democrático.

Por último, tenemos los principios de la justicia social como inherentes al Estado social democrático, que postula la teoría política constitucional europea. El derecho comunitario demuestra, contrariamente a lo que se piensa, importantes avances en la materia. Desde normas aisladas, como la *Directiva 80/987 del Consejo* sobre la aproximación de legislaciones relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, por mencionar un caso conocido (*vid supra*: p. 77 y ss.), hasta la *Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los Trabajadores* de 1961. Además, el TJCE ha incorporado los principios constitucionales comunes de los Estados miembros en materia de justicia social, y los instrumentos internacionales fundamentales

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

en la materia, como la *Carta Social Europea* de 1961 y el *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966 a los principios generales del derecho comunitario. Por otro lado, resulta verdaderamente lamentable que la CDFUE sólo sea obligatoria para los Estados cuando aplican derecho comunitario, pues es un instrumento altamente avanzado que dedica todo el Capítulo IV, titulado "Solidaridad", a estos derechos fundamentales²⁶¹. Aún así, no es posible hablar todavía de un derecho social europeo, ya que las instituciones jurídicas y los aparatos burocráticos encargados de garantizar la justicia social, como la facultad impositiva y los sistemas de previsión y seguridad sociales, son facultades que conservan los Estados miembros, lo cual imposibilita la debida instrumentación de los derechos fundamentales a nivel comunitario.

De todo lo anterior podemos concluir que *la UE no tiene una constitución en el sentido político que corresponda a los ideales del constitucionalismo europeo*. Sin embargo, cuenta con las bases para ello y en algunos aspectos se aproxima mucho más de lo que la mayoría de los tratadistas en la materia reconocen. Pero, ¿requiere la UE realmente una constitución o es preferible reformar los tratados existentes para adaptarlos a la ampliación, como un requisito estrictamente funcionalista, que no implicaría modificar el *status quo* europeo; o no deberían las reformas incluso fortalecer las competencias de sus Estados miembros? Estas son las cuestiones fundamentales que subyacen a los trabajos de la Convención Europea.

²⁶¹ Cfr. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, opus cit.*

III. LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS POLÍTICOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

A. LAS PRINCIPALES POSTURAS RESPECTO AL DEBATE SOBRE EL FUTURO DE LA UNIÓN EUROPEA

Hablar de "las posturas" respecto a la integración europea es muy difícil, ya que en cada país existen diversas posiciones reflejadas en los diversos partidos políticos y en los diferentes sectores de la sociedad, que, además, cambian en el transcurso del tiempo. De tal manera, nos vemos obligados a generalizar. No obstante, tanto la prensa como los especialistas en la materia están de acuerdo en que, al igual que en el Congreso Europeo de La Haya de 1948, hoy existen básicamente dos bandos: los partidarios de una Europa basada en la cooperación intergubernamental y los que pugnan por la plena integración europea en un modelo federal, aunque en ocasiones evitan la palabra 'federal'. A los primeros se les denomina "minimalistas", "euroescépticos" o "eurorealistas", en tanto los segundos son conocidos como "federalistas". Ambos coinciden, empero, en que la UE padece de un déficit democrático: "euroescépticos y federalistas son enemigos políticos, pero ambos tienen en el existente déficit democrático de la UE un fuerte enemigo en común"²⁶². Las diferencias deben buscarse en las soluciones que dan al problema.

Para los euroescépticos, los métodos comunitarios existentes son incapaces de dar respuesta a este reto, ya que la democracia se concibe anclada a las naciones y las regiones, *i.e.* entre más se centralice el poder político en instituciones supranacionales, menor será la representación y participación de la ciudadanía. A este argumento le subyace la tesis *non-demos*, es decir, que no hay ni puede haber un pueblo europeo. Por ello, las competencias de las instituciones comunitarias tienen que ser acotadas, regresando facultades a los parlamentos nacionales y regionales. En este orden de ideas, el principio de subsidiariedad juega un papel muy importante para los euroescépticos. Empero, los minimalistas suelen hacer una lectura diferente de este principio a la concebida comúnmente (*vid supra*: p. 44).

²⁶² Bonde, Jens Peter, *The Convention on the Future of Europe*; en: <http://www.euroserver.com>. La traducción es mía.

Para ellos, la legislación comunitaria debería reducirse a aquellos asuntos en los que los parlamentos nacionales expresamente deleguen facultades a los órganos de la UE por considerar oportuna la regulación a escala comunitaria. Pero, aún así, el método apropiado sería el mixto o común, *i.e.* los parlamentos nacionales participarían en primera o segunda lectura en la legislación comunitaria. A fin de reducir el abrumador *acquis communautaire*, se expresan a favor de la denominada "*sunset clause*", conforme a la cual las normas comunitarias perderían su vigencia después de un determinado tiempo, a menos que fueran refrendadas mediante una nueva ley. Sugieren, también, que los parlamentos nacionales ejerzan un mayor control sobre las políticas comunitarias, por lo que de acuerdo con el grupo interparlamentario del PE, *SOS Democracy*, los comisionados europeos deberían ser designados por los parlamentos nacionales y comparecer regularmente ante los comités de asuntos europeos de los legislativos de cada Estado. Los euroescépticos se oponen a la elección directa del Presidente de la Comisión, aunque reconocen que el esquema actual de las presidencias rotatorias del Consejo ya no funcionará tras la ampliación, por lo que proponen un Presidente del Consejo nombrado por los gobiernos nacionales para un período determinado. En términos generales, los euroescépticos ven en la Comisión la principal responsable del déficit democrático de la UE y coquetean con la idea de fusionarla con la Secretaría del Consejo, es decir, de subordinarla al órgano intergubernamental de la UE. En cuanto a las materias reguladas por el TUE, *i.e.* PESC y JAI, consideran que de ninguna manera deberían rebasar el ámbito intergubernamental. La idea de un Canciller único europeo y de la PESD la consideran casi una extravagancia. Por supuesto que rechazan la idea de una Constitución Europea, lo cual obedece igualmente a la tesis *non-demos*, pues ¿quién se daría esa constitución si no puede haber un constituyente europeo? Prefieren, por tanto, la reforma a los actuales tratados constitutivos, pero reconocen la urgencia de simplificarlos, por lo que concuerdan con los federalistas en el fracaso que significa el TN, y no descartan la posibilidad de reunirlos en uno sólo, a fin de facilitar la comprensión de los ciudadanos. Asimismo, señalan la importancia de establecer en los tratados constitutivos o en el "nuevo tratado" el derecho de secesión de los Estados miembros.²⁶³

²⁶³ Aunque TCE y TUE sólo establecen que se concluyen por tiempo ilimitado (art. 312 y art. 51.

Antes de iniciar con las perspectivas de los federalistas, es necesario recordar que ellos han sido tradicionalmente los impulsores de la integración europea. Dejando a un lado el desarrollo de la idea de Europa hasta la Segunda Guerra Mundial, debemos recordar la *Declaración de las Resistencias Europeas* de Ginebra de 1944. Fueron, precisamente, los movimientos unidos de las resistencias de Francia, Italia y Benelux, quienes abrigaron desde entonces la idea de la Federación Europea, y fue su visión la que sentó las bases de la CECA en el Congreso de La Haya (*vid supra*: pp. 10- 13). La UE tiene, pues, un origen claramente federalista y antifascista. Por ello, no debe sorprender que los principales representantes de la postura federalista hoy en día sean socialistas o pertenezcan a otras agrupaciones de izquierda, mientras que los euroescépticos, generalmente, son miembros de partidos de centro-derecha. Uno de los principales representantes de los federalistas contemporáneos, además de haber sido uno de los primeros políticos activos en presentar su visión sobre el futuro de Europa, es el Ministro de Exteriores de Alemania, Joschka Fischer, quien pertenece al partido de izquierda, Verde/Alianza 90.

El 12 de mayo de 2000, Fischer pronunció un discurso intitulado *De la asociación de Estados a la Federación - Pensamientos sobre la finalidad de la integración europea*²⁶⁴, en el Instituto Walter Hallstein de la Universidad Humboldt de Berlín²⁶⁵. Para Fischer, el reto de la legitimidad democrática tiene sólo una solución: "la transición de la asociación de Estados de la Unión hacia la consolidación del parlamentarismo en una Federación de Europa, tal y como la había propuesto Robert Schuman ya hace 50 años. Y ello no significa nada menos que un parlamento y un gobierno europeos, que efectivamente desempeñen las funciones de los poderes legislativo y ejecutivo respectivamente. Esta

respectivamente), los Estados miembros sólo pueden retirarse de la UE si la decisión es aprobada por unanimidad en el Consejo. Así sucedió en 1985 cuando Groenlandia se retiró de la UE.

²⁶⁴ Fischer, Joschka, *Vom Staatenverbund zur Föderation - Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*; en: http://www.auswaertiges-amt.de/6_archiv/2/r/r000512a.htm.

²⁶⁵ Esta institución se dedica exclusivamente a investigar el fenómeno de la Constitución Europea y realiza con frecuencia ciclos de ponencias y mesas de trabajo con la participación de juristas, politólogos y políticos de toda Europa. Sus aportaciones al debate sobre el futuro de Europa son de gran importancia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Federación tendrá que fundarse en un tratado constitucional²⁶⁶. De esta manera, el parlamento tendría que representar tanto a los Estados miembros como a los ciudadanos en un sistema bicameral, por lo que al lado del PE, que ya representa a los ciudadanos, se debería crear una segunda cámara que representara a los Estados nacionales, siguiendo el modelo del *Bundesrat* alemán o del Senado estadounidense²⁶⁷. Para el ejecutivo, sugiere que el Presidente de la Comisión sea electo por el PE, como un Primer Ministro. Según Fischer, en una Federación de este tipo, la soberanía no presentaría mayor dificultad, ya que correspondería a un modelo de división de competencias soberanas entre la Federación y los Estados nacionales que la integrarían (soberanía orgánica). En cuanto a la distribución de competencias entre la Federación y sus integrantes, es muy claro: sólo mediante la Constitución Europea sería posible. Para respetar la integridad de los Estados nacionales, la Constitución debería limitarse a enumerar expresamente las competencias delegadas a la Federación, bajo el entendido que todas las demás materias quedarían reservadas a los Estados. Además, dado la importancia de los Estados-nación en la UE, subraya que el principio de subsidiariedad debería gozar de rango constitucional. Fischer reconoce que la falta de claridad al respecto es una causa directa del déficit democrático que aqueja a la UE, por lo que sostiene que sólo la "refundación constitucional de Europa, anclada en el respeto a los derechos humanos, civiles y fundamentales, en la división de poderes entre las instituciones europeas y en la distribución precisa de competencias entre los ámbitos europeo y nacionales"²⁶⁸, podrá acercar Europa a sus ciudadanos. Por último, Fischer retoma la idea, expresada anteriormente por François Mitterrand y Jacques Delors, de crear un "centro de gravitación en la UE", lo cual significa que un núcleo de países avanzaría en el proceso de integración sin dejar a un lado ninguno de los rubros planteados,

²⁶⁶ Fischer, Joschka, *Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*, *opus cit.*, p. 5.

²⁶⁷ Según el art. 51 de la *Ley Fundamental de Alemania*, el *Bundesrat* (Consejo federal) se compone de los representantes gubernamentales de los *Länder* (estados federados). Cada *Land* cuenta con al menos tres representantes, aunque puede aumentar hasta seis, dependiendo del número de sus habitantes. Los votos en el pleno no son individuales, i.e. se dan en bloque por cada *Land* (Cfr. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949*, *opus cit.*, p. 244). Por su parte, la *Constitución de Estados Unidos* señala en la sección 3 del artículo 1 que el Senado se compone de dos senadores por cada Estado, quienes son elegidos por sus asambleas estatales. Cada senador cuenta un voto individual (Cfr. *Constitución de los Estados Unidos de América. Constitution of The United States of America*, ediciones Luciana, México, 2000, p. 6).

²⁶⁸ Fischer, Joschka, *Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*, *opus cit.*, p. 7.

i.e. sin los famosos *opt outs*, como actualmente Reino Unido, Dinamarca y Suecia respecto al euro o Irlanda sobre la PESD. Fischer menciona que este modelo de integración necesitaría tiempo y no debería forzarse, ni forzar a nadie, por lo que tendría que ser gradual— habla de una década—y estar sujeto a revisiones periódicas. El primer paso consistiría en intensificar la cooperación intergubernamental entre los Estados dispuestos a avanzar en los problemas concretos de la UE; segundo, la conformación de dicho núcleo, que probablemente surgiría de los países de la primera fase, mediante la adopción de un nuevo tratado constitutivo que sentaría las bases de la Constitución federal al establecer nuevas instituciones, como el parlamento bicameral federal ya descrito y el Presidente electo por el PE (Primer Ministro); el tercer paso consistiría en el acto constituyente, al cual se podrían adherir, los países que habrían quedado fuera del núcleo.

La versión de los federalistas franceses es la llamada "Federación de Estados-nación". Este concepto es una respuesta a la visión de Fischer y de Alemania en general, pues existe cierto consenso entre los federalistas alemanes respecto al modelo parlamentario parecido al suyo. Pero independientemente de ello, se trata de un claro reflejo de los dogmas nacionalistas del republicanismo francés. Hay que recordar que a pesar de ser junto con Alemania el mayor impulsor de la integración europea, Francia siempre ha demostrado resistencia en cuanto a la cesión de ciertas facultades soberanas, como lo muestran la negativa de la Asamblea Nacional a la CED en 1954, la "crisis de la silla vacía" con el General De Gaulle en los sesenta (*vid supra*: pp. 19 y ss.), y la tesis de la integridad del ejercicio de la soberanía nacional del Consejo Constitucional (*vid supra*: pp. 88 y ss.). No obstante, dicha noción también está basada en una concepción de algunos socialistas como Lionel Jospin—nada desdeñable, por cierto—de fomentar, mediante la integración europea, la preservación de las culturas e identidades nacionales²⁶⁹. Según esto, la futura Federación sería, por un lado, plenamente respetuosa de las políticas culturales y educativas de las naciones y las regiones, conforme al principio de subsidiaridad, y, por el otro, brindaría reglas de protección a las industrias culturales nacionales, como la cinematográfica, y, sobre todo, a los consumidores. De cualquier forma, los socialistas

²⁶⁹ Cfr. Jospin, Lionel. *El futuro de una Europa ampliada*: en: http://europa.eu.int/futurum/congov_es.htm.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

españoles tienen razón al sostener que el debate conceptual entre alemanes y franceses sobre 'Federación' o 'Federación de Estados-nación' es bastante artificial, ya que finalmente ambos términos reflejan la misma idea²⁷⁰. Otra propuesta de los federalistas franceses consiste, como ya se vio, en crear un centro de gravitación integrado por países dispuestos a avanzar más rápido en la construcción europea. Finalmente, favorecen la elección del Presidente de la Comisión a cargo del PE.

La posición federalista en España también corresponde principalmente a los socialistas. No hay que olvidar que ellos fueron los principales promotores de la "europeización de España", y que entre sus miembros se encuentran destacados europeístas, como Miguel Marín, ex-Vicepresidente de la Comisión, Enrique Barón Crespo, quien ha sido, entre otros cargos, Presidente del Movimiento Europeo y del PE, Josep Borrel, candidato del PSOE a la Presidencia del gobierno en 1998, y quien es hoy uno de los representantes del parlamento español ante la Convención sobre el Futuro de Europa, así como el propio ex-Presidente del gobierno, Felipe González, quien en su momento jugó un papel importante al lado de Kohl y Mitterrand en la creación de la unión política europea. Estos hombres fueron quienes elaboraron la *Propuesta del PSOE sobre el futuro de la UE*, que fue presentada en junio de 2001 ante la Comisión, como la aportación socialista española al debate post-Niza. En dicho documento se apuesta claramente por el modelo federal, para lo cual se considera necesario la creación de la Constitución Europea. En ella se tendría que establecer la superioridad jerárquica del derecho europeo, garantizada jurisdiccionalmente, y un poder judicial federal europeo, como sugiere la experiencia de Estados Unidos. La Constitución debería reflejar, además, la siguiente estructura orgánica: el Presidente de la Comisión Europea sería elegido por el PE, como representante del partido que haya ganado las elecciones respectivas; para las elecciones parlamentarias sería conveniente presentar listas europeas para facilitar la formación de verdaderos partidos políticos europeos—y no sólo grupos políticos como los actuales—, así como la adopción del sistema de circunscripciones nacionales; la delimitación de las

²⁷⁰ Cfr. PSOE. *Propuesta del PSOE sobre el futuro de la UE*, opus cit.

competencias debería responder a los principios de subsidiariedad y de respeto a las instituciones de cada Estado.²⁷¹

Los países del Benelux, como países co-fundadores de la Europa comunitaria, también se ubican tradicionalmente en el bando federalista. En el marco del debate post-Niza, los Primeros Ministros de Bélgica, Guy Verhofstadt, Países Bajos, Wim Kok²⁷², y Luxemburgo, Jean-Claude Juncker, presentaron en junio de 2001 un *Memorandum sobre el futuro de la UE* ante la Comisión. Para ellos lo más importante es delimitar claramente las competencias entre la UE y los países miembros, simplificar los tratados en un solo "tratado constitucional" y mejorar el esquema institucional. Para alcanzar esto último se requiere: convertir al PE en un auténtico órgano legislativo; establecer la elección universal directa del Presidente de la Comisión; y adoptar la mayoría calificada como regla general en la toma de decisiones del Consejo.

Muchos federalistas coinciden en que la PESC y la PESD deben reforzarse. Para ello, algunos proponen que el Alto Representante de la PESC se convierta en un verdadero Canciller comunitario, dependiente de la Comisión como auténtico órgano ejecutivo y que la FRUE se consolide lo antes posible. En cuanto a la JAI, muchos consideran que EUROJUST debe avanzar rápidamente hacia la consolidación de una fiscalía y una policía europeas (actualmente ya existe EUROPOL, pero sus facultades son limitadas), así como hacia un sistema judicial penal a nivel comunitario. Si bien algunas de estas propuestas causan irritación política, y no sólo entre los euroescépticos, sino incluso en algunos federalistas y en amplios sectores de la población (41% de los británicos, 38% de los suecos y 35% de los finlandeses se pronunciaron en contra de la PESC, mientras que 43% de los suecos, 42% de los finlandeses, 33% de los británicos y 29% de los irlandeses rechazan la idea de la PESD²⁷³), también han sido estos rubros los que han motivado a algunos gobiernos a involucrarse más en la integración europea. El ejemplo más claro de

²⁷¹ Cfr. PSOE, *Propuesta del PSOE sobre el futuro de la U.E.*, en: http://europa.eu.int/futurum/congov_es.htm.

²⁷² Desde julio de 2002, el Primer Ministro de Países Bajos es el democristiano, Jan Peter Balkenende.

²⁷³ Así lo muestra la encuesta realizada por la Comisión Europea en otoño de 2002 (Cfr. European Commission, *Eurobarometer 58, december 2002. Highlights, Appendix*, pp. 23-24; en: http://europa.eu.int/comm/public_opinion/.)

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ello lo constituye el gobierno laborista de Reino Unido, cuyo Primer Ministro lanzó en 1998 la idea de la PESD. Los desafíos de la delincuencia transnacional organizada y del terrorismo internacional son las principales causas de ello. No obstante, lo que puede servir para distinguir una posición federalista de una euroescéptica al respecto es la manera en que se piensa institucionalizar dicho fortalecimiento, *i.e.* si se piensa continuar con el esquema del TUE, que contempla básicamente la celebración de convenios comunitarios y la adopción de decisiones en el seno del Consejo en materia de cooperación reforzada (derecho complementario), o bien, si se opta por la transformación de la Comisión en un ejecutivo propiamente dicho.

Como se dijo al principio de este apartado, los euroescépticos también son denominados 'eurorealistas', término que, de hecho, prefieren. Sin embargo, hemos optado por llamarlos 'euroescépticos' o 'minimalistas' dado que la apuesta por un sistema de cooperación intergubernamental significa claramente un rechazo a las pretensiones en las que se funda la Europa comunitaria; se trata, pues, de una negativa a las ideas de Schuman y Monnet, de un regreso a la concepción pragmática de quienes dieron lugar al CdE. Este organismo ha desempeñado un papel fundamental en los acontecimientos políticos del viejo continente desde la segunda posguerra, su aportación en el desarrollo de la cultura democrática y de respeto a los derechos humanos en Europa ha sido mucho más significativa que la de la UE, y la Corte Europea de los Derechos Humanos es, sin duda, el órgano jurisdiccional más avanzado en la materia en todo el mundo. Pero el CdE no es más que un organismo regional de derecho internacional como la OEA, por lo que no estuvo nunca en su destino buscar soluciones a la amenaza a la paz que atormentaba a los países de Europa después de las Guerras Mundiales, ni es hoy su finalidad la búsqueda de soluciones a los grandes desafíos que representa la globalización para los Estados nacionales de Europa. La pregunta que subyace a todo este debate entre federalistas y euroescépticos es si los Estados-nación son capaces por sí mismos de dar respuesta a estos retos, o si se requiere de una sólida unión política transnacional para ello. La cooperación intergubernamental, no importa qué tan reforzada sea, probablemente pueda dar solución a algunos de estos problemas globales, pero siempre a costa de la democracia, lo cual, como

ya vimos, es la queja principal de euroescépticos y eurofederalistas. 'Eurorealistas' parece, por tanto, un término poco adecuado para aquellos que rechazan, en última instancia, la idea de Europa, como la expusimos en el Capítulo Primero. Sin embargo, si hay algunos eurorealistas propiamente dichos. Se trata de intelectuales, políticos y miembros de la sociedad civil que, si bien son favorables a la plena integración europea, también creen que el tiempo para ello aún no ha llegado y que el debate actual es un poco obsoleto, pues antes de discutir sobre la formación de un Estado federal con su propia Constitución, es necesario resolver los problemas inmediatos de la UE, y en cuya solución el debate post-Niza puede incluso incidir negativamente. Uno de los principales representantes de esta corriente es el antiguo Primer Ministro socialdemócrata de Alemania, Helmut Schmidt.

Schmidt señala que "Europa no necesita un debate constitucional sino reformas concretas sin las cuales la Unión se quebrantaría"²⁷⁴. Pero Schmidt no es un enemigo de la Federación europea, de hecho, él mismo dice ser un "fiel alumno de Jean Monnet"²⁷⁵. Lo que molesta a realistas como Schmidt es que políticos y gobernantes aprovechen la coyuntura para ganar potenciales electores y para imponer sus intereses nacionales en vez de que actúen realmente a favor de Europa. El fracaso de Niza brinda un ejemplo de que los eurorealistas no están tan alejados de la realidad. Lamentablemente, muchos de los gobernantes poco aprendieron de esa experiencia, como recientemente lo ha demostrado el combate internacional al terrorismo suscitado por los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington. Precisamente, Blair, Schröder y Chirac, que tanto defienden los planes de la UE en materia de política exterior y de defensa, les dieron la espalda a sus socios europeos, entrando en una competencia bastante ridícula por representar el liderazgo europeo en la materia y, así, consolidarse como el mejor aliado de Estados Unidos. Los mecanismos del TUE y las funciones del Alto Representante de la PESC fueron totalmente ignorados. España e Italia también le entraron al juego, y a fin de cuentas, la UE se mostró desunida y débil²⁷⁶. En el mismo sentido, Schmidt se pregunta:

²⁷⁴ Schmidt, Helmut. *Lasst den Worten endlich Taten folgen*. *Die Zeit*, 24/2001.

²⁷⁵ Schmidt, Helmut. *Die Selbstbehauptung Europas im neuen Jahrhundert*. Humboldt-Reden zu Europa, 8 de noviembre de 2000; en: <http://www.rewi.hu-berlin.de/WH1/deutsch/index.htm>.

²⁷⁶ Ejemplos más recientes, pero vinculados directamente a los sucesos del 11 de septiembre, reafirman esta lamentable tendencia. En la crisis entre Israel y Palestina, que desde la toma de posesión de Ariel Sharon se

¿caso estarían Francia y Reino Unido dispuestos a ceder su asiento permanente en el CSONU a la UE? Y, peor aún, ¿cómo compaginar el *discurso Humboldt* de Fischer con las pretensiones de Alemania de adquirir un asiento permanente en el mismo foro?²⁷⁷ Schmidt nos recuerda que para la construcción de las actuales comunidades y de la UE se necesitaron casi cincuenta años, por lo que todas las pretensiones de crear un "superestado" europeo a sólo siete años de que se crearan los primeros mecanismos destinados a construir

ha incrementado hasta alcanzar niveles realmente insostenibles, la UE ha logrado cierto consenso en cuestiones básicas, como el reconocimiento de Yasser Arafat como líder legítimo de la ANP y también respecto a la necesidad de consolidar el Estado palestino, con el indispensable retiro de las tropas israelíes de las zonas ocupadas. Empero, cuando el PE solicitó formalmente al Consejo convocar al Consejo Conjunto UE-Israel para evaluar la posible suspensión del *Acuerdo de Asociación* debido al incumplimiento de la cláusula democrática y de derechos humanos por parte del gobierno israelí, Alemania se opuso vehementemente e impidió tal resolución (abril de 2002). Se puede entender que la deuda histórica de Alemania con el pueblo judío motive tales decisiones, pero aquí no se trataba de una decisión alemana, sino de una posición común de la UE, por lo que, de querer instrumentar la PESC, se debe partir de la premisa fundamental consistente en que los intereses nacionales, por más importantes que sean, no pueden convertirse en un obstáculo sistemático a las posiciones comunes, pues de otra manera la PESC no tiene ningún sentido. Para la UE, esta circunstancia significó el impedimento surgido de las propias filas de jugar un papel estratégico en el conflicto de Medio Oriente. Las propuestas de solución que posteriormente emanaron de las diversas Cancillerías europeas, por más que contaran con el consentimiento de Bruselas, ya no tenían caso, pues la UE había perdido fuerza y credibilidad como mediador entre las partes. Ello no sólo es lamentable para los europeos sino para el propio pueblo palestino, ya que Estados Unidos no se ha mostrado dispuesto a abandonar su política abiertamente pro-israelí. Otro ejemplo de la debilidad de la UE en la materia, lo constituyen dos temas actuales de grandes implicaciones para la política y el derecho internacionales: los intentos de Estados Unidos de obstaculizar el funcionamiento de la Corte Penal Internacional (CPI) y el tema de Iraq. En torno al primer aspecto, los pretendidos acuerdos bilaterales de exclusión de jurisdicción de civiles y soldados estadounidenses representan claras violaciones al propio *Estatuto de Roma* de la CPI y a la CDT, sobre todo en su artículo 18. Políticamente, se trata de un desafío a la comunidad internacional que tras las experiencias de los tribunales *ad hoc* de Nuremberg, Tokio, Ruanda y Yugoslavia había logrado conciliar el derecho con la justicia. La UE había sido el principal promotor de este revolucionario instrumento, declarando en las últimas *Conclusiones* de sus Presidencias que su ratificación y pronta entrada en vigor constituían objetivos primordiales de la PESC. No obstante ello, el Consejo de Asuntos Generales del 30 de septiembre de 2002 emitió un "planteamiento común" que permite a los Estados miembros la suscripción de dichos acuerdos bilaterales bajo ciertas condiciones. Este "planteamiento" no figura en el TUE, lo que muestra que los Cancilleres comunitarios ignoraron una vez más las instituciones de dicho tratado, sacando una declaración política que encubría el desacuerdo de británicos, españoles e italianos, partidarios de dichos acuerdos, con el resto de la UE, sobre todo con suecos, alemanes y franceses, y que hubiera impedido cualquier posición común sobre el tema. Y por lo que respecta a Iraq, si bien el CSONU finalmente adoptó una primera resolución, compatible con el derecho internacional, desechando *ipso facto* la doctrina preventiva y también la famosa tesis del automatismo, ambas contrarias a la norma básica del derecho internacional, y en lo cual el gobierno de Francia desempeñó un papel importante, lo cierto es que en la Unión no hubo unión. En primer lugar, por el papel del gobierno británico, incondicionalmente a favor de Estados Unidos, a pesar del gran rechazo de su población (más del 70%) y de buena parte del mismo Partido Laborista, y en segundo, por declaraciones como las de Aznar, mencionándole al Presidente Bush que España consideraba deseable pero no indispensable la aprobación por parte del CSONU de una intervención militar en Iraq. Ambas posiciones, una enmarcada en una tradición de política exterior y la otra simplemente oportunista, reflejan lo poco que les importa realmente la PESC cuando no se trata de defender sus intereses nacionales o incluso personales.

²⁷⁷ Cfr. Schmidt, Helmut, *Lasst den Worten endlich Taten folgen*, *opus cit.*

una unión política son ambiciones oportunistas de los actuales gobernantes, ambiciones que pueden provocar el debacle de la Unión. Aunado a ello, la cuestión de la Constitución resulta problemática, pues las reticencias en las poblaciones de muchos países que provoca la mera palabra podrían hacer de la Constitución un instrumento contraproducente. De ahí que para Schmidt, y para muchos realistas, el vocablo 'constitución' debería eliminarse del debate y lo que tendría que provocarse es un serio intercambio de ideas sobre cómo compactar en un solo tratado constitutivo los mecanismos que realmente puedan responder a los desafíos del nuevo milenio. Dicho tratado debería establecer los siguientes aspectos: una clara distribución de competencias entre UE, Estados miembros y regiones, según el principio de subsidiaridad; el PE debería adquirir todas las funciones propias de un poder legislativo y elegir al Presidente de la Comisión; además, se debería crear el centro de gravitación propuesto originalmente por Mitterrand y Delors, también denominado "diferenciación de Estados miembros con distintos objetivos" para hacer frente a los mayores desafíos que enfrenta Europa en el nuevo milenio, y que, según Schmidt, son: a) el crecimiento de la población en el mundo; b) el calentamiento del planeta; c) los conflictos armados regionales y locales; d) la gestación de un nuevo orden internacional, con nuevas reglas de juego y nuevos actores internacionales, entre los que destaca a China, India y Rusia; e) la globalización de los mercados financieros; f) la globalización tecnológica; y, g) los crecientes flujos migratorios, que son resultado de todo lo anterior y que afectan de manera directa al continente europeo²⁷⁸. Schmidt está de acuerdo con los federalistas en que los Estados nacionales por sí mismos ya no son capaces de afrontar estos retos, pero considera que antes de cuestionarse si el Alto Representante de la PESC debe o no convertirse en un Canciller con su propio ministerio, el Consejo debería ser capaz de instrumentar eficazmente el Título V del TUE. Para él, los jefes de Estado y de gobierno deben dejar las palabras a un lado y consolidar verdaderas posiciones comunes en los foros internacionales, especialmente en las instituciones de *Bretton Woods*, pues sólo la UE en su conjunto puede incidir en la política financiera internacional. En este sentido, propone que la UE combine sus acciones con el derecho a voto en los órganos directivos del FMI y del BM. Para Schmidt, el poder hegemónico que desempeña actualmente

²⁷⁸ Cfr. Schmidt, Helmut, *Die Selbstbehauptung Europas im neuen Jahrhundert*, opus cit.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Estados Unidos es otro factor que debe motivar a los países europeos a actuar en conjunto, y no por aspiraciones imperiales propias, sino para defender sus valores sociales, políticos y culturales en el concierto internacional y, ante todo, en el sistema económico globalizado. Europa es clave para un futuro equilibrio de poderes en la escena internacional, equilibrio que ante el unilateralismo del gobierno de George W. Bush es cada vez más necesario. Schmidt ve en Rusia un aliado estratégico de Europa en la política exterior, por lo que recomienda una mayor cooperación entre Bruselas y Moscú. Finalmente, menciona que la ampliación de la UE tampoco puede ser desenfrenada y que se debe reflexionar acerca de qué países realmente deben incorporarse. Con Polonia, República Checa y otros países del Este de Europa, los actuales miembros de la UE tienen una deuda histórica que solventar y su incorporación es una necesidad. Sin embargo, el ingreso de Turquía a la UE es rechazado por Schmidt y otros eurorealistas²⁷⁹, entre otras razones, porque la situación geopolítica de ese país no encuadra en la europea.

Estas son, pues, las principales posturas ideológicas y propuestas concretas que se han vertido en torno al futuro de Europa en los últimos dos años. Claro está que federalistas, euroescépticos y eurorealistas puede haber en cualquier lugar de la UE, sin importar su nacionalidad. Sin embargo, y como ya se ha visto en parte, es posible hablar de posturas tradicionales en algunos de estos países.

Los seis países fundadores, en donde por razones obvias la integración está más arraigada entre la población que en otros, existe una actitud pro-europea, ligada al federalismo, y los gobiernos, generalmente, responden a ella. Gobiernos como los de Dinamarca y Finlandia reflejan, en cambio, el euroescépticismo propio de sus sociedades todavía no tan acostumbradas a pensar en las políticas dictadas en Bruselas. Otros países,

²⁷⁹ Otro de los principales opositores al ingreso de Turquía es el Presidente de la Convención Europea, Valéry Giscard d'Estaing. De hecho, Giscard, y no sólo por ello, también podría catalogarse como eurorealista, aunque su función al frente de la Convención le obliga a mantenerse neutral en el debate ideológico. Cabe mencionar que también existen una serie de argumentos sólidos a favor del ingreso de Turquía, como la oportunidad de acercar a los mundos occidental e islámico en estos tiempos de enfrentamiento. La decisión al respecto tendrá que ser muy bien pensada, y probablemente ello sólo sea posible una vez que Estados Unidos deje de presionar a la UE para que incorpore a ese país, ya que se trata de una decisión estrictamente europea.

también de ingreso tardío a la UE, como Grecia y Austria, aún no prestan el mismo interés al debate constitucional europeo. Existen también reticencias en determinados países en relación a materias muy específicas, como en la República de Irlanda respecto a la PESD. Suecia es un caso especial, pues a pesar de ubicarse en la línea de los gobiernos partidarios de la cooperación intergubernamental, y de ser uno de los países que se encuentra fuera de la zona euro, su última gestión al frente de la Presidencia del Consejo (primer semestre de 2001), fue altamente productiva y permitió avanzar, mediante una activa participación en la PESC, un buen desempeño como mediador al frente de la Presidencia y una inteligente política de comunicación social, en cuestiones concretas como las negociaciones con los países candidatos y el acercamiento de la UE a sus ciudadanos. Además, a pesar de que el 41% de su población sigue estando en contra del euro, y que el 46%, contra el 31%, considera que su país no se ha beneficiado de su membresía en la UE, el 73%, lo cual es sorprendente, considera que la UE debería tener una Constitución²⁸⁰. Reino Unido es otro caso especial. El gobierno laborista promueve mucho más decididamente la adopción del euro que el sueco o el danés²⁸¹, inventó la PESD e incluso ha llegado a aceptar la idea de la Constitución Europea²⁸², lo cual resulta más interesante si se considera su sistema jurídico. En términos generales, Reino Unido está hoy mucho más comprometido con la UE que en tiempos de Thatcher o Mayor, pero, para el gobierno británico, el Consejo debe seguir siendo la instancia más importante en la toma de decisiones comunitarias, lo que refleja que, pese a todo lo anterior, el gobierno de Blair sigue apostando por el método intergubernamental. En cuanto a la ciudadanía, los británicos son los menos informados sobre las políticas e instituciones europeas en toda la UE: 56% de los encuestados británicos en otoño de 2002 no habían oído hablar del Consejo de Ministros. Además, la población británica sigue siendo la que muestra mayor resistencia a la adopción del euro, con un 61%²⁸³. En España, en donde los índices de apoyo de la ciudadanía a la integración europea son bastante altos, y en donde los socialistas han contribuido notablemente a la postura federalista, el gobierno popular del Presidente Aznar sostiene una visión

²⁸⁰ Cfr. European Commission. *Eurobarometer 58, december 2002, Highlights, opus cit.*, pp. 19, 20 y 28.

²⁸¹ La población danesa lo rechazó vía *referendum* en septiembre de 2000.

²⁸² Cfr. *BBC News* del 27 de agosto de 2002, *EU superstate ambition dented*; en: <http://news.bbc.co.uk>.

²⁸³ Cfr. European Commission. *Eurobarometer 58, opus cit.*, p. 20.

LEBIS CON
FALLA DE ORIGEN

intermedia, siendo partidario de la Constitución, pero a su vez del fortalecimiento del Consejo, como lo muestra la apuesta por un Presidente fijo de este órgano, nombrado por consenso de los gobiernos nacionales (la famosa "propuesta ABC", *i.e.* Aznar, Blair y Chirac). De la experiencia de la pasada Presidencia española del Consejo (primer semestre de 2002) se puede observar una clara tendencia del actual gobierno español a impulsar una UE basada en la cooperación intergubernamental reforzada, con énfasis en las materias que determinan su propia agenda política nacional, como el combate al terrorismo y a la inmigración de África del Norte.

Por todo ello, las posiciones que representan los gobiernos de la UE en el debate sobre el futuro de Europea y en la propia Convención no son absolutas, ya que un cambio de gobierno en Alemania o en Francia—como de hecho sucedió recientemente con los resultados catastróficos para la izquierda francesa tanto en las elecciones presidenciales como en las parlamentarias, en mayo y junio de 2002, respectivamente—probablemente no alteraría su rumbo europeo de forma significativa, pero en Reino Unido y en menor medida en España, sí podría tener consecuencias importantes.

A fin de contar con una referencia empírica sobre el ánimo en las poblaciones nacionales en torno a la adopción de una Constitución Europea, se presenta la siguiente tabla estadística basada en la información de la encuesta realizada por la Comisión, que se encuentra en el *Eurobarometer 58*, publicado por la misma institución, y al que ya nos hemos referido. La pregunta que hicieron los encuestadores de la Comisión fue:

¿Debería la UE tener o no una Constitución?

Países	A favor (%)	En contra (%)	No sabe (%)
Alemania	63	9	27
Austria	66	9	25
Bélgica	58	18	24
Dinamarca	51	31	18
España	64	7	29
Finlandia	54	30	17
Francia	68	7	25
Grecia	78	15	7
Irlanda	61	5	34
Italia	79	5	16
Luxemburgo	76	10	14
Países Bajos	73	12	15
Portugal	63	7	31
Reino Unido	49	9	42
Suecia	73	8	9
Total UE	65	9	26

* Fuente: Comisión Europea.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

B. ALGUNAS CONSIDERACIONES PERSONALES

*La unidad en el convencimiento sería una desgracia
para el progreso del entendimiento: la unidad en los
objetivos de los asuntos de la sociedad es una necesidad.*
Julius Fröbel

En el momento en que se vio que la UE no tiene una constitución política que responda a las exigencias del constitucionalismo europeo, se planteó la pregunta si ello es posible y conveniente (*vid supra*: p. 150). Después de observar el estado del debate contemporáneo, nos vemos obligados a tomar nuestra propia postura al respecto, lo cual necesariamente significa una representación o creencia política, *i.e.* no es algo que esté sujeto a juicios de verdad, sino que se trata de un convencimiento que trataremos de apoyar en una argumentación plausible y racional. Aclaremos esto, porque uno de los principales vicios de la reflexión política es el lenguaje persuasivo que disfraza creencias y juicios subjetivos con pretensiones de verdad empírica o conceptual. Nuestro punto de partida debe ser entonces: ¿por qué creemos posible y conveniente que la UE trascienda de la comunidad económica a la comunidad política propiamente dicha?

Observamos en el apartado anterior que federalistas, euroescépticos y eurorealistas concuerdan en que el déficit democrático es el mayor problema que aqueja a la UE, por lo que de no reformarse ampliamente, corre el riesgo de fracasar como proyecto político. Las soluciones que ofrecen a estos problemas son las que los distinguen. Sin embargo, también en este aspecto existen coincidencias, las cuales conviene destacar. En primer lugar, todos aceptan que una vez que la UE cuente con más de quince miembros, no podrá sostenerse la estructura actual del Consejo y la Comisión. Se reconoce la necesidad de simplificar los tratados constitutivos en un único cuerpo legal fundamental. En este mismo sentido, se subraya que el *acquis communautaire* se ha vuelto prácticamente ininteligible para la ciudadanía, por lo que deben simplificarse los procesos de creación normativa. Además, hay un amplio consenso en torno a la importancia de la subsidiaridad, como regla jurídica básica en la distribución de competencias entre la UE, los Estados miembros y las

regiones, y como principio político rector capaz de legitimar la integración europea. Ahora bien, todas estas exigencias son objeto de una reforma constitucional, *i.e.* todas ellas indican que la UE necesita darse un instrumento jurídico fundamental que garantice un claro reparto de competencias entre sus miembros y una forma democrática en la toma de decisiones, pero entonces: ¿por qué existe cierto rechazo a la idea de la Constitución Europea y a la transición de una estructura *quasi*-federal, que tantas confusiones ocasiona entre sus miembros, a la Federación de los Estados de Europa?

Respecto a las posturas realistas, que no rechazan la idea en sí misma, sino que consideran que el debate es prematuro, cabe destacar una incongruencia central en su argumentación, pues finalmente las reformas que proponen y que califican de urgentes son de carácter constitucional, tanto jurídica- como políticamente. No obstante, sus críticas al debate actual, especialmente al oportunismo y falta de consistencia de los gobernantes, y sus señalamientos sobre la necesidad de profundizar en aspectos descuidados como los límites de la ampliación, son de gran importancia. La objeción fundamental de los euroescépticos, por su parte, es la tesis *non-demos*, la cual merece mayor atención, ya que se relaciona con dogmas muy anclados en la teoría política de la constitución, no sólo europea, sino de Occidente en general.

La tesis *non-demos* se sostiene en una creencia romántica que atribuye a un común origen étnico, lingüístico y cultural la pertenencia al pueblo o a la nación. De hecho, ambos conceptos se confunden peligrosamente, pues esta creencia, llevada a su extremo, es el fundamento de nacionalismos racistas que encuentran en la exclusión del otro su propia identidad. Pero, ¿qué tanta vigencia puede tener esta concepción después de las catastróficas experiencias a las que condujeron los nacionalismos exacerbados en Europa? Y, peor aún, ¿cómo compaginar tal tesis con las sociedades multiculturales y de comunicación globalizada, que constituyen el denominador común en los países de la UE?

La primera pregunta suele ser rechazada con el argumento de que el *demos* al que se refieren los euroescépticos no es concebido en términos raciales ni de exclusión, sino de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

identidad basada en la historia y cultura nacionales. Pero este argumento es muy débil. En primer lugar, la historia y la cultura de los diferentes países de Europa está íntimamente relacionada. Como dice Habermas: no se parte de una *tabula rasa*, la tradición europea, como concepto marco de cultura, historia y proyecto político, es algo real²⁸⁴. Precisamente eso es lo que tratamos de demostrar en el apartado sobre la teoría política de la constitución en Europa occidental (*vid supra*: pp. 139 y ss.). En segundo lugar, los diferentes matices de cada país europeo—que de ninguna manera se pretenden negar—, se desvanecen en virtud de las diferencias lingüísticas y culturales al interior de estos mismos; ahí están el País Vasco, Catalunya, Córcega, Flandes y la Lombardía, por ejemplo. En tercer lugar, y este es el argumento fuerte, la identidad nacional es, en la mayoría de los casos, una construcción del Estado, *i.e.* un conjunto de políticas públicas encaminadas a garantizar la cohesión del Estado como unidad territorial. Kymlicka y Strohle mencionan que dichas "políticas incluyen planes de estudio de educación nacional, apoyo a los medios de comunicación nacionales, la adopción de símbolos nacionales y leyes sobre idioma oficial, sobre ciudadanía y naturalización, y así sucesivamente. Por esta razón, quizá sea mejor describirlos como «Estados en construcción nacional» o «Estados nacionalizadores» más que como «Estados-nación»²⁸⁵. Este hecho es indiscutible a la luz de las experiencias francesa e italiana, pero también en países no europeos como México. La construcción estatal no se da sin menoscabo de los derechos culturales, sociales y políticos de las minorías, por lo que también resulta iluso pensar en el Estado-nación como paradigma de la democracia. Por el contrario, *creemos que la creación de una Constitución Europea de tipo federal que delegue expresamente facultades a la UE en el entendimiento de que las demás materias quedan reservadas a las constituciones nacionales y regionales, y que respete plenamente el principio de subsidiaridad, podría representar una posible solución a las demandas de autonomía de gestión en diversas materias de algunas regiones de Europa, que a la fecha no han podido llegar a soluciones satisfactorias con*

²⁸⁴ Cfr. Habermas, Jürgen, *Warum braucht Europa eine Verfassung?*, ensayo publicado en: *Die Zeit*, 27.2001. Existe una versión en español, que si bien se basa en otra publicación de Habermas, recoge las mismas ideas expresadas en dicho artículo de *Die Zeit*: Habermas, Jürgen, *¿Por qué la Unión Europea necesita un marco constitucional?*: en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 105, *opus cit.*

²⁸⁵ Cfr. Kymlicka, Will, y Strohle, Christine, *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías*, *opus cit.*, p. 62.

sus gobiernos centrales. La Constitución Europea, así concebida, implicaría el establecimiento de un orden jurídico mucho más descentralizado de lo que actualmente se puede decir acerca de ciertos ordenamientos jurídicos nacionales.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, es cierto que los partidarios del *non-demos* alegan con frecuencia cuestiones concretas como un idioma y espacios de comunicación comunes, condiciones que se consideran necesarias para el desarrollo de la participación de los individuos y de la solidaridad entre ellos. En este sentido, el multiculturalismo incuestionable de las sociedades europeas, no parece ser un obstáculo para sostener la tesis citada, toda vez que independientemente del origen étnico de los integrantes de la comunidad política, los espacios comunes se dan en función de la geografía, de los medios de comunicación que se comparten, del idioma y de la cultura política que finalmente adquieren todos los integrantes de la comunidad en la medida en que participan en ella. Sin embargo, en esta concepción, la idea de la democracia sigue anclada en factores estrictamente nacionales y locales, como el idioma y la cultura etnocéntrica: la clave en esta concepción errónea de democracia es la adaptación de los diferentes a lo preestablecido²⁸⁶, por lo que no se puede hablar propiamente de multiculturalismo. Y no se trata de desplazar los valores políticos tradicionales de las sociedades en cuestión, sino de abrirse a nuevas formas de vida, dando lugar a enriquecedores procesos dialécticos de reformulaciones axiológicas; de hecho, sólo así se evita el anacronismo político y cultural. Así, por ejemplo, la vinculación necesaria del idioma común al Estado-nación, resulta absurda, sobre todo si se consideran experiencias tan europeas como la suiza o la belga. Además, la mayoría de los ciudadanos europeos aprenden un segundo y hasta un tercer idioma en escuelas públicas—a diferencia de países como México en donde el segundo idioma sigue siendo una cuestión restringida a ciertas clases sociales—. Los espacios geográficos comunes, por su parte, adquieren relevancia en cuanto a la participación en políticas comunales y, a lo mucho, locales, es decir, cosas relativas a las ciudades y los

²⁸⁶ Emblemático al respecto resulta el debate promovido por la democracia cristiana en Alemania sobre la *Leitkultur* alemana (cultura rectora o cultura-guía), que deberían adoptar los extranjeros a fin de integrarse plenamente a la vida pública de la nación. Esta noción, tan profundamente racista, sólo evade el reconocimiento de una realidad social: la transición de la sociedad alemana al multiculturalismo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

poblados. Y en cuanto a los medios de comunicación, el argumento se torna anacrónico ante los avances tecnológicos de los medios electrónicos. Tenemos, *e.gr.*, una serie de foros de discusión en línea sobre el debate constitucional europeo, auspiciados por las instituciones comunitarias, los gobiernos nacionales y locales, y ONG. Existen, además, diarios en línea dedicados a los sucesos comunitarios, como euobserver.com, y los periódicos y semanales más importantes de Europa, como *El País*, *Die Zeit*, *Der Spiegel*, *Le Monde*, *Financial Times UK*, y *The Economist*, por mencionar sólo algunos, brindan una amplia cobertura a los asuntos europeos. Todos estos medios impresos cuentan con suplementos sobre el debate acerca del futuro de Europa en sus versiones electrónicas. No obstante, algunos minimalistas, como el eurodiputado danés del *Grupo por las Democracias Europeas*, de clara tendencia euroescéptica, Jens Peter Bonde, alegan que a pesar de dichos avances y de las cercanías geográficas en Europa, la mayoría de los ciudadanos no se interesan en la política de los países vecinos: "ni siquiera cincuenta daneses serían capaces de dar el nombre del Primer Ministro belga"²⁸⁷. Es cierto que los ciudadanos de los diferentes países de Europa aún no se interesan, ni se involucran lo suficiente en los acontecimientos de sus vecinos o en las políticas comunitarias, pero ello no significa, de ninguna manera, que sea imposible, ¿por qué habría de serlo? Además, ¿acaso un ciudadano de Baviera que desconoce el nombre del Ministro-Presidente de Renania del Norte Westfalia es menos alemán, o un madrileño al que no le interesan los asuntos políticos de Catalunya es menos español? El argumento tiene un vicio de origen y desconoce realidades como las redes de organizaciones civiles agrupadas en el Foro paralelo a la Convención Europea. Veamos la composición de estas redes para constatar que la existencia de un espacio común europeo no es algo tan apartado de la realidad, ni tan parcial como sostienen algunos euroescépticos. Encontramos, entre otras, las siguientes organizaciones: *All Party Alliance Against Brussels*; *Anti-Maastricht Alliance*; *Association pour la taxation des transactions financières et l'aide aux citoyens (ATTAC)*; *Deutsche in der Résistance, in den Streitkräften der Antihitlerkoalition und in der Bewegung "Freies Deutschland" e.V.*; *Europa-Union Deutschland e. V.*; *EUROPEAN MOVEMENT IN ESTONIA*; *The European Region of the International Lesbian and Gay Association*; y *SOS*

²⁸⁷ Bonde, Jens Peter. *The Convention on the Future of Europe, opus cit.*

Democracy, del propio Jens Peter Bonde²⁸⁸. Asimismo, en el marco de la Convención de los Jóvenes se encuentra la red *Europe 2020*, que a través de su sitio web (www.europe2020.org) incorpora foros informativos y de discusión como *Newropeans Network*, *Newropeans Student Network (NSN)* y *EU Student Vote*, que se define como un proyecto que pretende "explorar las posibilidades que le ofrecen a la democratización de Europa los últimos desarrollos de las nuevas tecnologías."²⁸⁹ No obstante, estas redes son apenas el comienzo. La democracia europea está surgiendo y en toda sociedad abierta es deseable despertar el mayor interés posible de la ciudadanía en los asuntos estatales. Por ello, la *Constitución Europea es altamente deseable, ya que representaría, como instrumento político, un marco de referencia sobre derechos, obligaciones y, finalmente, participación política de la ciudadanía*. De hecho, el primer paso ya se dio con la libre circulación de personas, el libre ejercicio de profesiones, la libre prestación de servicios; y, por supuesto, el derecho pasivo y activo al voto de todos los ciudadanos de la Unión en las elecciones municipales bajo ciertos requisitos de residencia; todos ellos son derechos fundamentales de los ciudadanos europeos. Lamentablemente, el pleno desarrollo de la libre circulación se encuentra frenado debido a la falta de armonización de las políticas fiscales y de seguridad social. Muchos ciudadanos europeos regresan a sus países de origen porque los seguros médicos ya no se hacen responsables en los países destino o porque el sistema de seguridad social es significativamente mejor en el país de origen, o bien, porque se colocan en hipótesis normativas que provocan la doble o triple tributación. Pero también en este sentido, la integración política ofrece soluciones, y no sólo al problema de la libre circulación, sino también al de la justicia social. Una de las exigencias centrales de los federalistas es justamente la armonización de los sistemas tributarios y de seguridad social. Socialistas franceses y españoles proponen, *u.gr.*, la creación de un gobierno económico europeo²⁹⁰, que implicaría, la armonización fiscal y, eventualmente, la creación de un impuesto semejante al *Tobin-tax*. Asimismo, una de las demandas más destacadas de los representantes de la sociedad civil en la Convención Europea es el fortalecimiento del

²⁸⁸ Información en: <http://european-convention.eu.int>.

²⁸⁹ Información en: <http://european-convention.eu.int>.

²⁹⁰ Jospin, Lionel. *El futuro de una Europa ampliada*, y PSOE. *Propuesta del PSOE sobre el futuro de la UE*; en: http://europa.eu.int/futurum/congov_es.htm.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

modelo social europeo²⁹¹. Las protestas en torno a las últimas ocho cumbres europeas, que se dieron fundamentalmente por cuestiones de justicia social, abarcaron un gran número de personas organizadas en redes europeas, y los sindicatos nacionales allí presentes se unieron a fin de representar las exigencias de los obreros, ya no de Alemania o España, sino de Europa. Son, precisamente, los movimientos antiglobalización los que brindan un claro ejemplo de una sociedad civil europea que se empieza a construir en torno a exigencias de justicia social (*vid supra*: nota 250)²⁹². Es muy posible que esta tendencia continúe y se incremente, pues en la medida en que las realidades financieras y empresariales globales sigan rebasando la capacidad de acción de los Estados-nación, las exigencias se dirigirán cada vez más a las instituciones supranacionales. *Una Constitución Europea que consagre los derechos fundamentales como medios esenciales para la realización de la justicia social y que establezca las bases jurídicas para regular las transacciones financieras y las actividades de los inversionistas a fin de que las mismas cumplan con una función social más allá de sus propios objetivos, representaría un importante marco de identidad para los ciudadanos europeos y sentaría las bases para la realización de la unidad política europea.*

Para los euroescépticos, el *demos*, como pueblo nacional en el sentido romántico, es preexistente a la comunidad política, es, según ellos, su *conditio per quam*. Este dogma, aunque muchos minimalistas no lo reconocen, se remonta a la teoría política de la constitución de Carl Schmitt²⁹³. Pero veamos en qué consisten sus debilidades argumentativas.

²⁹¹ Cfr. *Convention told not to forget EU social model*; en: [euobserver.com](http://www.euobserver.com) del 24 de junio de 2002; <http://www.euobserver.com>.

²⁹² Sobre las posibilidades de nuevas formas de democracia radical o deliberativa más allá de las fronteras nacionales, véase: Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Imperio*, *opus cit.*, pp. 195-206; así como, Habermas, Jürgen, *La Constelación Posnacional*, *opus cit.*, pp. 81-166.

²⁹³ Por ejemplo, la influencia de Schmitt en los argumentos del constitucionalista español, Javier Ruipérez, es notoria (Cfr. Ruipérez, Javier, *La "Constitución Europea" y la Teoría del Poder Constituyente*, *opus cit.*, pp. 139-157).

Habermas²⁹⁴, quien cuestiona la pertinencia de los ideales políticos de la Revolución francesa en la actualidad, llega a la conclusión que una lectura postmoderna del patriotismo constitucional tiene un amplio valor informativo para la orientación normativa de las sociedades contemporáneas. Por patriotismo constitucional se entiende básicamente la idea de que lo que une a los miembros de una comunidad política no es su origen étnico, lingüístico o cultural, sino la participación constante en la *res publica*, o, en palabras de Ernest Renan, "*l'existence d'une nation est un plébiscite de tous les jours*"²⁹⁵. Si la unidad de los miembros de la comunidad política no es algo preexistente y ontológico, entonces la soberanía tampoco puede serlo; es más, dicho concepto, que tantas confusiones ha causado en las teorías política y jurídica del Estado, sólo cobra sentido en la medida en que la democracia es practicada, *i.e.* en la medida en que los ciudadanos participan en la *res publica*. La participación no se limita a un único momento histórico y los participantes cambian: minorías que exigen el reconocimiento de sus derechos, grupos ambientalistas que demandan la protección jurídica de la ecología, sindicatos que luchan por la mejora de las condiciones de trabajo. La soberanía cobra sentido como proceso democrático cotidiano de múltiples actores sociales. Esta idea es la base de una democracia radical o deliberativa, en la cual la igualdad se convierte en un presupuesto de la libertad, entendida como autocomprensión normativa. La libertad ya no se reduce al *laissez faire* del liberalismo, sino que implica el entendimiento del ciudadano de su deber en la actualización política: la mejor forma posible de ser de la comunidad política es aquella en donde la unidad política se actualiza dinámicamente a través de la acción cotidiana de los ciudadanos, o, en palabras de Habermas, "sólo como proyecto histórico recibe el Estado de derecho un significado normativo que va más allá de lo jurídico"²⁹⁶. Esta idea está íntimamente relacionada con el concepto de unidad política de Konrad Hesse, quien parte de la crítica al propio concepto de Carl Schmitt. En la *Teoría de la Constitución*, Schmitt sostiene que el "poder constituyente no contiene como tal unas formaciones cualesquiera, sino, y

²⁹⁴ Me baso aquí en las ideas expresadas por Habermas en tres diferentes obras: *Volkssouveränität als Verfahren (Soberanía popular como procedimiento)* y *Staatsbürgerschaft und nationale Identität (Ciudadanía e identidad nacional)*, ambos en *Faktizität und Geltung, opus cit.*; así como en la *Constelation Postnacional, opus cit.*

²⁹⁵ Citado por Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung, opus cit.*, p. 636.

²⁹⁶ *Idem.*, p. 610. La traducción es mía.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto constituye la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior. No es, pues, que la unidad surja porque se haya dado una Constitución. La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política²⁹⁷. La constitución positiva "es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma"²⁹⁸. El problema consiste en el término 'unidad', que para Schmitt tiene un único referente posible: el pueblo de una nación. De esta manera, la soberanía adquiere aquel sentido ontológico ligado necesariamente al pueblo nacional. A qué grado la noción de pueblo en Schmitt se encuentra determinada por el romanticismo alemán, *i.e.* por el concepto del *Volksgesist*, quedó claro a más tardar en su participación en el régimen nacionalsocialista. Pero si sustituimos el término 'unidad política' por uno mucho menos cargado de significados emotivos y mucho más relacionado con las circunstancias políticas de una comunidad, que por definición son contingentes y cambiantes, como podría serlo el de 'realidad política', entonces podemos rescatar la idea de la preexistencia al orden jurídico. Esta realidad efectivamente da lugar al congreso constituyente e influye en sus decisiones. De hecho, el estado actual del debate sobre el futuro de Europa es una buena muestra de ello. Las diferentes posturas que hemos descrito constituyen una realidad política y ésta consiste en que existe una voluntad generalizada de definir el proyecto político de la UE. Y si algo quedó claro en dicha descripción es que no hay unidad. La realidad política de la que hablamos se refiere a la serie de actores políticos, es decir, a grupos e individuos que persiguen objetivos para la comunidad, por lo que también podría denominarse 'conjunto de proyectos políticos', como es el caso de los distintos proyectos sobre el futuro de Europa que hemos analizado. Los objetivos, como ideales políticos, pueden estar predeterminados y existir antes del poder constituyente, *e.gr.* la intención de constituir una Federación de Estados de Europa. Sin embargo, los medios para su realización no se conocen sino hasta que son determinados por el mencionado poder en el acto que crea la constitución. Ahora bien, 'unidad' significa conjunto ordenado, por lo que

²⁹⁷ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, *opus cit.*, p. 24.

²⁹⁸ *Idem.*, p. 25.

'unidad política' sólo puede entenderse como la interacción ordenada de conductas orientadas con cierto sentido, y dicho sentido es determinado fundamentalmente por medio del significado de las normas jurídicas, escritas o consuetudinarias. El proyecto político de constituir un Estado de un cierto tipo sólo se puede realizar mediante una serie de actos relacionados entre sí (unidad) conforme a reglas objetivamente válidas, que determinan las normas jurídicas. Por ello es necesario recordar que el Estado tiene, al lado de la personal y territorial, también una esfera temporal de existencia, y la realización de la que hablamos implica esa temporalidad. Un Estado puede ser incluso proclamado solemnemente, pero si los objetivos políticos que persigue no son bien definidos, entonces no hay posibilidad de conducirse conforme a ellos, *i.e.* no hay posibilidad de realizar el Estado, el cual es real (existe), si, y sólo si, el orden jurídico que lo constituye (que determina su organización) es efectivo. Fácilmente se puede constatar cómo el elemento temporal es vital para la unidad política, pues cuando los Estados se encuentran en transición política, los promotores del cambio generalmente convocan asambleas constituyentes lo antes posible, conscientes de que el régimen (la constitución) que dejó de ser efectivo se puede reestablecer en tanto su propio proyecto político no se ha definido en un orden jurídico. Hesse responde a la presunción de la unidad política preexistente de Schmitt justo en ese sentido: "Si la unidad política y, con ella, el Estado sólo devienen existentes a través de la actuación humana, ésta última exige, a su vez, la necesidad de organizar esa cooperación que debe conducir a la formación de la unidad política y en la que deben realizarse las tareas del Estado (...). Ahora bien, puesto que este surgir de la unidad política es un proceso permanente, el mismo necesitará de una ordenación, si no quiere quedar abandonado al azar de luchas de poder carentes de reglas: del mismo modo el Estado, a fin de que sus poderes resulten operativos, necesita de la constitución de estos poderes dotándolos de organización, así como, a fin de cumplir sus tareas, de unas reglas de procedimiento: la cooperación organizada y procesualmente ordenada exige un *orden jurídico* (...)"²⁹⁹. La unidad política de Hesse es aquella realización normativa del proyecto histórico que trasciende el significado jurídico del Estado, como sugiere Habermas, pero, y de ahí la importancia de Hesse, lo trasciende justamente en la medida en que se actualizan las normas jurídicas que

²⁹⁹ Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 14.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

lo definen, aunque éstas pueden y deben cambiar para satisfacer la exigencia del dinamismo inherente al propio concepto de unidad política. De esta manera sostenemos que *la Constitución Europea es posible dado que el concepto ontológico de soberanía es una ficción construida a partir de nociones románticas que carecen de referencias empíricas concretas. El debate actual sobre el futuro de Europa constituye una realidad política entendida como conjunto de proyectos políticos sobre la redefinición del status jurídico-político de la UE, para lo cual la Constitución Europea es el medio idóneo. Una Constitución que refleje de la mejor manera posible las exigencias centrales de dichos proyectos, sentaría las bases jurídicas para la realización de la unidad política europea, que encuentra sus fundamentos axiológicos en la cultura constitucional compartida, fruto de la historia común europea. Por medio de la clara definición de los derechos y las obligaciones de los ciudadanos y gobernantes de la nueva Unión, se incrementaría el sentimiento de pertenencia a la comunidad política, facilitando la participación en la res publica. Sólo mediante la refundación política, la UE podría trascender de la comunidad económica a la comunidad política, lo que constituye la premisa mayor para buscar soluciones a los retos derivados de la globalización, que las organizaciones estatales tradicionales ya no pueden dar.*

El rechazo a la tesis *non demos*, como postura política, implica a fin de cuentas la negación de todo nacionalismo, lo cual resulta congruente con el propio origen antifascista de las comunidades europeas. Habermas menciona al respecto: "Estos conflictos, a menudo llevados hasta extremos mortíferos, han sido también (...) un impulso para la reflexión y para el distanciamiento de ideas preconcebidas, un motivo para la superación del particularismo, para aprender formas tolerantes de trato con los demás y para institucionalizar las diferencias. Estas experiencias (...) han dejado su impronta en la autocomprensión normativa de la modernidad europea. a un universalismo igualitario, que a nosotros los hijos, hijas y nietos de un bárbaro nacionalismo- pueden facilitarnos la transición a las plenas relaciones de reconocimiento mutuo de una democracia posnacional"³⁰⁰. En este sentido, sostenemos que *una Constitución Europea federal basada*

³⁰⁰ Habermas, Jürgen. *La Constelación Posnacional*, opus cit., p. 135.

en la subsidiaridad brindaría la gran oportunidad de realizar cotidianamente una democracia europea tolerante de las minorías, pues la posibilidad de que tantos asuntos sociales se regulen de manera tan distinta en tantos países y regiones, permitiría una amplia movilidad de los ciudadanos comunes a todas estas entidades. Y el derecho a la movilidad ciudadana, i.e. a la migración sin perder el status iuris fundamental que representa una condición necesaria para la realización de los derechos fundamentales, es una de las formas más tolerantes de la democracia, que corresponde a una lectura posmoderna del patriotismo constitucional.

Un último argumento a favor de la Constitución Europea que deseamos esbozar, lo constituye la exigencia de realistas y federalistas de consolidar la PESC. Las políticas exterior y de seguridad son elementos definitorios del Estado, por lo menos desde 1648, y en el Estado federal cobran una especial importancia. Los miembros de la federación se unen a ésta, renunciando a ciertas facultades soberanas, con el fin, entre otros, de que la federación defienda sus intereses en el contexto internacional. La Europa comunitaria, cuya estructura *quasi*-federal ya hemos abordado, nace con un propósito inverso: asegurar la paz entre sus miembros, i.e. la unión debe garantizar la paz y seguridad no hacia el exterior sino al interior. No obstante, en los últimos lustros en los cuales las amenazas de estabilidad y seguridad ya no vienen del interior sino de los procesos de globalización, el fenómeno ha cobrado nuevos matices: las amenazas ya no son localizables, no son ni europeas ni no-europeas y afectan a todos por igual. Ello ha conducido precisamente a que el Estado-nación, con sus límites territoriales y personales de validez normativa y de acción efectiva, ya no pueda responder eficazmente a estos nuevos retos, que si bien van más allá del continente, encuentran respuestas más eficaces cuando se coordinan esfuerzos a nivel europeo. La UE se ve enfrentada al nuevo desafío de proteger los intereses de sus miembros frente a los conflictos regionales en Europa del Este, el crimen organizado transnacional, el terrorismo internacional, los riesgos medioambientales transfronterizos, la inmigración descontrolada, así como las consecuencias devastadoras en términos de justicia social que implican los intercambios desregulados de mercancías y capitales. Y los autores del TUE así lo visualizaron, por lo que dieron nacimiento a la PESC. Se trata, pues,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de una de las pruebas más contundentes de la evolución de las comunidades hacia la Federación Europea, pues retoma el propósito característico de las federaciones: defender los intereses de los miembros en el contexto internacional, o bien, global. Lamentablemente, en este aspecto más que en cualquier otro, el discurso y la normatividad distan mucho de la realidad. Como ya se señaló, son los mayores promotores—en las palabras—quienes más han obstaculizado la instrumentación de los mecanismos previstos en el Título V del TUE. Pero los mismos mecanismos del TUE son bastante débiles: sólo las acciones comunes obligan a los miembros (art. 14, 3), y estas resoluciones operativas que versan sobre cuestiones muy específicas casi nunca se dan. Por su parte, la representación de la PESC a cargo de Presidencias rotatorias impide una continuidad en los proyectos y formas de instrumentación, en tanto que el Alto Representante, que pertenece a un órgano de carácter preponderantemente legislativo, pasa muy frecuente a un segundo plano. Las funciones del Comisionado para asuntos exteriores, representante del ejecutivo comunitario en la materia, se traslapan con las del Alto Representante y son prácticamente insignificantes en la consolidación de las orientaciones políticas de la UE. De esta manera, se puede observar cómo la ineficacia de la PESC no se debe exclusivamente, aunque sí en gran medida, a la falta de voluntad política de los gobernantes de los Estados miembros. Es comprensible que el TUE no haya consolidado una auténtica PESC, pues la resistencia de los gobiernos nacionales hubiera sido tan fuerte que el proyecto probablemente nunca hubiera prosperado, ni siquiera en su versión raquítica actual. El TUE constituye un paso muy importante hacia la consolidación de la PESC, pero se trata de un proyecto a completar. Por ello, *la Constitución Europea debería retomar este proceso y consolidarlo, pues una política exterior sólida haría posible una futura defensa común, de otra manera ésta nunca se realizará. Además, una defensa sólida de los intereses europeos en el ámbito exterior fortalecería los vínculos de identidad de la ciudadanía hacia la UE, o Federación Europea, en su caso.*

Los euroescépticos argumentan que no existen intereses europeos, sino daneses, alemanes, ingleses, franceses o españoles. Es cierto que cada país tiene sus propios intereses, tan cierto como lo es que el País Vasco, Catalunya o Flandes también los tienen.

Y en una auténtica federación las acciones que se presentan hacia el exterior son el fruto del conjunto de los intereses de los miembros por ella representados. Asimismo, insistimos en que en Europa no se parte de una *tabula rasa*, tampoco en política exterior. Lo que sí se debería considerar es la construcción de mecanismos jurídicos que permitan que los Estados miembros incidan en la PESC, pero mediante principios de responsabilidad compartida que no obstruyan el funcionamiento del conjunto³⁰¹. Y éste es un presupuesto básico del federalismo bien entendido en todos los ámbitos, externos e internos. La federación debe ser un instrumento de fortalecimiento para sus miembros, pero dicho fortalecimiento sólo se da en la medida en que los miembros aprenden a actuar en conjunto. Las circunstancias de la segunda posguerra obligaron en su momento a seis países a unirse en mecanismos supranacionales que han ido desarrollándose hasta alcanzar un *status quasi-federal*; las circunstancias actuales, los denominados nuevos retos globales, hacen pertinente que los quince países miembros más los que se adhieran se unan en una auténtica federación, que defienda los intereses de los miembros en un contexto global.

³⁰¹ Al respecto se han hecho diversas propuestas, cuya consideración rebasa los límites de este trabajo, pero cabe destacar lo siguiente. La formación de un cuerpo diplomático único probablemente tenga que pasar aún por diversas pruebas en el tiempo, más aún el establecimiento de un cuerpo militar único; su adopción por el momento resulta inviable. Sin embargo, los primeros pasos que se deberían dar en la Constitución Europea en materia de seguridad y defensa podrían ser: la unificación de la representación de la PESC en un solo funcionario, dependiente del ejecutivo comunitario; que la UE finalmente adquiriera personalidad jurídica propia, pues el hecho de que en todos los tratados internacionales siga apareciendo la CE como signataria, le resta credibilidad en cuestiones internacionales; el *status* de obligatoriedad de las posiciones comunes con sus respectivos mecanismos de sanción en caso de incumplimiento; la vinculación de los representantes gubernamentales en la PESC mediante la aprobación de las posiciones y acciones comunes por parte de la cámara que represente a los Estados, sea el Consejo o una nueva cámara como el *Bundesrat* o el Senado estadounidense, o bien un cuerpo parlamentario nacional *ad hoc* para materias como éstas.

CAPÍTULO CUARTO
EL PROYECTO DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA EN EL DISCURSO
JURÍDICO Y EL PROBLEMA DE LA NUEVA NORMA FUNDAMENTAL:
¿SIMPLIFICACIÓN DE TRATADOS O ALGO MÁS?

Pues al dejar el formalismo jurídico específico que el aparato jurídico funciona como una máquina técnico-racional, garantiza al mismo tiempo a los diversos particulares el máximo relativo de posibilidad de movimiento y, sobre todo, de posibilidad para el cálculo racional de las probabilidades y consecuencias jurídicas de su actividad con arreglo a fines.
Max Weber

En el análisis sobre las características del orden jurídico comunitario (*vid supra*: Capítulo Segundo, II) se destacó que éste parece una mezcla de derecho internacional convencional y de derecho interno de tipo federal, a lo que se le denomina erróneamente derecho supranacional, a pesar de que la supranacionalidad es sólo una característica del orden jurídico comunitario y de ninguna manera un elemento suficiente para hablar de dicho derecho. Sostuvimos, asimismo, que el alto grado de interacción del derecho comunitario con los derechos nacionales hace tan borrosos sus límites, que los métodos clásicos del derecho conflictual (normas de colisión, *lex causae*, etcétera) resultan inapropiados para resolver los conflictos entre ellos, siendo quizá lo más adecuado hablar de un 'derecho federal interno', como se habla ya del 'mercado interior'. Pero también vimos como lo anterior se dificulta tremendamente debido a la ausencia de una norma de individualización de la colección de normas y enunciados jurídicos aplicables en los territorios y a las personas de los Estados miembros, sea ésta la norma fundamental sugerida por Kelsen, la regla de reconocimiento de Hart o simplemente una norma positiva fundante del ordenamiento jurídico, función que realiza la primera constitución histórica. La ausencia de esta regla acarrea una serie de problemas de seguridad y certidumbre jurídicas, que a su vez se traducen en serios problemas políticos (*vid supra*: Capítulo Tercero, II, C). Pero más allá de los motivos políticos para crear la Constitución Europea, dicha creación tendría serias implicaciones para la ciencia del derecho, a tal grado que al ser el Estado una construcción conceptual- e instrumentalmente jurídica, la presencia de una norma fundante nos permitiría identificar no sólo a dichas normas y enunciados—i.e.

hablar de un orden jurídico propiamente—sino también podría dilucidar el problema de la naturalaza política de la Unión. Veamos primero, como en su momento lo hicimos con el significado político de 'constitución', qué significa este concepto desde la perspectiva de la ciencia jurídica.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

I. EL CONCEPTO JURÍDICO DE 'CONSTITUCIÓN'

La palabra 'constitución' tiene un uso descriptivo, como lo demuestra su etimología, ya que viene del latín *'constitutio'* y significa "esencia y calidad de una cosa que la constituye como es y la diferencia de las demás"³⁰². El verbo 'constituir', del latín *'constituire'*, significa precisamente "formar, componer, ser"³⁰³. La 'constitución' se refiere, pues, a la *forma de ser* de algo y, entre otras cosas, de la comunidad política, *i.e.* a su forma de organización. Como se desprende, aquí ya no se trata de lo que se cree que es la mejor forma de ser, sino simplemente de lo que es. Por ello es que "una de las grandes ventajas que representa la posibilidad de elaborar un concepto jurídico de Constitución es que podemos dar una definición neutra, independiente de cualquier valor que se considere trascendental en determinado momento histórico o de cualquier ideología subyacente"³⁰⁴.

Aristóteles se refería a la *politeia* precisamente como forma de ser. Así, en la *Constitución de los Atenienses*, *e.gr.*, describe la forma de organización política de Atenas³⁰⁵. De ahí que dicho significado suele calificarse como político, pero, aunque tiene serias implicaciones en dicho ámbito, es jurídico. La manera en que se organiza políticamente una comunidad es por medio de *formas* jurídicas, tengan como fuente la ley escrita o la costumbre. Esto es fácil de observar, pues si un Estado es una monarquía absoluta o una República democrática depende, en primera instancia, de las normas jurídicas que estipulan las formas por las cuales en dicho Estado se designan a los gobernantes, *i.e.* por medio de reglas sucesorias o procesos electorales. Asimismo, la diferencia entre una dictadura y un sistema parlamentario está en las normas jurídicas que establecen los mecanismos de creación normativa, sea mediante un proceso legislativo en el que cuerpos colegiados elegidos conforme a otras normas jurídicas definidas aprueban o desaprueban, o por medio de un sistema de edictos emanados de la voluntad de un

³⁰² Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima primera edición, tomo I, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1992, p. 549.

³⁰³ *Ibidem*.

³⁰⁴ Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2001, p. 65.

individuo o de un grupo de individuos sin necesidad de posterior aprobación. Que la dinámica política también resulta indispensable para identificar las características de un régimen estatal es innegable, ya que en sentido estricto se trata de la adecuación de la práctica política a la normatividad jurídica estatal. Aquí los límites entre el significado político y el jurídico de constitución son borrosos, pero no inexistentes, ya que no podría hablarse del primero sin la presencia del segundo, pues: ¿cómo identificar si una conducta se ajusta a ciertas pautas de comportamiento si no tenemos certeza sobre éstas? De esta manera, la efectiva adecuación de la conducta de los funcionarios estatales a la normatividad es un requisito *sine qua non* para determinar tal o cual forma de gobierno, y la existencia de dichas normas jurídicas es el requisito *per quam* para definir tal o cual sistema político. Ello rompe definitivamente con el mito de que las decisiones políticas fundamentales son preexistentes a las normas jurídicas que las determinan, o dicho de otra manera, que la constitución política precede a la jurídica, como lo plantea Carl Schmitt (*vid supra*: pp. 172 y ss.)³⁰⁶.

Si la constitución en sentido jurídico determina la forma de ser de una comunidad política, entonces debemos preguntarnos cómo lo hace. La organización estatal presupone necesariamente dos elementos: funciones y órganos encargados de llevarlas a cabo. Una vez más, podemos observar que Aristóteles ya concebía la distribución ordenada de funciones y funcionarios como un aspecto fundamental de la constitución como concreta forma de ser de la *polis*: "La constitución, en efecto, es la organización de los poderes en las ciudades, de qué manera se distribuyen, y cuál debe ser en la ciudad el soberano (...)"³⁰⁷. La manera de hacer esto es mediante el establecimiento de normas que confieren

³⁰⁶ Cfr. Aristóteles, *Constitución de los Atenienses*, introducción, traducción y notas de García Valdés, Manuela, Gredos, S.A., Madrid, 1984.

³⁰⁷ Aquí sólo nos referimos a la relación necesaria entre el derecho y la comunidad política, que consiste en las formas de organización política. El otro gran interrogante sobre la relación entre la sociedad y el derecho es un tema que rebasa los límites de este trabajo, aunque podemos comentar que la máxima romana *ubi societas ibi ius* también denota una relación necesaria, consistente en las formas de organización sociales, pues por más primitivas que sean demuestran al menos la presencia de normas primarias en el sentido hartiano, i.e. lo que diferenciaría a tales sociedades de las comunidades políticas sería el grado inferior, o la ausencia, de centralización jurídica (Cfr. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, *opus cit.*, p. 91).

³⁰⁷ Aristóteles, *Política*, 1289 a. 15, *opus cit.*, p. 106.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

facultades, o mejor dicho, competencias³⁰⁸ a determinados órganos e individuos para crear y aplicar otras normas jurídicas. La existencia de reglas de competencia es, sin lugar a dudas, un elemento esencial—si bien no el único—para constatar la presencia de un orden jurídico propiamente dicho, ya que se trata de reglas secundarias (de adjudicación), que presuponen a las primarias en una unión que denota el núcleo de todo orden de derecho³⁰⁹.

La constitución es el punto de partida en la creación y aplicación escalonada de dicho orden, que, por ese mismo hecho, regula su propia creación. Kelsen menciona al respecto: "Considerando por el momento únicamente al orden jurídico estatal, la constitución representa el grado jurídico-positivo más alto. La constitución se entiende aquí en un sentido material, es decir: por esta palabra se entiende la norma positiva o las normas positivas por medio de las cuales se regula la creación de normas jurídicas generales"³¹⁰. Es importante agregar que la constitución también determina las reglas básicas de aplicación de las normas jurídicas, incorporando a su relación genética con la legislación, una relación de asignación de competencias judiciales y administrativas³¹¹. La distinción entre creación y aplicación normativa no es absoluta, salvo en dos casos límite: la propia constitución que como *N_i* no aplica ninguna otra norma, y la ejecución de la norma individualizada que ya no crea ninguna otra norma. Esto es importante en nuestro contexto, porque así entendemos que la constitución de un orden jurídico, aunque en sí misma sólo es creación normativa, se refiere constantemente a la creación y aplicación de las normas jurídicas del orden.

El hecho de que la constitución *constituya* las reglas que definen la creación y aplicación de las normas jurídicas posteriores, implica que sus normas son el criterio

³⁰⁸ La facultad es generalmente concebida como un concepto amplio que abarca tanto a la capacidad civil como a la competencia de derecho público: "se es capaz para modificar la propia situación jurídica; en cambio, se es competente para modificar la de otras personas" (Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, *opus cit.*, p. 222).

³⁰⁹ Cfr. Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, *opus cit.*, pp. 97 y 98.

³¹⁰ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, *opus cit.*, p. 228. La traducción es mía.

³¹¹ Aquí nos topamos con la clásica división de funciones, característica que hablamos indicado como indispensable del Estado de derecho, o sea, de la constitución en su significado político liberal. Sin embargo, nada se ha dicho sobre la necesidad de dividir estas funciones en tres diferentes sujetos u órganos, lo cual es

fundamental de la validez de las restantes. Kelsen advierte que la validez de las normas del orden jurídico constituido se determina de dos maneras: mediante los procedimientos formales a los que los órganos facultados para crear normas se deben sujetar, *e.g.* el proceso legislativo bicameral; y a través de los contenidos de las normas constitucionales que prescriben o prohíben determinados contenidos en las normas posteriores, *e.g.* la prohibición de establecer penas privativas de libertad en casos de incumplimiento de obligaciones de carácter pecuniario³¹². Así surgen dos niveles de validez: el formal, determinado por los mencionados procesos y por las reglas de competencia de los órganos que crean las normas; y el material, referido a dichos contenidos. En ambos casos la validez de una norma se determina en relación con su norma inmediatamente superior ($N_1 \rightarrow N_2 \dots N_n \rightarrow N_n$), "pero en todo caso debe ser conforme a la norma suprema"³¹³. Queda claro, pues, que *el significado jurídico más importante de constitución consiste en que se trata de la norma jurídica que instauro el proceso de creación de un cierto orden legal y que, como tal, determina la validez de todos sus componentes, siendo así el criterio principal de unidad o identidad de los mismos*. Ello implica, a su vez, que la constitución permite reconocer a qué orden pertenecen las normas y los enunciados jurídicos, pues todos aquellos que derivan su validez en última instancia de la constitución C_1 forman parte del orden jurídico O_1 ³¹⁴.

El concepto de la supremacía material de la constitución, directamente ligado a lo anterior, consiste en que todo el orden jurídico estatal se basa en ésta, pues la constitución es la que determina la validez de las normas, mediante procesos formales, contenidos y distribución de competencias³¹⁵. Así pues, "en tanto la constitución condiciona las funciones estatales resulta, como consecuencia jurídica ineludible, que la constitución es regla de competencia y que los actos emitidos por cualquier persona cuya competencia no derive de la constitución (y ésta es la nota decisiva de la supremacía), son nulos (...) [pero]

sumamente conveniente desde un punto de vista político, incluso necesario si se desean establecer límites al poder político, pero no indispensable desde la perspectiva de la ciencia del derecho.

³¹² Cfr. Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, opus cit., pp. 228-230. Los ejemplos son míos.

³¹³ Huerta Ochoa, Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, opus cit., p. 66.

³¹⁴ El problema sobre la validez de la propia constitución será analizado en la última sección de esta tesis.

³¹⁵ Cfr. *Idem*, p. 68.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

para que alguna ley, reglamento, ordenanza, resolución administrativa, etcétera, sea nula es necesario que la nulidad se establezca mediante un procedimiento en el que se confronte cualquiera de estas disposiciones con la regla que establece sus requisitos de validez³¹⁶, o sea con la constitución en última instancia.

La idea de la supremacía constitucional está íntimamente relacionada con la protección jurisdiccional de la constitución, con la subordinación jerárquica a la constitución de todas las normas del orden jurídico creado por ella (supralegalidad)³¹⁷ y con la supremacía formal³¹⁸. La supremacía tiene así diversas expresiones, siendo la supralegalidad una de las más importantes, como lo evidencia, *u.gr.*, la eficacia directa de las normas constitucionales. Ello significa que éstas no requieren de desarrollo legislativo posterior para su aplicación por parte de los órganos competentes (jurisdiccionales o administrativos), ni para su invocación por parte de los particulares. En estos casos, la norma constitucional se aplica por encima de la ley ordinaria, *i.e.* goza de aplicación preferente³¹⁹. La supremacía formal es otro medio para reforzar la supremacía material, ya que consiste en procesos rígidos de revisión constitucional: la norma materialmente superior no puede ser modificada de igual forma que las normas materialmente inferiores. Kelsen trata este fenómeno al referirse a la constitución en sentido formal, que es el documento que comprende las normas de creación y competencia (constitución en sentido material), otras que se refieren a cuestiones políticas relevantes, así como aquellas que determinan un procedimiento dificultado para la modificación y derogación de las primeras dos clases de normas. Y agrega que estas últimas están destinadas a estabilizar la constitución material, por ser ésta "el fundamento jurídico-positivo de la totalidad del orden jurídico estatal"³²⁰. Como vemos, se trata de un fenómeno jurídico propio de las constituciones escritas y de los sistemas jurídicos de índole romano-canónicos.

³¹⁶ Tamayo y Salmorín, Rolando. *Introducción al Estudio de la Constitución*, *opus cit.*, p. 223. Los corchetes son míos. Este problema ya se había advertido cuando se hizo referencia a la aparente paradoja de Kelsen sobre la existencia de normas inválidas (*vid supra*; nota 46).

³¹⁷ Cfr. Huerta Ochoa, Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, *opus cit.*, p. 71.

³¹⁸ Cfr. *Idem.*, p. 68.

³¹⁹ Cfr. *Idem.*, 69 y 70.

La función de llevar a cabo dichas reformas le compete al 'poder constituyente permanente', o mejor dicho, 'poder revisor o reformador', superior a los demás poderes constituidos. Existe, en efecto, cierta confusión en torno al poder revisor, pues el hecho de que sea comúnmente denominado "constituyente permanente" denota la idea de que no se trata de un órgano constituido, es decir creado por la propia constitución, como si quienes aprueban o desaprueban las reformas constitucionales encarnaran la voluntad de los hombres y mujeres que conformaron el poder constituyente que sólo existió como tal en un momento histórico. Ello es simplemente falso, ya que, como bien sabemos, son las constituciones positivas las que definen cómo se integra el órgano revisor, cómo debe proceder, y dónde se agotan sus funciones: el poder constituyente "desaparece una vez logrado su cometido [i.e. crear la constitución], y el poder reformador, que sólo existe cuando es convocado a realizar alguna reforma (...) no puede realizar salvo aquello para lo que fue instituido"³²¹. Dicha confusión se debe a lo que el profesor Tamayo y Salmorán denomina "la falacia de la interpretación cualitativa"³²², i.e. a la noción de que la constitución posee una esencia diferente al resto de las normas jurídicas, y que nosotros hemos tratado de advertir al distinguir entre el concepto político y el jurídico de constitución. Las constituciones efectivamente realizan una función diferente al resto de las normas de la cadena que ella instituye, pero la función constitucional es diferente a la que desempeña una ley general respecto a un reglamento sólo en la medida en que constituye el punto de partida de la cadena de validez del orden jurídico, y no por cualidades intrínsecas, que sólo pueden ser valores políticos.

Resumiendo, podemos decir que *la constitución en sentido jurídico significa el conjunto de normas jurídico-positivas que instituyen la forma de organización de una comunidad política por medio de la determinación de los procesos de creación y aplicación normativos y de las reglas de competencia de las funciones estatales. A ello se*

³²⁰ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre, opus cit.*, p. 229.

³²¹ Huerta Ochoa, Carla, *Constitución, Transición y Ruptura*; en: González, María del Refugio y López Ayllón (editores), *Transiciones y diseños institucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 70 y 71. Lo que está entre corchetes es mío.

le llama orden jurídico estatal, por lo que la constitución, como norma normarum, constituye el punto de partida en la creación de dicho orden y el criterio supremo de validez de todos sus componentes. Del concepto jurídico de constitución se desprenden los criterios fundamentales para determinar la pertenencia e identidad de las normas y los enunciados jurídicos. Estas son sus propiedades definitorias. Pero también cuenta con propiedades concomitantes, como la supremacía y la determinación de la validez de las normas inferiores mediante contenidos obligatorios.

A continuación se confronta dicho concepto al derecho primario de la UE, a fin de establecer si la Unión tiene efectivamente una constitución en sentido jurídico. En caso de ser así, analizamos en qué medida la Constitución de la UE es una Constitución Europea, en el sentido de una norma jurídica suprema de la totalidad del material jurídico que rige en los territorios de los Estados miembros y en las propias instituciones comunitarias.

³²² Tamayo y Salmerón, Rolando, *La interpretación constitucional, la falacia de la interpretación cualitativa*; en: Vázquez, Rodolfo (compilador), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1998.

II. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA HOY: ¿UNA REALIDAD MEJORABLE O UN IMPERATIVO A REALIZAR?

Conforme a lo que hemos visto a lo largo de esta tesis, especialmente en el Capítulo Segundo, podemos constatar que la UE efectivamente tiene una constitución jurídica, consistente en el derecho primario comunitario, *i.e.* el TCE, el TCEEA, el TUE, sus actos modificativos, la costumbre de los gobiernos de los Estados miembros y de las propias instituciones comunitarias, así como la jurisprudencia del TJCE y los principios generales del derecho por ella determinados: esa es su constitución material, y así lo hacen notar varios juristas³²³. Esta constitución, representada en el primer círculo del cuadro explicativo No. 4 (*vid supra*: p. 71), cumple con las características definitorias apuntadas en nuestro concepto, pues *el TCE, el TCEEA y el TUE, contienen normas que instituyen: la forma de organización de la UE por medio de los procesos de creación y aplicación normativos y de las reglas de competencia que determinan las funciones de sus órganos primarios.* ¿Pero qué sucede con los elementos concomitantes del concepto jurídico de constitución?

En cuanto a la supremacía constitucional y los medios jurídicos para reforzarla, observamos que el TJCE ejerce una función de garantía jurisdiccional de los tratados constitutivos, siendo el máximo intérprete de sus normas y el guardián de su cumplimiento. Los mecanismos para ejercer dicho control se encuentran bien determinados en el art. 230 del TCE, que otorga al TJCE, *inter alia*, la competencia para controlar la legalidad—que bien podría definirse como la ‘constitucionalidad’—de los actos adoptados por las instituciones comunitarias (derecho derivado), así como para resolver “sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de

³²³ Entre ellos destaca Jean-Victor Louis, quien desde 1992 se refirió a los tratados constitutivos y al TUE como la “constitución comunitaria” (Louis, Jean-Victor. *L'Ordre Juridique Communautaire*, 6ª edición, Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, Luxemburgo, 1993, p. 87). Otro quien ha sido muy persistente al respecto es Ingolf Pernice, haciéndolo notar, por lo menos, desde que empezó a forjarse el debate contemporáneo sobre la Constitución Europea (Cfr. *Die Verfassungsfrage aus rechtswissenschaftlicher Sicht*, WHI-Paper, S 99, Berlin, 1999; en: www.whi-berlin.de/ernice-verfassungsfrage, entre otros). En el mismo sentido: Borchardt, Klaus-Dieter, *El ABC del Derecho Comunitario*, *opus cit.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión”³²⁴. Las decisiones del TJCE en el marco del precepto citado pueden dar lugar a la anulación del acto jurídico en cuestión, si éste es contrario a la Constitución de la UE y si emanó de las instituciones comunitarias, ya que no puede pronunciarse sobre la validez del derecho nacional, sino exclusivamente sobre la preferente aplicación—mal llamada primacia—de la norma comunitaria. En este rubro, cabe hacer referencia a la sentencia del 23 de abril de 1986, conocida como el caso *Les Verts*. En dicho fallo, el TJCE decidió sobre una acción de nulidad promovida por el partido político francés, *Parti Ecologiste 'Les Verts'*, contra dos medidas del Buró del PE, que beneficiaban financieramente las campañas electorales de algunos miembros del PE, afectando a dicha agrupación política francesa en su derecho a igualdad jurídica ante los procesos electorales europeos. La competencia de la Corte en ese caso estaba basada en el antiguo art. 173, párrafo primero del TCEE (actualmente el art. 230, primer párrafo del TCE), según el cual el TJCE “controlará la legalidad (...) de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros”³²⁵. El PE no cuestionaba, por tanto, la competencia del TJCE para revisar la legalidad de sus actos en cuestiones relativas al financiamiento y organización de las elecciones directas al PE. Sin embargo, alegaba ante el máximo intérprete del derecho comunitario que si se permitía una interpretación tan amplia del art. 173, párrafo primero, bajo la cual procedía la acción de nulidad por terceros afectados en este caso, entonces el PE debería obtener a cambio la capacidad de formular tales acciones contra actos adoptados por el Consejo y la Comisión, exigencia que se vio satisfecha hasta la reforma introducida recientemente por el TN. En su momento, el TJCE respondió: “Al respecto debe enfatizarse que la Comunidad Económica Europea es una comunidad basada en el Estado de derecho, por lo que ni sus Estados miembros, ni sus instituciones pueden evadir la revisión acerca de si las medidas adoptadas por ellos están en conformidad con la Carta constitucional fundamental (...) el Tratado establece un sistema completo de recursos y procesos legales, diseñado

³²⁴ TN, *opus cit.*

³²⁵ TCE, *opus cit.*

para permitirle a la Corte de Justicia la revisión de la legalidad de las medidas adoptadas por las instituciones³²⁶.

Por lo que se refiere a los demás mecanismos para reforzar la supremacía, debemos revisar dos aspectos por separado: la aplicación preferente de las normas de efecto directo de los tratados (supralegalidad) y el mecanismo dificultado para reformar las normas constitucionales de la UE (supremacía formal). La aplicación preferente del derecho primario sobre el internacional convencional, el derivado y el complementario no puede ser seriamente cuestionada: ninguna norma de un reglamento, *e.gr.*, es aplicada preferentemente a una situación concreta si existe una norma del TCE, del TCEEA o del TUE que regule directamente dicho caso. En cuanto a la supremacía formal, el art.º48 del TUE no deja ninguna duda al respecto.

Ello nos lleva a otro elemento de la constitución en sentido jurídico: la forma. El hecho de que la Constitución de la UE esté comprendida en diversos documentos permite cuestionar la existencia de una constitución en sentido formal, toda vez que por ella también se entiende el documento escrito y unificado, *i.e.* el instrumento constitucional solemne. Empero, desde la perspectiva jurídica, la supremacía formal es el elemento necesario de la constitución en sentido formal, pues la ausencia de *un* solo texto constitucional afecta el carácter solemne que requiere una constitución desde la perspectiva política. Jurídicamente, no hay razones fuertes para cuestionar que el procedimiento dificultado de reforma sea el elemento que define la forma constitucional, pues todos los demás (*un* solo texto, declaraciones políticas, etcétera) son importantes con relación al impacto político que una constitución debe causar (sentimientos de pertenencia nacional, identificación del ciudadano con las instituciones del Estado, entre otros), y no para la protección jurídica de las normas constitucionales.

³²⁶ TJCE, *Judgment of the Court of 23 April 1986, Parti écologiste "Les Verts" vs. European Parliament*; en: <http://curia.eu.int>. La traducción es mía. La "Carta constitucional fundamental" aquí mencionada se refiere al TCEE.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Finalmente, tenemos la determinación de validez de normas inferiores mediante contenidos obligatorios. Dicho elemento también se encuentra presente en la actual Constitución de la UE; los ejemplos sobran. Simplemente piénsese en el principio de la libertad comercial entre los Estados miembros y todas las máximas que de ahí se derivan. Asimismo, a pesar de no contar con un catálogo de derechos fundamentales, los principios recogidos por la jurisprudencia del TJCE son, sin duda, contenidos constitucionales obligatorios para las demás normas del orden jurídico comunitario. En este sentido, sobresale el art. 6 del TUE que define los principios en los que se basa la Unión (democracia, respeto a los derechos humanos, etcétera); cualquier norma que vaya en contra de éstos estaría viciada de nulidad.

De esta manera, concluimos que *conforme a nuestra definición de constitución en sentido jurídico, la UE encuentra en el derecho primario todos sus elementos, tanto definitivos como concomitantes.*

Como vemos, la existencia de la constitución jurídica de la UE no es puesta en duda, de hecho, al intitular el Capítulo Segundo como "El Orden Jurídico Comunitario Europeo" y al hablar del derecho comunitario originario como la "Constitución Material de la UE", se dio cuenta de ello. Sin embargo, por "Constitución de la UE" entendemos la constitución jurídica—y exclusivamente jurídica, pues políticamente no se puede hablar de tal (*vid supra*: Capítulo Tercero, II. C)—de las instituciones de Roma y de Maastricht, que debido al alto grado de integración económica, política y jurídica, forma parte, junto con las constituciones de los Estados miembros, de algo todavía inconcluso y con serios problemas de unidad y consistencia, pero que ciertamente se está gestando: la Constitución Europea y su respectivo orden jurídico-estatal. *La constitución jurídica de Europa, i.e. la norma fundante de un conjunto de normas y enunciados jurídicos aplicables en los territorios y a las personas de los países miembros, sólo existe in fieri, como bien dice el profesor Häberle¹²⁷. Dado que lo mismo sucede con la constitución política de Europa, podemos decir que la Constitución Europea, en el sentido amplio del término, es un proyecto que*

registra enormes avances, pero que no se ha concretado; que se trata, pues, de un imperativo à realizar. Pero antes de explicar por qué consideramos que su creación es un imperativo desde el punto de vista jurídico, debemos prestar atención a las tesis que sostienen que ésta ya existe, y que hoy en día podemos hablar propiamente de un solo orden jurídico unificado europeo. Para sus defensores, la Constitución Europea debe ser mejorada, no creada, por lo que hemos denominado esta tendencia la "tesis de realidad mejorable": veamos, pues, en qué consiste.

Algunos juristas se quejan del debate contemporáneo sobre la necesidad de crear una constitución para Europa, pues consideran "que la discusión sobre la Constitución europea o incluso sobre un Estado europeo es académica e irrelevante. Un Estado europeo—incluso un Estado federal—en la forma clásica, no puede ser la meta. Lo genial de la propuesta desarrollada hace 50 años por Jean Monnet y Robert Schuman es precisamente la superación del Estado-nación en su sentido clásico, que no pudo superar la prueba como garante de la seguridad interna y externa. Tampoco se puede tratar acerca de si Europa necesita una constitución. Los tratados de las comunidades son, como lo ha reiterado la Corte Europea, la constitución de las comunidades y, respectivamente, de la Unión"³²⁸.

Una de las decisiones a las que hace referencia el profesor Pernice es la del caso *Les Verts*, que acabamos de comentar (*vid supra*: p. 190); la otra, de diciembre de 1991, es relativa a un dictamen de compatibilidad de un tratado internacional con el TCE (art. 300, 6; antiguo art. 228, 1, segundo párrafo). Dicho dictamen versa sobre un proyecto de acuerdo entre la CEE y los Estados miembros de la AELC relativo al establecimiento del EEE³²⁹, y específicamente sobre el sistema jurisdiccional que dicho proyecto trataba de instaurar. A fin de determinar la incompatibilidad de dicho sistema con el TCEE, la Corte estableció las diferencias sustanciales entre la CEE y el entonces planeado EEE, mencionando que "el Espacio Económico Europeo será establecido sobre la base de un

³²⁷ Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, traducción de Emilio Mikunda, Editorial Tecnos, España, 2000, p. 109.

³²⁸ Pernice, Ingolf, *Die Verfassungsfrage aus rechtswissenschaftlicher Sicht*, *opus cit.*, p. 1.

³²⁹ El Acuerdo relativo al Espacio Económico Europeo (EEE) fue firmado en mayo de 1992.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tratado internacional, que sólo crea derechos y obligaciones entre las partes contratantes y no prevé ninguna transferencia de derechos soberanos a las instituciones intergubernamentales que instaura. En contraste, el TCEE, a pesar de haberse concluido en la forma de un acuerdo internacional, constituye la *carta constitucional de una Comunidad basada en el Estado de derecho*. Los tratados de las Comunidades establecieron un nuevo orden jurídico para cuyo beneficio los Estados limitaron sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros sino también sus nacionales. Las características esenciales del orden jurídico de la Comunidad (...) son, particularmente, su primacía sobre el derecho de los Estados miembros y el efecto directo de toda una serie de provisiones³³⁰. Pero precisamente la primacía del derecho comunitario sobre los órdenes jurídicos de los Estados miembros, como característica esencial del orden creado por la "carta constitucional comunitaria", presenta serios problemas, veamos por qué.

Al analizar las características del derecho comunitario (*vid supra*: Capítulo Segundo, II), observamos que la primacía de las normas comunitarias, la aplicación y el efecto directo de las mismas son, ciertamente, las notas distintivas de ese orden jurídico; es más, nombramos dicha sección "el carácter supranacional del derecho comunitario". También hablamos en ella del poder legislativo paralelo que funciona al lado de los poderes constituidos de los Estados miembros, y resaltamos el principio de la primacía de las normas comunitarias como el aspecto principal que permite hablar propiamente del "carácter supranacional" de este interesante derecho. Empero, como bien se observa, la *supranacionalidad es sólo una característica del derecho comunitario, y una característica bastante contingente*, pues dicho principio no siempre es observado por los más altos tribunales de los Estados miembros (*vid supra*: pp. 87 y ss.). Así, llegamos a sostener que existen, al lado del punto de vista del derecho comunitario—defendido principalmente por el TJCE—, los puntos de vista de los derechos nacionales, y, lo que resulta más importante, ambos son igualmente válidos, ya que como dijo el propio TJCE en su ya clásica sentencia sobre el caso *Costa vs. E.N.E.L.*: "En contraste con tratados

³³⁰ TJCE. *Opinion of the Court of 14 December 1991, Draft agreement between the Community, on the one hand, and the countries of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area*; en: <http://eur-lex.eu.int>. La traducción es mía.

internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha creado su propio sistema jurídico, que, al entrar en vigor, se convirtió en parte integrante de los sistemas jurídicos de los Estados miembros y cuyas cortes están obligadas a aplicar³³¹. Sólo sucede que estas cortes no siempre están dispuestas a dejar de aplicar su derecho interno, sobre todo tratándose del constitucional, frente al comunitario, lo cual tiene una razón muy sencilla: son cortes constitucionales nacionales, su función primordial es garantizar jurisdiccionalmente la supremacía de su constitución y, de dicha manera, preservar la integridad del ordenamiento legal creado a partir de su norma básica³³².

En el momento en que el TJCE y la mayoría de los tratadistas que defienden la existencia de la Constitución Europea, admiten que hay un orden jurídico comunitario integrado pero independiente de los nacionales, dan cuenta de los puntos de vista comunitario y nacionales como dos criterios de validez diferentes pero relativos a una misma colección de normas y enunciados jurídicos aplicables, evidenciando un dilema para los órganos encargados de dicha aplicación, que básicamente se traduce en la ausencia de una última regla de individuación o unificación. La replica más usual a lo dicho es que el principio de primacía no es un criterio jerárquico, y que por tanto no es correcto hablar de dos criterios de validez, pues el derecho comunitario no anula al derecho nacional, sino simplemente es de aplicación preferente (*vid supra*: p. 82). Sin embargo, la tesis de la aplicación preferente es muy dudosa, principalmente por cuatro razones, veámoslas.

En primer lugar, si se parte de la existencia de un orden jurídico comunitario y de quince ó 25 nacionales en constante interacción—ciertamente, para el debate constitucional debemos contemplar ya a la UE después de la ampliación—, entonces se debe considerar que el propio principio de primacía se justifica como "condición existencial del derecho comunitario", pues, toda vez que el derecho comunitario comparte el mismo ámbito de aplicación territorial y personal que los derechos nacionales,

³³¹ TJCE, *Judgment of the Court of July 1964, Flaminio Costa vs. E.N.E.L.*; en: <http://curia.eu.int>.

³³² En términos generales se observan dos grandes límites al principio de la primacía del derecho comunitario: la integridad del ejercicio de la soberanía nacional (corriente francesa) y los principios iusfundamentales de los ordenamientos jurídicos nacionales (corriente alemana); *vid supra*: pp. 87 y ss.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

solamente a través de una regla de este tipo se garantiza su aplicación efectiva, *i.e.* su eficacia y con ello su existencia (*vid supra*: p. 81). Hablar de condición existencial—como lo hace el TJCE y parte de la dogmática comunitaria—es, pues, materialmente equivalente a decir que la cláusula de primacía es condición de eficacia del derecho comunitario. Ahora bien, la eficacia de las normas jurídicas y de los órdenes jurídicos en general es condición necesaria, si bien no suficiente, de la validez de los mismos³³³, por lo que la eficacia del principio de primacía es condición necesaria de la validez de las normas y del orden jurídico comunitario en su totalidad. Y si esta condición se satisficiera en un grado lo suficientemente alto, entonces, lógicamente, las normas y los ordenamientos jurídicos nacionales serían privados de eficacia, y con ello de su condición necesaria de validez: una norma interna en particular caería en desuso, y el “desuetudo es una costumbre negativa, cuya función principal radica en suprimir la validez de una norma existente”³³⁴; y al repetirse esta circunstancia sistemáticamente, los ordenamientos jurídicos en su totalidad correrían el riesgo de perder su validez. Si bien se requiere que los órdenes dejen de ser eficaces en general, el riesgo es latente y real. Por ello mismo, las cortes constitucionales nacionales, en su función de guardianes de su constitución, *i.e.* de su orden jurídico, oponen sería resistencia al principio de primacía. Incluso si se rechaza la teoría pura del derecho en este sentido, su antítesis más sería al respecto, *i.e.* la teoría realista, es todavía más contundente al equiparar la eficacia con la validez, dificultando aún más la justificación de la tesis de la aplicación preferente³³⁵.

En segundo lugar, si, como sostiene Ingolf Pernice y Blanca Vilà, entre otros, la regla de primacía confirma la existencia de un solo orden jurídico, el europeo (*vid supra*: p. 82), entonces hay que cuestionarse algunos aspectos. Por ejemplo, nadie duda seriamente sobre el antagonismo entre las cortes constitucionales nacionales y el TJCE: incluso reconocidos juristas partidarios de la teoría monista, como los profesores Weiler y Trachtman, hablan de la “guerra fría” entre el TJCE y los más altos tribunales nacionales,

³³³ Cfr. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, opus cit., pp. 215-221.

³³⁴ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, opus cit., p. 220. La traducción es mía.

³³⁵ Si bien no compartimos la teoría realista en lo particular, la noción que niega toda relación entre eficacia y validez (“teoría idealista” según Kelsen) sólo conduce a absurdos que ignoran por completo la realidad del derecho.

para estos autores, especialmente el alemán³³⁶. Ante este hecho, sólo queda una alternativa si se insiste en la existencia de un solo orden jurídico, y ésta consiste en que los tribunales nacionales están actuando en contra de la integridad de dicho orden. Pernice, al tratar de demostrar la unidad entre los derechos nacionales y el comunitario, respalda su argumentación al citar algunos ejemplos de las críticas jurídicas más agudas a la sentencia sobre el caso *Maastricht* de la Corte alemana, como si se hubiese tratado de algo indebido³³⁷. Y probablemente lo fue desde un punto de vista político, pero el profesor berlinés omite mencionar que los jueces que emitieron dicho fallo sólo hicieron aquello para lo cual fueron investidos de la máxima autoridad jurisdiccional en su país, *i.e.* proteger la integridad de su orden constitucional. Además, y en ello radica el verdadero problema, nos guste o no, esa sentencia es tan derecho válido como las relativas a los casos *Costa vs. E.N.E.L.*, *Bundeskartellamt* o *Simmenthal* del TJCE; ¿o acaso la jurisprudencia del TJCE—que es derecho comunitario positivo—anula a la de la Corte alemana, que también lo es—, es decir, no habíamos quedado en que no hay conflictos genuinos entre los derechos nacionales y el comunitario precisamente porque la regla de primacía no es jerárquica, y que en ello consiste su unidad? Conscientes del conflicto, los profesores Weiler y Trachtman indican que “el discurso constitucional en Europa debe concebirse como una conversación entre diversos actores (...) más que en una estructura jerárquica con el TJCE en la cima”³³⁸.

En tercer lugar, cabe destacar que una norma con un determinado fundamento de validez no puede invalidar a otra con un fundamento de validez distinto³³⁹, por ello es que precisamente el TJCE ha sido tan cuidadoso al establecer que la primacía no predica jerarquía (*Costa vs. E.N.E.L.*, *Bundeskartellamt* o *Simmenthal*), y ello se confirma con el

³³⁶ Weiler, J.H.H./Trachtman, Joel P., *European Constitutionalism and Its Discontents*, Northwestern Journal of International Law and Business, Winter/Spring, 1996/1997, Volume 17, Number 2/3, Chicago, 1997, p. 389.

³³⁷ Cfr. Pernice, Ingolf, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, Common Market Law Review, N° 36, 1996, Kluwer Law International, Países Bajos, 1999, p. 718.

³³⁸ J.H.H. Weiler/Trachtman, Joel P., *European Constitutionalism and Its Discontents*, *opus cit.*, p. 391.

³³⁹ Los argumentos anteriormente expuestos sobre el riesgo que correría la validez de los ordenamientos nacionales si la regla de primacía del comunitario fuese enteramente eficaz, apuntan hacia un reemplazo de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

enunciado de la sentencia *Costa vs. E.N.E.L.*, que habla de un propio sistema jurídico integrado a otros³⁴⁰. Si realmente fuese un único orden jurídico, y no varios integrados—que más que integrados están interrelacionados—entonces por qué no establecer con toda claridad un orden jerárquico, si de por sí se considera que una parte de esa supuesta unidad merece mayor atención que las demás. Este argumento quizá no sea fuerte, pero es de sentido común, y, si se me permite, también obedece a un criterio jurídico generalizado: los órdenes jurídicos se estructuran en sistemas de autoridad, por lo que predicar que dos sistemas tienen la misma autoridad pero que uno de ellos siempre debe ser obedecido en preferencia al otro, es incompatible con la misma noción de autoridad.

Por último, se debe cuestionar el propio fundamento de la regla de primacía. Queda claro que se trata de una norma jurisprudencial. La jurisprudencia del TJCE forma parte del derecho primario comunitario, por lo que es parte de la Constitución de la UE, pues lo es en la medida en que interpreta, *i.e.* que determina con autoridad jurídica, el significado de los tratados de la UE: es, a fin de cuentas, el metalenguaje del lenguaje de los tratados³⁴¹, por lo que integra su contenido significativo. La regla de primacía es una norma constitucional comunitaria, y al haberse creado la Constitución de la UE en forma de tratados internacionales, todas y cada una de estas normas derivan su validez de la norma de derecho internacional general *pacta sunt servanda*, y ésta a su vez de la norma que obliga a respetar la costumbre entre los Estados, o bien, la costumbre internacional. De tal modo, que de aceptarse este criterio monista, el orden jurídico europeo no sería tal, sino que sería parte del derecho internacional, y evidentemente no es ésta la conclusión a la que pretenden llegar las tesis de la realidad mejorable, pues parten del supuesto de que el orden

órdenes jurídicos, es decir, si ese fuera el caso, el orden comunitario sustituiría paulatinamente a los nacionales.

³⁴⁰ Cfr. TJCE, *Judgment of the Court of July 1964, Flaminio Costa vs. E.N.E.L.*, *opus cit.*

³⁴¹ "La interpretación de un lenguaje consiste en la incorporación de su significado. Este lenguaje recibe el nombre de 'lenguaje interpretado' o 'lenguaje objeto'. El significado asignado a los términos de un lenguaje, *ab initio*, es siempre incorporado mediante otro lenguaje, este último se denomina 'lenguaje significativo' o, más comúnmente, 'metalenguaje'. Si la interpretación consiste en dotar de significado ciertas cosas, signos o acontecimientos, entonces la interpretación jurídica—siguiendo este orden de ideas—puede corresponder a cualquiera de estos dos casos: a) Asignación de un significado jurídico a ciertos hechos (...) b) Asignación de un significado jurídico (técnico) a objetos conocidos ya como jurídicos, *i.e.*, los "materiales" pertenecientes a un orden jurídico positivo" (Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Interpretación Constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa*, *opus cit.*, pp. 94 y 96).

europeo es uno y diferente al internacional³⁴². Pernice replica a ello que "aún si se aceptara la teoría kelseniana de la *Grundnorm*, persistiría el interrogante de por qué no se podría crear una *Grundnorm* por medio de un tratado internacional"³⁴³. A ello habría que responder que, en efecto, nada se opone a la creación de un orden jurídico *parcial* dentro del internacional e inferior a éste, mediante un tratado internacional, pero que, la norma fundamental de ese orden parcial no sería el tratado sino *pacta sunt servanda*—así como en el caso de un orden nacional no lo sería la constitución sino el principio de efectividad—, y la norma fundamental del orden total sería la que obliga a respetar la costumbre internacional: si se acepta la teoría de Kelsen, como cualquier otra, no se le puede desprender de su contexto. Ahora bien, si lo que se pretende es partir de la tesis del primado del derecho nacional—lo que debió haberse aclarado—, entonces la respuesta es la que sigue: una primera constitución histórica puede darse en la forma de un tratado internacional, en donde diferentes Estados deciden crear un nuevo orden jurídico estatal. Éste sería el caso de la constitución de un Estado federal. Ahora bien, Pernice nunca equipara a la UE con un Estado federal, sino que habla de una nueva forma organización: la supranacional. El problema es que tal organización no existe todavía, es un imperativo a realizar. En este punto hay que ser muy precisos, pues compartimos plenamente las ideas desarrolladas por Pernice sobre la viabilidad de la nueva forma de organización social supranacional, que de hecho vale la pena reproducir³⁴⁴.

Más allá de las justificaciones políticas, en las que Pernice no ahonda demasiado—y que básicamente se apoyan en las ideas de Häbermas—, nuestro autor parte de los conceptos de 'constitución' y de 'orden estatal' de Rudolf Smend, Herman Heller, Konrad Hesse y Peter Häberle para demostrar que si bien la idea de constitución siempre ha estado ligada al Estado por razones históricas, el vínculo no es necesario. Así, destaca que la constitución tiene una función de integración como fundamento consensual de la

³⁴² Esta crítica ya ha sido realizado por Hartley, T., *The Constitutional Foundations of the European Union* (2001); citado por: Pernice, Ingolf, *Multilevel Constitutionalism in the European Union, opus cit.*

³⁴³ Pernice, Ingolf, *Multilevel Constitutionalism in the European Union, opus cit.*

³⁴⁴ Para ello nos basamos en tres ensayos de Ingolf Pernice: *Die Verfassungsfrage aus rechtswissenschaftlicher Sicht, opus cit* (1999); *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam;*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

formación de la unidad política (Smend), que se trata del orden jurídico fundamental de la colectividad (Hesse), que el Estado por ella creado es un instrumento de autoorganización de la sociedad (Heller), y que sólo hay tanto Estado como el instituido por la constitución (Häberle). De ahí se sigue que el Estado no es preexistente, es decir, no antecede a la constitución, por lo que la constitución no está conceptualmente ligada al Estado. Como se observa, este razonamiento es muy parecido al que usamos para refutar la teoría de la unidad política nacional preexistente de Carl Schmitt, para lo cual nos apoyamos en Hesse y Habermas (*vid supra*: 173 y ss.). El propósito de refutar el pensamiento de Schmitt al respecto fue demostrar las debilidades y falacias de la tesis del *non-demos*. Los argumentos de Pernice tienen exactamente el mismo propósito, y lo logran con mucha claridad. Sin embargo, para nosotros ello demuestra que la creación de una organización supranacional es posible, pero que ésta aún no se ha dado, mientras que para Pernice sirve de fundamento para mostrar que ya es una realidad. Y ese es, en realidad, el único punto en el que diferimos de línea argumentativa del director del Instituto Walter Hallstein, quien ha realizado muy importantes aportaciones al debate jurídico constitucional europeo. Pero veamos más detalladamente en qué se basa Pernice³⁴⁵.

Demostrado lo anterior, Pernice propone un nuevo concepto para referirse al fenómeno constitucional europeo, que denomina en alemán '*Verfassungsverbund*', es decir 'agregado constitucional', y en inglés *multilevel constitutionalism*, lo que bien podemos traducir como 'constitucionalismo de varios niveles' o simplemente 'constitucionalismo escalonado'. La idea es clara: en la UE rige un sistema constitucional integrado por los diferentes niveles nacionales, en donde cabría subdividir en niveles regionales, y el nivel comunitario, que conjuntamente integran la Constitución Europea. La noción de federación en dicho concepto es evidente, pero el autor distingue claramente: "La Unión Europea comprende a la Comunidad y a los Estados miembros (...) No es un Estado federal, pero puede considerarse y desarrollarse como un sistema federal (...)"³⁴⁶. El concepto se refiere

European Constitution-Making Revisited?, *opus cit* (1999); y, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, *opus cit* (2002).

³⁴⁵ Aquí nos referimos a los tres mismos ensayos.

³⁴⁶ Pernice, Inglof, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, *opus cit*, p. 709.

a una nueva forma de organización política supranacional, y aunque está basada en una estructura federal, no es un Estado federal. El problema para Pernice no es tanto la idea de una federación, sino del Estado mismo, pues la UE es algo nuevo, que supera precisamente la idea del Estado. Y aquí tenemos nuestra primera objeción, pues consideramos que la UE, y sobre todo su desarrollo hacia una Constitución Europea, están revolucionando la idea del Estado pero no la han superado. Lo que *se está superando*, y subrayo el presente continuo, es la concepción tradicional que liga necesariamente a Estado y nación, *i.e.* el Estado-Nación como única forma posible de organización estatal³⁴⁷. El problema está en el miedo a concebir a la UE como un Estado, que si bien no lo es, hacia eso se dirige: el día que efectivamente se fusionen los órdenes estatales de los países miembros y el orden comunitario en un solo sistema jurídico, *i.e.* el día que entre en vigor la Constitución Europea, se habrá creado un Estado supranacional. Parece que Pernice, y otros constitucionalistas europeos—por no mencionar a los políticos—, olvidan precisamente lo que, según ellos mismos, les permite hablar de una nueva forma de organización política, *i.e.* que Estado y nación no son una unidad conceptual. Estas reticencias, que se pueden justificar en políticos debido a las reacciones que provoca el mero pronunciamiento de la palabra 'Estado' ligada a la UE, no se entienden teóricamente, ¿o acaso no es el Estado "un instrumento de autoorganización de la sociedad"³⁴⁸? Si se piensa que en la UE ya existe una nueva forma de organización social, se le tendría que describir como un Estado supranacional. Y si, aunado a ello, se considera que su sistema es básicamente federal, entonces sería, sin duda, un Estado federal.

Ahora bien, el concepto de constitucionalismo escalonado encierra una paradoja. Pernice menciona que las constituciones nacionales y la Constitución de la UE forman

³⁴⁷ En cierto sentido se puede decir que teóricamente tal concepción ya ha sido superada, como lo demuestran las tesis de Kymlicka y Strachle, de Habermas, de Häberle y del propio Pernice, pero en la realidad política esto todavía no ha sucedido, aunque encuentra en el proceso de transformación por el que atraviesa la UE su primera oportunidad histórica.

³⁴⁸ Herman Heller citado por Pernice en: *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, opus cit. p. 708.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

conjuntamente un sistema, una «constitución doble»³⁴⁹. Pero ello es ilógico, ya que la función jurídica de toda constitución es individualizar—o unificar—al material jurídico que de ella deriva, por ser precisamente el punto de partida en su creación. Ello implica que *sólo puede haber una constitución por cada orden jurídico, pues el último criterio en dicha individualización es una norma fundamental o una regla de reconocimiento referida, necesariamente, a una constitución*. El agregado constitucional parte de la idea de que existen varias constituciones, y, por tanto, varios criterios unificadores de un solo orden, lo cual es en sí mismo contradictorio. Pero veamos cada uno de los elementos de dicho concepto, que son³⁵⁰: el fundamento constitucional de los tratados y la ciudadanía europea, como su elemento legitimador: la participación de las instituciones de la UE y las nacionales en único proceso de creación y aplicación normativa, o bien, constitucional; y, quizá el más sólido, las cláusulas de integración de las constituciones nacionales como muestra de un único orden jurídico europeo.

La naturaleza jurídica de los tratados de la UE es incuestionablemente internacional. Sin negarlo, Pernice resalta tres aspectos para hablar de su naturaleza constitucional: la cesión soberana de los Estados miembros a favor de las comunidades y la UE, la aplicación y el efecto directos, y el principio de primacía del derecho comunitario, al cual ya nos referimos ampliamente.

Sobre la cesión soberana, que se expresa mediante la creación de un poder legislativo europeo paralelo a los nacionales no hay ya mucho que decir; esto efectivamente es así, representando una característica muy especial del derecho comunitario, un elemento ciertamente supranacional. Pernice agrega que ese poder no es derivado sino originario, es decir, no deriva su legitimidad de los demás poderes, *i.e.* de los nacionales, sino inmediatamente del pueblo europeo. Dicho de otra forma, la soberanía de la Unión reside

³⁴⁹ Pernice, Ingolf, *Die Verfassungsfrage aus rechtswissenschaftlicher Sicht*, opus cit., p. 5. El término "constitución doble" es tomado del alemán "*Doppelverfassung*", aunque cabe aclarar que Pernice se refiere con él al mismo fenómeno denominado "constitucionalismo escalonado".

³⁵⁰ Dichos elementos han sido reformulados por Pernice en los tres ensayos mencionados. No obstante, consideramos que en *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, es donde se presentan con mayor claridad, por lo que nos basamos en dicho artículo.

en el pueblo europeo. No pretendemos negar la existencia del pueblo europeo, pues rechazamos vehementemente la tesis del *non-demos*, aunque preferimos hablar de una sociedad civil europea en el sentido habermasiano de la autocomprensión normativa. Más allá de que creemos que dicha sociedad civil se está gestando y que una verdadera Constitución Europea serviría para forjar esa nueva identidad (*vid supra*: Capítulo Tercero, III, B), desde la perspectiva jurídica debemos prestar atención a la manera en que se celebraron los tratados referidos y al texto de los mismos, sobre todo de sus preámbulos. Pernice dice que al haber sido celebrados por los gobiernos de los Estados miembros, los tratados "son, últimamente, la expresión de un consenso entre los pueblos de los Estados miembros, legitimado democráticamente"³⁵¹. La inconsistencia resalta, ya que la palabra "últimamente" refleja cierta oposición a la idea de inmediatez que implica el concepto "originario": las conferencias de representantes gubernamentales distan mucho de las asambleas constituyentes. Por otro lado, no vemos cómo el consenso entre varios pueblos se convierte en la voluntad de un solo pueblo. Los preámbulos del TCE y del TUE hablan siempre de "los pueblos de Europa", y si bien éste último expresa el anhelo de "crear una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa"³⁵², ello significa, precisamente, que se trata de un proyecto a realizar. Además, el hecho de que el déficit democrático de la UE sea la queja más persistente por parte de los individuos de los países miembros demuestra que la legitimidad de los poderes europeos es, al menos, fuertemente cuestionada. La queja consiste, como hemos visto, en que el único órgano que representa a la ciudadanía europea, o al pueblo, no tiene la suficiente fuerza normativa en la UE. A ello habría que agregarle que su papel en la conclusión de tratados constitutivos y de reformas a los mismos, *i.e.* su función en el poder revisor de la Constitución de la UE, es meramente consultiva. Qué tan poco convincente es la tesis de poderes europeos legitimados de origen, lo demuestra la propuesta del propio Pernice para la posible adopción de una Constitución Europea³⁵³: primero propuso la integración de una convención, como la que produjo la CDFUE, para realizar un proyecto, ya que de dicha manera se garantizaría la

³⁵¹ Pernice, Ingolf, *Die Verfassungsfrage aus rechtswissenschaftlicher Sicht*, *opus cit.*, p. 4. La traducción es mía.

³⁵² TUE, *opus cit.*

³⁵³ Nos basamos aquí en: Pernice, Ingolf, *Zur Verfassungsdiskussion in der Europäischen Union*, *opus cit.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

participación de los parlamentos nacionales—los representantes de los pueblos de Europa—y de la propia sociedad civil: la creación de la Convención Europea responde ciertamente a esta propuesta, que también ha sido formulada por otros juristas y políticos (*vid supra*: p. 121): ya para su adopción sugiere que se sigan dos pasos: a) la aprobación conforme al proceso prescrito en el art. 48 del TUE, que representa a las instituciones de la UE y a los Estados miembros, y estos últimos a sus pueblos, pues, conforme a dicho precepto, se sigue el proceso constitucional de cada país; y b) la realización de un referéndum a nivel europeo, que reflejaría la voluntad del, ahora sí, pueblo europeo. Ante la pregunta de la Comisión de Asuntos de la UE del *Bundestag* sobre qué procedimiento consideraba el profesor Pernice adecuado para la adopción de la Constitución Europea, éste respondió: “un referéndum a nivel europeo, como condición para la entrada en vigor [de la Constitución Europea], tendría un gran efecto educativo para políticos y ciudadanos, y podría fomentar de antemano una intensa ocupación y participación de los ciudadanos en su proceso de elaboración. *La pregunta sobre la legitimidad* de tal obra constitucional como Constitución de la Unión, ya no se haría en ese caso”³⁵⁴.

La aplicación inmediata y el efecto directos, por su parte, se traducen en una herencia jurídica común de los ciudadanos de la UE. De esta manera, Pernice se pregunta: “¿Puede ser la herencia legal de los individuos dual?”³⁵⁵. Hemos dicho que estos elementos, aunados a la primacía, hacen del orden jurídico comunitario un derecho especial, diferente del internacional. Sin embargo, también hemos visto que al momento de aplicar las normas comunitarias con dichas características a una situación concreta, la primacía no siempre es respetada, y que, finalmente, los individuos de la UE viven bajo cierta incertidumbre jurídica porque no saben, bien a bien, qué norma será finalmente utilizada, *i.e.* qué punto de vista prevalecerá. Básicamente podemos resumir este problema a la siguiente pregunta: ¿cuál es la norma suprema de ese supuesto orden unificado? Lo son, según la tesis de la realidad mejorable, tanto las constituciones nacionales como los tratados de la Unión, pero

³⁵⁴ Pernice, Ingolf, *Zur Verfassungsdiskussion in der Europäischen Union*, *opus cit.*, p. 11. Los corchetes, lo subrayado y la traducción son míos.

³⁵⁵ Pernice, Ingolf, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, *opus cit.*, p. 712.

ambos regulan situaciones idénticas, y, más allá, no existe un tribunal de última instancia competente, desde los dos puntos de vista, para dar el *ultimum responsus iuris*. Es cierto que una norma jurídica válida puede aplicarse o no, sin que ello represente un conflicto, pero eso se da bajo la premisa de que exista un tribunal que tenga la última palabra, *i.e.* que decida en última instancia si $N \vee \neg N$, lo cual no constituye problema lógico. Pero cuando no hay tal tribunal sino dos del mismo tipo—más bien dieciséis y a partir de mayo de 2004 veintiséis, pero eso poco importa, ya que lo relevante es que para una situación concreta hay dos respuestas posibles—, entonces se puede dar, y de hecho se da, lo siguiente: el TJCE decide que se aplica N y el tribunal constitucional nacional que no se aplica N ; contando cada uno con autoridad jurisdiccional propia, tenemos que $N \wedge \neg N$, lo cual sí significa un conflicto normativo muy serio y una contradicción lógica. En resumen, los ciudadanos de la UE tienen dos herencias jurídicas, por ello su situación sí es dual y, aunque el derecho comunitario ha representado innumerables beneficios para ellos, la incertidumbre persiste. Pernice, en otro lado, no duda de la existencia de “dos fuentes jurídicas formales y autónomas”³⁵⁶, pero menciona que a pesar de ello, existe una “unidad material que se expresa a través del hecho de que para cada caso (...) siempre se produce sólo una solución jurídica”³⁵⁷. Independientemente de que se piense que tal “unidad material” sólo la puede proporcionar una constitución jurídica propiamente dicha—aunque se encuentre dispersa en varios textos, pues éste no es el problema—ello resulta insostenible después de los casos “disidentes” de las cortes nacionales que hemos visto a lo largo de la tesis. Si, a pesar de todo, se pretende contrarrestar que esos casos son excepciones lamentables, entonces cabría destacar que al tratarse de tribunales supremos basados en “dos fuentes jurídicas formales y autónomas”, los descalificativos deben quedar reservados al campo valorativo-político, y la excepcionalidad—que realmente no es tal—en nada afecta la veracidad del argumento, pues lo que importa es *el hecho* de que existen dos *ultima responsa iuris* para cada caso, basadas en fuentes jurídicas independientes. Hay, ciertamente, coincidencias entre el TJCE y las cortes nacionales, pero se sigue tratando de una contingencia. Incluso si se llegara a sostener que un tribunal nacional *reconoce* el principio de primacía como máxima regla en la determinación del derecho aplicable,

³⁵⁶ Pernice, Ingolf, *Die Verfassungsfrage aus Rechtswissenschaftlicher Sicht*, opus cit., p 5.

principio de primacía como máxima regla en la determinación del derecho aplicable, compartiendo así la misma regla de reconocimiento que el TJCE, bastaría con leer bien los considerandos en sus sentencias para percatarse que si se acepta el principio de primacía es porque la propia constitución nacional así lo establece.

Por su parte, el argumento de la participación de las autoridades nacionales en un único proceso normativo, se desvanece ante el simple hecho, ampliamente comentado, de la falta de unidad judicial. Aún suponiendo que las autoridades administrativas nacionales siempre aplicaran derecho comunitario cuando así lo indiquen los tratados—lo que simplemente es falso como lo demuestran los numerosos casos comentados del TJCE y de las cortes nacionales—, no cabe duda que los órganos jurisdiccionales son los decisivos en esta línea argumentativa, pues finalmente son ellos quienes principalmente aplican derecho. Precisamente la falta de un auténtico sistema judicial en la UE—incluyendo a los países miembros—es una muestra contundente de la ausencia de un orden jurídico: hoy día existe una corte suprema del orden jurídico comunitario (el TJCE) y una en cada orden jurídico nacional. En este sentido, Hans Kelsen subraya con rigurosa precisión metodológica la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional supremo, encargado de controlar la regularidad de las normas jurídicas derivadas de la constitución de todo orden estatal³⁵⁸.

Las cláusulas europeas o de integración son para muchos tratadistas muestra contundente de que se trata de un solo orden jurídico. Políticamente hablando, no cabe duda que dan cuenta de un proceso de integración único en el mundo: jurídicamente, se trata de un esfuerzo sin precedentes por superar conflictos normativos entre una serie de normas pertenecientes a diferentes órdenes que interactúan constantemente. La función de las cláusulas europeas es básicamente determinar la relación entre el derecho comunitario y el nacional, por lo que el principio de primacía es la parte esencial de su contenido. Todas las objeciones formuladas en su momento en contra de la tesis que fundamenta la unidad

³⁵⁸ Cfr. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 62.

del orden jurídico europeo en ese principio se extienden, por tanto, a las cláusulas de integración (*vid supra*: 196 y ss.). Pernice dice que éstas cláusulas "no deben entenderse como un facultamiento para la delegación del poder estatal, sino como cláusulas restrictivas y regulaciones de procedimiento para la constitución originaria de un poder soberano supranacional"³⁵⁹. Cuesta trabajo entender como la integración de un poder soberano supranacional se fundamenta en las normas supremas de los ordenamientos nacionales; las cláusulas de integración son por su naturaleza y, sobre todo, por su ubicación normas delegatorias de derechos soberanos nacionales. Además, cabe enfatizar que al ser dichas cláusulas normas constitucionales nacionales, estamos ante la presencia de otra contradicción, pues la regla suprema que determina la relación de una colección de normas y enunciados jurídicos, convirtiéndola así en un conjunto, debe ser unívoca y de jerarquía superior a las demás normas que desempeñan funciones similares. En este caso, tenemos dieciséis criterios ordenadores supremos, incluyendo al comunitario, por lo que en cada país miembro se integra el derecho comunitario de una manera distinta (*vid supra*: pp. 83 y ss.). En efecto, el derecho comunitario forma parte de cada uno de los quince órdenes jurídicos nacionales, y dado que cada una de estas quince constituciones forman parte, a través de los principios generales, del derecho comunitario, todas esas constituciones también se integran mutuamente. Y eso no es todo, pues los instrumentos fundamentales del CdE, especialmente la CEPDH, también *gozan de rango* constitucional en los ordenamientos jurídicos de los Quince y de la propia UE. Y ésta es una expresión clave para entender el fenómeno que nos ocupa, pues el hecho de que normas pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos *gocen de rango constitucional* en un determinado orden jurídico, no lo convierte en uno distinto. La norma fundamental o regla de reconocimiento de dicho orden sigue siendo la misma, sea ésta *uno se debe comportar como lo prescribe la constitución*³⁶⁰ o *es derecho todo aquello que se fundamenta en la constitución*³⁶¹. Ahora bien, un argumento a favor de la unidad jurídica europea consiste en que por medio de las cláusulas de integración el contenido de las constituciones nacionales se ha "europeizado", lo cual es correcto, como vemos a continuación. Sin embargo, ello no afecta la unidad de

³⁵⁹ Pernice, Ingolf, *Die Verfassungsfrage aus rechtswissenschaftlicher Sicht, opus cit.*, p. 5.

³⁶⁰ Cfr. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre, opus cit.*, p. 204.

³⁶¹ Cfr. Hart, H.L.A., *The Concept of Law, opus cit.*, p. 102.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

los ordenamientos instituidos por esas constituciones, su fundamento de validez sigue siendo el mismo, *uno se sigue debiendo comportar como lo prescribe la constitución, independientemente de que ésta llame a otros derechos a formar parte de su contenido obligatorio*. Cuando la cámara alta británica estableció, en 1982, que la *European Communities Act* es una ley abrogable y objeto de derogación por parte del Parlamento como cualquier otra, dio perfectamente cuenta de ello: *la delegación que hace la constitución nacional a favor de ciertas instancias supranacionales puede ser modificada por su propia autoridad normativa suprema, la cual no ha sido delegada*.

La "europeización" de los derechos nacionales es un fenómeno cierto y sumamente interesante del que nadie puede dudar, pero no es un criterio sistémico, simplemente porque se refiere a contenidos. Quien mejor ha comprendido la realidad jurídica que se vive actualmente en Europa es Peter Häberle, quien ha desarrollado el concepto de "derecho constitucional común europeo". Éste se basa en la idea de una cultura jurídica compartida y en una estrecha vinculación entre órdenes jurídicos distintos, elementos que denotan un proceso jurídico-cultural, cuya culminación tendrá que ser la creación de la Constitución Europea³⁶². *Así como en el sentido político, la UE cuenta con las bases pero aún no con una carta magna que satisfaga plenamente las exigencias del constitucionalismo europeo, así también podemos sostener que, desde la perspectiva jurídica, los órdenes de los países miembros y el sistema normativo creado por los tratados de las comunidades y de la UE, presentan un grado de integración único en el mundo, pero carecen aún de la norma fundamental que permitiría hacer de ese ius commune europaeum un verdadero orden jurídico europeo y de la UE un Estado supranacional propiamente dicho. La creación de la Constitución Europea resulta, pues, un imperativo a realizar a fin de dotar de coherencia jurídico-formal al material jurídico que hoy en día interactúa caóticamente en los países miembros*.

En lo subsiguiente analizamos qué estructura y elementos básicos debería contemplar la futura Constitución Europea para que efectivamente produzca los beneficios jurídicos

³⁶² Cfr. Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, opus cit., pp. 107-125.

mencionados. Para ello, se parte de la revisión de algunos de los proyectos que han sido elaborados en los últimos lustros y, sobre todo, del *Anteproyecto de Tratado Constitucional* presentado por el Praesidium de la Convención Europea, el 28 de octubre de 2002.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

III. EL CAMINO JURÍDICO HACIA LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

El *Anteproyecto de Tratado Constitucional* presentado por el Praesidium de la Convención Europea (Giscard, Amato y Dehaene) el 28 de octubre de 2002, es de gran importancia, pues es de esperarse que el proyecto final de esta especie de asamblea constituyente europea se base en él. Es necesario advertir que dicho documento es únicamente un borrador, *i.e.* contiene la estructura y los principios rectores, pero los preceptos no están redactados, por lo que bien puede ser comparado con un "esqueleto de constitución", como lo hizo The Economist¹⁶³. Por ello, debemos ser cautelosos en los juicios sobre el mismo, pues siempre queda abierta la posibilidad de que en el proyecto final de la Convención, que será presentado a mediados de 2003, se subsanen errores o simplemente se llenen los huecos adecuadamente. Analizar en qué medida un anteproyecto satisface los elementos jurídico-constitucionales, que en este caso específico son necesarios para que la Constitución Europea erradique los defectos actuales, no es tarea fácil. A fin de evitar simplismos y prejuicios, resulta conveniente hacer una breve referencia a algunos proyectos constitucionales anteriores que, a pesar de no haber triunfado, enriquecen el debate jurídico actual, representando importantes antecedentes en el camino hacia la Constitución Europea (Capítulo Cuarto, III, A). Dichos proyectos, así como los debates académicos que los rodearon nos permiten nutrir un marco teórico referencial para el análisis del *Anteproyecto* mencionado (Capítulo Cuarto, III, B).

¹⁶³ *Can these bones live?*, The Economist, Noviembre/2, 2002.

A. ALGUNOS ANTECEDENTES

El primer bosquejo constitucional europeo fue el *Proyecto Spinelli*, al cual ya nos hemos referido (*vid supra*: p. 21). Desde 1984, la causa principal que motivaba los intentos constitucionales era, desde una perspectiva política, la misma que hoy en día, *i.e.* el déficit democrático en la toma de decisiones. El *Proyecto Spinelli* tuvo una característica especial, pues se trató de "un texto parlamentario puro, elaborado en el seno del propio Parlamento, sin ninguna intervención ni de la Comisión, ni del Consejo, sin ninguna intervención tampoco de los Estados o de sus Gobiernos"³⁶⁴. En esa época, el PE se vislumbraba como la única fuente de legitimación directa posible de la UE, por lo que la idea de que su constitución emanara de dicho órgano era considerada el sustento de la tesis de la doble soberanía, en donde el PE representaba suficientemente al pueblo europeo.

Un segundo intento se dio a partir de 1991, cuando el PE encomendó a su Comisión Institucional la elaboración de un nuevo proyecto de Constitución Europea, basado en el propio *Proyecto Spinelli*. Dicho proyecto fue reformulado en dos ocasiones, debido a las dimisiones de los eurodiputados originalmente encargados de su elaboración (primero, en 1992, el italiano Colombo, y segundo, en 1993, el español Marcelino Oreja)³⁶⁵. El proyecto finalmente pasó a manos del europarlamentario belga, Fernand Herman, por lo que fue nombrado *Proyecto Herman*, y aprobado por el PE en febrero de 1994. Sin embargo, el PE lo aprobó exclusivamente como proyecto, exhortando a la legislatura entrante (junio de 1994) a que continuara trabajando sobre el mismo. Además, recomendó que posteriormente fuera estudiado por los parlamentos nacionales en coordinación con el PE para que, en un último paso, se le recomendara a un comité de sabios su redacción final. Para su aprobación, el PE sugirió que primero se adoptara en una conferencia interinstitucional (PE, Comisión y Consejo Europeo, que aún no contaba con fundamento legal), para que después se sometiera a la CIG-1996. El desenlace de dicho *Proyecto* es conocido: el Consejo Europeo de Madrid, celebrado en diciembre de 1995, convocó la CIG-1996, que elaboró el TA, desechando una vez más la oportunidad de dotarse de una

³⁶⁴ García de Enterría, Eduardo, *El Proyecto de Constitución Europea*, *opus cit.*, p. 674.

Constitución Europea. No obstante, tanto del *Proyecto Herman* como de los argumentos que en ese momento se esgrimieron a su favor se pueden desprender importantes lecciones para el debate actual.

El *Proyecto Herman* constaba de siete títulos, "el primero dedicado a los principios, el segundo relativo a las competencias de la Unión, el tercero dedicado al marco institucional, el cuarto a las funciones de la Unión y el séptimo a la disposición final"³⁶⁶. En términos generales, el *Proyecto* se inclinaba a favor de un modelo federal cooperativo descentralizado, en el cual la creación normativa se concentraba en los Estados miembros asociados, *i.e.* en la UE, y su ejecución se descentralizaba a favor de las autoridades nacionales³⁶⁷. Uno de sus aspectos más sobresalientes es el contemplado en el art. 47, según el cual la Constitución entraba en vigor una vez "ratificada por la mayoría de los Estados miembros, que corresponden a cuatro quintas partes de la población"³⁶⁸. De aquí se puede interpretar un simple rompimiento con el método de adopción de los tratados comunitarios anteriores—y posteriores—, que exigen el depósito de *todos* los instrumentos de ratificación para su entrada en vigor, pero que en sí mismo sigue ajustándose al derecho internacional, al contemplar la posibilidad de adhesión posterior de los demás Estados miembros. Sin embargo, como bien indica el profesor español, Eduardo García de Enterría: "hay una explicación más profunda que la técnica de Derecho Internacional de los Tratados colectivos, y es que la intención esencial del Proyecto de Constitución es justamente producir una <<desinternalización>>, si valiese la palabra, del sistema como está ahora constituido en Tratados Internacionales, para pasarlo a un sistema que podemos ya calificar (...) de federal"³⁶⁹. Por lo mismo, *i.e.* porque la constitución federal trasciende al pacto federal, es que el método de las mayorías también estaba previsto para las reformas constitucionales (art. 31 del *Proyecto*). Lo importante de ello para el debate actual es la relación entre pacto y constitución federales, pues, como se observa, una vez

³⁶⁶ Cfr. *Idem.*, p. 677.

³⁶⁷ Díaz Jiménez, María del Carmen, *La Constitución de la Unión Europea, una necesidad*. Boletín de la Facultad de Derecho, N.º 6, 1994, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1994, p. 73.

³⁶⁸ Cfr. *Idem.*, p. 72.

³⁶⁹ *Ibidem.*

³⁶⁹ García de Enterría, Eduardo, *El Proyecto de Constitución Europea*, *opus cit.*, p. 681.

celebrado el pacto federal entre Estados soberanos conforme a métodos de derecho internacional, el Estado federal opera conforme a sus poderes constituidos y a los mecanismos propios del derecho público interno³⁷⁰.

Dichos proyectos despertaron un intenso intercambio de ideas entre juristas, y muchos de sus argumentos siguen siendo relevantes para el debate contemporáneo. Desde entonces se destacaba la *necesidad de simplificar el derecho comunitario, de abandonar la arquitectura de los tres pilares para integrarlos en una verdadera unión europea, de legitimar a sus poderes, de distribuir claramente las competencias entre éstos y los Estados miembros y, aunque en menor medida, de dotar de coherencia jurídico-formal a la colección de material jurídico que interactúa en los territorios de la UE*. Éstos son los mismos argumentos jurídicos que hoy en día justifican y, más allá, hacen necesaria la adopción de la Constitución Europea. Es preciso ahondar y ver qué otros elementos se desprenden de ellos, para así tener un marco teórico referencial que nos permita identificar los elementos indispensables para dicha Constitución.

³⁷⁰ *Ibidem*.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

B. LA FUTURA CONSTITUCIÓN EUROPEA Y SUS ELEMENTOS JURÍDICOS INDISPENSABLES

Como hemos visto, la *simplificación legal* tiene serias implicaciones políticas, sobre todo respecto al déficit democrático de la UE. pues "si los ciudadanos no comprenden, no hacen suyas las decisiones europeas, no se sienten implicados en ellas, la democracia quiebra en su resorte principal"³⁷¹. No obstante, el *dispersus* del derecho comunitario tiene también una implicación estrictamente jurídica, la cual consiste en los defectos lógicos que acarrea un sistema jurídico cuyo material se encuentra desordenado o que simplemente es de una abundancia difícil de manejar, pues, como bien observa Eugenio Bulygin, "el gran número de normas legisladas hace extremadamente difícil su manejo, no solamente para el lego que se siente totalmente perdido en la maraña legislativa, sino aun para el profesional. No es fácil determinar qué leyes han sido derogadas y cuáles siguen en vigor y cuáles son, por lo tanto, exactamente las normas vigentes para tal o cual materia"³⁷². Es comúnmente aceptado que, aparte de los problemas lingüísticos inherentes a la interpretación de las normas jurídicas (imprecisiones, ambigüedades y cargas emotivas de las palabras, principalmente), los sistemas jurídicos padecen de problemas lógicos, que son sistémicos, por un lado, y dinámicos, por el otro³⁷³. Los primeros se dan en virtud de que normas y enunciados de un determinado sistema jurídico se deducen de una base axiomática. Sin embargo, la base axiomática del orden jurídico, a diferencia de otros sistemas normativas y científicos, no está dada de una vez y para siempre, pues se trata de un orden dinámico, concepto que da cuenta de los cambios en el tiempo a los que está sujeto (*vid supra*: p. 28). De esta manera, resultan otros problemas lógicos que se relacionan principalmente con dichos cambios.

Ahora bien, la colección de materiales jurídicos que se aplican en los territorios de la UE no constituyen un orden jurídico por la falta de una norma unificadora, *i.e.* de una

³⁷¹ García de Enterría, Eduardo, *El Proyecto de Constitución Europea*, *opus cit.*, p. 678.

³⁷² Bulygin, Eugenio, *Teoría y Técnica de Legislación*: en: Alchourrón, Carlos, y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 410.

³⁷³ *Cfr. Idem.*, pp. 410-413.

relación ordenada entre los elementos que integran dicho material. Por ello, los problemas lógicos mencionados se refieren, en primera instancia, al orden jurídico de la UE, es decir a las normas y enunciados que se derivan de su base axiomática, *i.e.* del derecho primario de la UE, así como a aquellos que se crean en virtud de la dinámica temporal de dicho orden jurídico.

La abundancia normativa de la UE es incuestionable, lo cual se explica en virtud de la de por sí amplísima y dispersa base axiomática, que se encuentra en diversos instrumentos y en la jurisprudencia del TJCE. Aunado a ello, tenemos que el derecho derivado se integra por tres diferentes tipos de normas generales: los reglamentos, las directivas y las decisiones, aunque las decisiones se asemejan mucho más a los actos administrativos que a las leyes. Además, como si ello no fuera suficiente, tenemos en el TUE acciones comunes y decisiones marco: estas últimas presentan grandes similitudes con las directivas. El derecho complementario, que es otro tanto, recibe una nomenclatura que sólo dificulta aún más las cosas, pues aquí también hay decisiones (en el seno del Consejo), por ejemplo. Finalmente, tenemos una serie de normas no vinculantes, las cuales ni siquiera se encuentran exhaustivamente numeradas. Así, *e.gr.*, cuando se discutió la posibilidad de que países miembros celebren acuerdos bilaterales de exclusión de jurisdicción del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, el Consejo de Asuntos Generales emitió un "planteamiento común", diferenciándolo de las posiciones comunes que sí están contempladas en el TUE. Ante todo este *dispersus* normativo, que incluye "alrededor de veinticinco instrumentos de distinta y variada naturaleza"³⁷⁴ como actos jurídicos—o leyes—de la Unión, los problemas lógicos más frecuentes son las redundancias y las inconsistencias. Empecemos con las primeras, por ser las menos problemáticas.

Dos o más normas son redundantes cuando estipulan la misma solución a un mismo hecho o estado de cosas. Por lo mismo, la redundancia normativa podría parecer un detalle

³⁷⁴ Gil Ibáñez, Alberto. *Jerarquía y tipología normativa, procesos legislativos y separación de poderes en la Unión Europea: Hacia un modelo más claro y transparente*. Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de San Pablo-CEU, Madrid, 2002.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

menor, una imperfección técnica, pero no un serio problema jurídico. No obstante, como bien señala Nino, aludiendo a Ross, lo grave del asunto consiste "en que los juristas y los jueces se resisten a admitir que el legislador haya dictado normas superfluas y en consecuencia se esfuerzan por otorgar, a las normas con soluciones equivalentes, ámbitos autónomos"³⁷⁵. Dicha creencia está basada en uno de los dogmas jurídicos más anclados y proclamados: el del legislador racional. Este acto de fe jurídica se construye a partir de la aceptación de que el legislador es único, imperecedero, consciente, omnisciente, operativo, justo, coherente, omnicomprensivo y, por si fuera poco, preciso³⁷⁶. Ya poco se puede decir acerca de los absurdos que encierra dicho dogma, pues la teoría del derecho contemporánea se ha encargado ampliamente de su desmitificación³⁷⁷. Sin embargo, al aplicar las supuestas características del legislador racional al orden jurídico de la UE, observamos con toda claridad su irracionalidad. En la UE ni siquiera contamos con un cuerpo legislativo, sino con tres órganos fundamentales o primarios entre los cuáles la distribución de funciones no es muy clara; la función legislativa que se abstrae de todo individuo encargado de crear normas en aras de la racionalidad del legislador³⁷⁸, es muy difusa en la UE. Además, los procesos legislativos comunitarios son varios y complicados, siendo el método inherente a dichos procesos básicamente la negociación diplomática, tanto en su fase preparatoria, a cargo de embajadores y representantes permanentes adjuntos en las COREPER I y II, como en la toma de decisiones, la mayoría de las veces a cargo de los ministros reunidos en los diferentes Consejos, aunque jurídicamente sólo hay uno. Es difícil imaginarse cómo en una negociación de este tipo, en donde los representantes gubernamentales de los Estados miembros tienen la encomienda principal de defender los intereses nacionales o, mejor dicho, gubernamentales, se pueden ver reflejadas las características que le atribuye la dogmática jurídica al legislador. Por otro lado, la institución en la que recae fundamentalmente la iniciativa de ley, *i.e.* la Comisión, es famosa por un *modus operandi* cada vez más técnico, incurriendo en un causismo

³⁷⁵ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, *opus cit.*, p. 279.

³⁷⁶ *Ibidem*, pp. 328 y 329.

³⁷⁷ Al respecto, véase, entre otros: Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, *opus cit.*, pp. 328-333; y, Caracciolo, Ricardo, *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho*, Distribuciones Fontamara, S.A., segunda edición, México, 1999, pp. 9-34.

regulativo excesivo. Este causismo técnico hace que el *acquis communautaire* se parezca más a un compendio inmenso de normas técnicas que a una colección de leyes generales vigentes. Profesores e investigadores se quejan, con razón, de la confusión entre la función legislativa y reglamentaria al interior de la UE³⁷⁹. Como ejemplo de esta abundancia normativa, podemos mencionar la regulación en materia de seguridad social: solamente en el rubro de las disposiciones sociales *generales* existen cinco reglamentos y seis directivas vigentes, además de una gran cantidad de decisiones en el seno del Consejo y decisiones, así como de recomendaciones, resoluciones, conclusiones de los Consejos Europeos y demás normas que a pesar de no ser vinculantes tienen relevancia jurídica al momento de resolver un caso concreto. Todo ello sin contar todas las normas aplicables de los convenios internacionales, en este caso del AEEE, dentro de las cuales no sólo están los preceptos del propio Acuerdo, sino también las decisiones del comité mixto en él estipulado³⁸⁰. Y no sólo en la legislación derivada tenemos este problema, baste recordar la gran cantidad de normas que se repiten en el TCE y el TCEEA. Visto esto, es fácil asimilar lo que sostiene Bulygin: "Si el legislador dicta muchas normas, procurando solucionar caso por caso habrá mayor peligro de redundancias, pues algunos de los casos pueden ser más generales que otros e incluir a estos últimos"³⁸¹. Como bien se observa, el caso presentado por el filósofo argentino es la redundancia total-parcial (t-p), que efectivamente es más frecuente que la total-total (t-t), pero no menos que la parcial-parcial (p-p), pues si bien es difícil que un legislador emita una norma que resuelva exactamente la misma situación que otra de la misma manera (t-t), no lo es tanto que sancione dos o más normas que cubren un campo de aplicación común, estipulando para ese ámbito la misma solución, pero preservando a su vez un amplio grado de independencia en la aplicabilidad de la solución normativa (t-p).

³⁷⁸ Paráfrasis de Luis Jiménez de Asúa; citado por: Nino, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*, opus cit., p. 333.

³⁷⁹ Así, por ejemplo: Gil Ibáñez, Alberto. *Jerarquía y tipología normativa, procesos legislativos y separación de poderes en la Unión Europea: Hacia un modelo más claro y transparente*, opus cit. Gil Ibáñez hace a su vez referencia a diversos autores Cassese, Della Cananea y Volkamer Heyen.

³⁸⁰ Información en: <http://europa.eu.int/eur-lex>.

³⁸¹ Bulygin, Eugenio, *Teoría y Técnica de Legislación*, opus cit., p. 415.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La ventaja de la regulación excesiva del orden jurídico comunitario sería la completitud del mismo, es decir, la ausencia de lagunas normativas. Sin embargo, "la completitud no es producto de necesidad lógica o de una armonía preestablecida, sino del esfuerzo y la capacidad técnica del legislador"³⁸². Dicho de otra manera, aunque es cierto que entre más materias son reguladas, hay menos probabilidades de que existan lagunas normativas, ello no es una consecuencia necesaria, sino contingente, pues por más que el legislador regule exhaustivamente, siempre pueden surgir casos imprevistos, y ello no es imputable a su capacidad. El simple hecho de que la legislación es un proceso continuo refleja la imposibilidad de la completitud de los ordenamientos legales, dogma que se basa más bien en el enunciado "todo lo que no está prohibido está permitido". Este principio es falso, como lo han demostrado diversos filósofos del derecho³⁸³. Pero independientemente de ello, la regulación excesiva puede traer consigo una consecuencia que pesa más que la llamada completitud, *i.e.* las inconsistencias normativas. Esta contradicción lógica se da cuando dos o más normas prescriben dos o más soluciones incompatibles entre sí para el mismo hecho o estado de cosas. La gravedad del asunto es evidente, pues "(...) el interesado no sabe qué hacer conforme a derecho. La presencia de soluciones contradictorias lleva necesariamente a la desobediencia del derecho: siendo incompatibles las dos soluciones, al menos una de ellas tendrá que ser dejada de lado y la norma que la establece será desobedecida"³⁸⁴. Es cierto que a pesar de la amplísima cantidad de normas comunitarias resulta poco probable que las inconsistencias entre éstas sean totales, ya que los órganos de creación normativa de la UE difícilmente emitirán dos soluciones normativas totalmente incompatibles para el mismo asunto. No obstante, la probabilidad de inconsistencias totales-parciales y parciales-parciales sí es bastante alta ante el sinnúmero de legislación vigente en la UE. La simple frecuencia con la que son creadas nuevas disposiciones comunitarias sobre los mismos temas implica la contrariedad de diversas soluciones normativas o, en el mejor de los casos, las redundancias.

³⁸² *Ibidem*, p. 417.

³⁸³ *Cfr. Ibidem* (especialmente los diagramas I y II). Asimismo, véase: Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, *opus cit*, pp. 281-289.

³⁸⁴ Bulygin, Eugenio, *Teoría y Técnica de Legislación*, *opus cit* p. 418.

Ahora bien, ante estos defectos lógicos, la dogmática jurídica ha desarrollado principios generales para resolver los conflictos, siendo los más importantes *lex posterior*, *lex superior* y *lex specialis*. Algunos filósofos del derecho ven en ellos la ausencia de conflictos, pero la naturaleza de los mismos implica su existencia, pues son, finalmente, reglas conflictuales: "tales principios entran a jugar justamente en aquellos casos en que dos normas se contradicen. Si no se caracteriza satisfactoriamente el concepto de contradicción o conflicto entre normas, no se puede saber cuándo resultan aplicables esos principios"³⁸⁵. En el orden jurídico de la UE, los problemas se complican aún más, ya que no hay una jerarquía entre las diversas normas generales que conforman el derecho derivado³⁸⁶, por lo que el principio *lex superior* no sirve para resolver conflictos entre un reglamento y una directiva, e.g. Por ello mismo, el *Proyecto Herman* ya preveía subsanar dicha situación, al establecer en su art. 31 una relación jerárquica entre leyes constitucionales, i.e. reformas a la Constitución, leyes orgánicas sobre las funciones de las instituciones, leyes ordinarias, reglamentos y decisiones³⁸⁷. El *Proyecto Herman* emanó del PE, lo que significa que al interior de la UE se está consciente de dicho problema, como lo demuestra también el dictamen del CR de septiembre de 1999, en el que "manifiesta su deseo de que se revise la nomenclatura de los actos comunitarios y se introduzca una jerarquía normativa"³⁸⁸. Ahora bien, el principio *lex superior* no es el único principio que nos permite resolver conflictos entre normas del derecho derivado, pues se pueden aplicar perfectamente el de *lex specialis* y, sobre todo, el de *lex posterior*. Sin embargo, los cambios de los elementos que integran un orden jurídico también ocasiona problemas lógicas. El principio *lex posterior* es sumamente útil para el abogado, juez y jurista, sin embargo, como dice Bulygin, "el problema es determinar con exactitud qué normas se introducen y qué normas se eliminan cuando se dicta una nueva ley [pues] lo que caracteriza al orden jurídico en tanto sistema de normas es el hecho de que forman parte de

³⁸⁵ *Idem*, p. 419.

³⁸⁶ Como se vio en el cuadro N° 4 (*vid supra*: p. 71), el TJCE ha establecido una relación jerárquica muy esquemática entre derecho primario, internacional, derivado y complementario. Sin embargo, no existe una jerarquización de las diversas normas de derecho derivado.

³⁸⁷ Cfr. García de Enterría, Eduardo. *El Proyecto de Constitución Europea*, opus cit., p. 685; y Herman *Bericht zur Verfassung der EU*, opus cit.

³⁸⁸ *Dictamen del Comité de las Regiones en relación con el Informe de la Comisión "Legislar mejor 1998: una responsabilidad que debe compartirse"*, Boletín UE 9-1999, en: <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/es>.

él no sólo todas las normas expresamente formuladas (normas originarias), sino también todas las normas que son consecuencia lógica de aquéllas (normas derivadas)³⁸⁹. Más adelante, el mismo autor señala que se puede dar el caso, y de hecho se da, de que haya normas que no derivan de las nuevas normas promulgadas pero que se introducen al sistema al promulgarse éstas, lo que significa que son la consecuencia de un nuevo conjunto de normas, en el que se encuentran tanto normas anteriores a la promulgación como la norma promulgada: "si a un conjunto de normas A, le agregamos otro conjunto B, el resultado no va a ser la suma de las consecuencias de A más las consecuencias de B, sino el conjunto de todas las consecuencias de A más B"³⁹⁰. El caso inverso sucede cuando se deroga una norma, por lo que el panorama se torna bastante complicado.

Estos problemas, inherentes a todo orden jurídico, son potencialmente más elevados en la UE, por las razones ya expresadas. Las soluciones, expresadas por el mismo Bulygin, consisten en la instrumentación oportuna y rigurosa de los métodos de la teoría y técnica legislativas al momento de elaborar las leyes, separar, pues, las funciones técnica-jurídica de la política. Dentro de dichas técnicas figura la utilización de la informática jurídica para realizar los cálculos necesarios de todas las consecuencias lógicas de la incorporación y eliminación de normas al orden jurídico³⁹¹. En el caso que nos ocupa, sabemos que la UE no es ajena a los nuevos métodos auxiliares en la tarea legislativa, y desde que Bulygin escribió el ensayo en el que nos basamos (1991), todo ello ha evolucionado enormemente. Sin embargo, la instrumentación de los métodos de la teoría de la legislación se dificulta por el simple hecho de que una de sus premisas fundamentales es la elaboración de las leyes a cargo de juristas expertos en técnica legislativa—en cuanto a la técnica legislativa, por supuesto—, y como ya vimos, la creación normativa en la UE es, básicamente, el producto de negociaciones diplomáticas.

³⁸⁹ Bulygin, Eugenio, *Teoría y Técnica de Legislación*, *opus cit.*, p. 420. Lo que está entre corchetes es mío. Las normas derivadas de las que habla Bulygin no tienen nada que ver con el derecho derivado de la UE.

³⁹⁰ *Ibidem.*

³⁹¹ *Cfr. Idem.*, p. 421.

Un primer paso para mejorar la situación descrita sería, inquestionablemente, la síntesis de las disposiciones normativas de los tratados constitutivos y del TUE, *i.e.* de la base axiomática del orden jurídico de la UE, en un único texto legal fundamental, cuyas tareas jurídicas fundamentales consistirían, *inter alia*, en: establecer un orden jerárquico y ordenado de las normas comunitarias, estableciendo divisiones entre leyes generales y reglamentos; simplificar su tipología o nomenclatura, eliminando toda repetición; reducir los numerosos procesos legislativos. Todo ello sería función de la futura Constitución Europea, pero una ley comunitaria de primer orden, como las leyes orgánicas propuestas en el *Proyecto Herman*, podría encargarse de restringir las negociaciones diplomáticas previas a la toma de decisión a los rubros en los que ello resulta indispensable por el momento, como la PESC o la PESD, lo cual bien podría realizarse conforme a un proceso fragmentado en fases temporales y sujeto a revisión cada determinado tiempo, *i.e.* reducir los ámbitos de trabajo de la COREPER paulatinamente, en la medida en que los tiempos políticos lo permitan. En fin, estas son sólo algunas ideas muy generales, las propuestas concretas que se han vertido en los últimos meses son abundantes y algunas de ellas demuestran un gran rigor metodológico, por lo que el destino de esta importante misión jurídica recaerá en la voluntad política de los miembros de la Convención Europea y, posteriormente, de la CIG-2004.

Todo lo anterior nos permite concluir que, aún aceptando la tesis de la realidad mejorable que postula, *inter alia*, que la "nueva" Constitución Europea serviría fundamentalmente para simplificar el *dispersus* existente, *la simplificación es un requisito que va más allá de las razones políticas aludidas a lo largo de la presente tesis, pues existen razones jurídicas de peso para reestructurar el orden jurídico de la UE a fin de reducir, en la medida de lo posible, sus defectos lógicos actuales y eventuales, y convertirlo así en un derecho eficaz y coherente.* Claro está que el derecho comunitario es como es por razones históricas, ya que surge como un derecho internacional centralizado, y si se me permite la expresión "más jurídico", pero que se enfrenta a ordenamientos legales y sistemas políticos nacionales bien consolidados. El método diplomático es consecuencia de ello y las directivas como una forma especial y reforzada de derecho uniforme, *i.e.* de

DIPr, también lo son. Asimismo, el carácter reglamentario o técnico de las leyes generales refleja la reticencia a promulgar códigos generales como se conocen en los Estados nacionales. Un 'código europeo de comercio', *e.gr.*, sería perfectamente compatible con las funciones de la UE y no tendría por qué vulnerar las esferas de competencias nacionales; de hecho, lo único que se requeriría para su elaboración sería la recopilación y simplificación sistemática de las normas de comercio que se encuentran hoy dispersas, básicamente, en el TCE y en una serie de reglamentos y directivas. Su promulgación, en cambio, requeriría de la valentía política de quince gobiernos para explicarle a sus ciudadanos las ventajas del mismo y no encajaría en la percepción sobre las normas comunitarias, diferente a la percepción que se tiene respecto de las nacionales. No obstante las razones históricas mencionadas, el proceso iniciado en Maastricht obliga a la redefinición política de la UE y ello a la reestructuración jurídica de toda una colección de materiales jurídicos interrelacionados caóticamente. En este sentido, *la UE debe empezar con la simplificación de su propio conjunto normativo para después poder agrupar en una relación ordenada y lo más sencilla posible al resto de la normatividad aplicable en los territorios de la UE*. La simplificación del *dispersus iuris* comunitario es un requisito metodológico indispensable para la afortunada integración legal europea; la Constitución Europea debería empezar por poner orden en su propia casa para después incorporar a los sistemas jurídicos de los países miembros en un solo orden jurídico europeo.

Lo último nos lleva al siguiente elemento que debería abordar la Constitución Europea, pues una refundación política implica una simplificación político-administrativa, consistente en la consolidación de la *unión europea* propiamente dicha, es decir, *abandonar la ya absurda arquitectura de los tres pilares*, *i.e.* CE y CEEA, como primer pilar, PESC como segundo, y JAI como tercero. El solo hecho de que a la fecha existan dos comunidades y una unión es anacrónico. Las tres comunidades que surgieron entre 1951 y 1957 fueron resultado del federalismo pragmático—o si se prefiere, del neofuncionalismo integracionista—de Monnet y Schuman, método que respondió eficazmente a los obstáculos políticos de la época, pero que ya no podía ser el mismo en 1992 cuando se firmó el TUE. Es más, ya el AUE de 1986 lleva en su propio nombre el anhelo de

unificar a las diferentes comunidades. La UE lo explica por sí misma, pues la integración sectorial deja de funcionar cuando se pretende consolidar una unión política "cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa"³⁹². *Los tres pilares no sólo confunden a la gente en su comprensión sobre el fenómeno comunitario, sino que le restan credibilidad política a la UE, tanto al interior como al exterior*, pues es difícil identificarse con tres comunidades y es poco favorable promover una imagen sólida en política exterior cuando en ocasiones no se sabe bien con quién se está tratando.

Dicho problema político tiene una expresión jurídica muy clara, *i.e. la personalidad jurídica de la UE*. Como es bien sabido, actualmente sólo la CE y la CEEA tienen capacidad legal para adquirir derechos y obligarse, y a pesar de que la UE se ha convertido en la principal expresión política de la Europa comunitaria, ésta carece de personalidad jurídica. Dada la estrecha línea divisoria entre las actuaciones jurídica y política, la falta de personalidad legal de la UE resulta ya inaceptable, pues, como lo expresó el Grupo de Trabajo III sobre la personalidad jurídica de la Convención Europea, se trata de una "situación ambigua en diversos aspectos, que merma la certidumbre jurídica de la Unión y la afirmación de su identidad en el ámbito internacional, ambos factores esenciales en las relaciones con terceros Estados y organizaciones internacionales"³⁹³. Que la UE requiere de dicha capacidad es incuestionable, pero el debate se centra ahora en si la personalidad debe ser única o si se le debe otorgar personalidad a la UE, aunada a las ya existentes. En nuestra opinión, la respuesta es clara, *pues la personalidad jurídica es, por un lado, un medio muy eficiente para simplificar los tratados existentes, unirlos en un texto constitucional y eliminar la estructura de los tres pilares, y, por el otro, una consecuencia natural de todo ello: la simplificación y unidad política-jurídica de la UE requieren e implican a su vez la consolidación de la capacidad legal en una sola persona de derecho público*, por lo que a la unión se refiere. Ello también es necesario en términos del federalismo posnacional al que se dirige la Europa comunitaria desde su creación, ya que la unión—o federación—sería aquella colectividad de derecho público que abarcaría a las

³⁹² TUE, *opus cit.*

³⁹³ The Secretariat of The European Convention, *Final report of Working Group III on Legal Personality*, p.3. Bruselas, 1 de octubre de 2002: en: <http://europa.eu.int/futurum>. La traducción es mía.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

entidades federadas, o sea los Estados miembros, que, por supuesto, conservarían el *status iuris* necesario para actuar en el ámbito de sus competencias. En dicho federalismo posnacional, los Estados miembros pueden, y deben, permanecer sujetos independientes de derecho internacional, lo cual es técnicamente viable, siempre y cuando la delimitación de competencias entre la UE y los Estados se extienda explícitamente a la materia internacional. Sin embargo, es importante señalar que dicho camino, sugerido por el propio Grupo de Trabajo de la Convención³⁹⁴, no tiene que ser definitivo. Toda federación asume la representación internacional de los entes que abarca, lo cual también es deseable en la futura UE. Ahora bien, dada la naturaleza posnacional de la futura *unión europea*—sea cual sea el nombre que finalmente adopte³⁹⁵—resulta conveniente emprender un camino pausado, *i.e.* un proceso dividido en etapas. La distribución de competencias en materia internacional podría estar sujeta a revisiones cada determinado tiempo, o bien dejar que la reforma y mutación constitucionales se desarrollen naturalmente. Y en este momento es preciso indicar que el proceso constitucional europeo que iniciaría una vez en vigor la Constitución Europea sería, por su propia naturaleza, bastante dinámico, por lo que el reto para el futuro poder revisor y para el futuro tribunal constitucional consistiría en balancear la dinámica constitucional con la fuerza normativa de la Constitución, haciendo posible que los numerosos y sustanciales cambios a los que seguramente estaría sujeta la arquitectura constitucional europea no vulneren la estructura básica que definiría a la UE como un Estado posnacional constitucional. Pero regresando al debate sobre la personalidad única o compartida, veamos lo que recomienda el Grupo de Trabajo de la Convención: “Una personalidad jurídica única para la UE estaría completamente justificada por razones de efectividad y certidumbre jurídica, así como por razones de transparencia y de un mayor perfil de la Unión, no sólo en relación con terceros países, sino también *vis-à-vis* los ciudadanos europeos”³⁹⁶. Desde un punto de vista de efectividad política, queda claro que sólo una verdadera unión institucional sería capaz de establecer el marco referencial común que necesitan ciudadanos y actores externos, pero también desde

³⁹⁴ Cfr. *Idem*, p. 6.

³⁹⁵ Consideramos que la mejor opción al respecto es conservar el nombre ‘UE’, ya que en él ya se asocian los ideales políticos que motivaron el actual debate constitucional.

³⁹⁶ The Secretariat of The European Convention, *Final report of Working Group III on Legal Personality*, *opus cit.*, p. 15. La traducción es mía.

una perspectiva estrictamente jurídica, las ventajas técnicas son evidentes. En dicho sentido, cabe destacar la oportunidad que presenta la unificación de la personalidad jurídica de la UE para simplificar los procedimientos de celebración de tratados, hoy variados y complejos (*vid supra*: pp. 59-60)³⁹⁷.

El problema de la *distribución de competencias entre la UE y los Estados miembros* es uno de los más importantes y complejos en el debate constitucional europeo. Su gran importancia radica en que la Unión, en la que ya se vislumbra una estructura *quasi*-federal, se dirige, acéptese o no, hacia una federación propiamente dicha, y "la esencia del Estado federal consiste—si es que no se ve en él un problema de metafísica del Estado sino, de acuerdo a una concepción enteramente realista, un tipo de organización técnica del Estado—en un reparto de funciones tanto legislativas como ejecutivas entre los órganos centrales competentes para el Estado—o en su territorio—en su totalidad (Confederación, Imperio, Estado), y una pluralidad de órganos locales cuya competencia se limita a una subdivisión del Estado, a una parte de su territorio (Estados-miembros, provincias, cantones, etcétera)"³⁹⁸. La complejidad tiene que ver más con razones políticas, ya que ahí es donde los enemigos de la integración política ven el mayor riesgo de pérdida de soberanía de los Estados nacionales. El razonamiento de los euroescépticos al respecto ya ha sido abordado en el Capítulo Tercero, por lo que sólo nos queda recordar las ambigüedades, cargas emotivas y falacias que abarca el propio concepto de soberanía, mismas que se han evidenciado en los últimos lustros con la globalización. En nuestra opinión, la integración europea implica más oportunidades que riesgos para los Estados nacionales y sus entidades regionales, pues el principio rector en la distribución de competencias que realizaría la Constitución Europea tendría que ser el de subsidiaridad.

Dicho principio, introducido en 1992 y actualmente contemplado en el TCE (art. 5) y en el TUE (art. 2), fue el resultado de la insistencia de los Estados federales, principalmente Alemania, los países del Benelux e Italia, en la CIG-1991. Los representantes de las regiones de dichos países, especialmente el gobierno de Baviera y el

³⁹⁷ Al respecto, véanse las recomendaciones técnicas del Reporte del Grupo de Trabajo anteriormente citado.

Bundesrat alemán, habían hecho notar que la estructura *quasi*-federal de las comunidades europeas obligaba a incluir este principio como regla jurídica básica para la distribución de competencias y principio político rector capaz de legitimar la toma de decisiones comunitarias³⁹⁹. Sin embargo, como lo muestran los siguientes ejemplos, su cumplimiento no siempre ha sido cabal.

El TCE establece en su art. 129, 1, que la CE "contribuirá a la consecución de un alto nivel de protección de la salud humana fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando la acción de los mismos"; y en su cuarto inciso menciona que para lograr dicho objetivo, "el Consejo adoptará (...) previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, medidas de fomento con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros; por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, recomendaciones"⁴⁰⁰. Como se desprende, los órganos comunitarios están impedidos a emitir normas jurídicas vinculantes en materia de salud pública, y sólo pueden intervenir, con medidas preponderantemente políticas, en apoyo a las acciones de las autoridades nacionales. Se trata, pues, claramente, de un precepto basado en el principio de subsidiariedad. No obstante ello, el Consejo y el PE emitieron en julio de 1998 la *Directiva 98/43/CE* sobre la armonización legislativa para la prohibición de la publicidad de tabaco en los Estados miembros. En octubre de 2000, el TJCE anuló dicha directiva después de que el gobierno alemán demandara al Consejo y al PE por incompetencia (art. 230, segundo párrafo del TCE), estableciendo que la UE sólo tiene competencia para establecer una prohibición de tal naturaleza si ella resulta necesaria para eliminar obstáculos a la libre circulación de mercancías o servicios, lo cual evidentemente no era el caso⁴⁰¹. A pesar de dicha jurisprudencia, el Consejo aprobó el 2 de diciembre de 2002 una nueva directiva

³⁹⁹ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, *opus cit.*, p. 161.

⁴⁰⁰ Cfr. Große Hüttnann, Martin, *Das Subsidiaritätsprinzip in der EU-Recht Dokumentation*, Europäische Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen, Alemania, 1996, pp. 5-8.

⁴⁰¹ TCE, *opus cit.*

⁴⁰² Cfr. TJCE, *Judgment of the Court of 5 October 2000, Federal Republic of Germany vs. European Parliament and Council of the European Union*, C-376/98; en: <http://eur-lex.europa.eu>.

estableciendo la misma prohibición, y el gobierno alemán ya expresó nuevamente su inconformidad, por lo que podría llegarse otra vez a una controversia jurisdiccional⁴⁰².

Las inconsistencias en la interpretación y ejecución del principio de subsidiaridad tienen muchas causas, y su acogida en la futura Constitución Europea no sería una garantía *per se* de un mejor cumplimiento del mismo. Sin embargo, tal instrumento podría contribuir a consolidar la interpretación y ejecución del principio en dos aspectos, que son el político-valorativo y el técnico-jurídico.

En el primer caso, debe resaltarse que el principio de subsidiaridad, como ideal político, presupone una estructura federal desarrollada y eficaz. La subsidiaridad, bien entendida, funciona como un control político de la federación, a la cual generalmente corresponden las atribuciones más importantes en términos políticos y financieros. Este principio implica, pues, el entendimiento de que la federación, como unión de sus integrantes, puede y debe realizar las tareas más complicadas y que afectan a la totalidad, en razón de que las entidades que la conforman la requieren para defender los intereses de sus ciudadanos, cuando por sí mismos ya no pueden o no pueden hacerlo de manera eficaz. Justo bajo dicho entendimiento queda muy claro que la federación no debe hacer uso indebido de la fuerza que le confieren las entidades en su conjunto, *i.e.* no debe servirse del poder delegado para desintegrar a los poderes delegantes. Es en base a la delegación de funciones como se torna instrumental el principio de subsidiaridad.

Ahora bien, ello resulta complicado en un sistema que se describe a sí mismo como *quasi*-federal, pues la falta de autocomprensión de los Estados miembros y de los órganos de la UE como sistema político federal hace que el principio de subsidiaridad se convierta en un medio ideal y un tanto aislado: permítaseme aclarar esto. La toma de decisiones en la UE se da bajo un entendimiento *sui generis* de distribución de poderes. El Consejo, que toma la mayor parte de las decisiones trascendentales y reglamentarias, se entiende a sí mismo como la representación de los Estados miembros, y la posibilidad de veto que en él

⁴⁰² REGIERUNGonline. *Bundisregierung skeptisch gegenüber Tabak-Werbeverbot der EU*; en:

existe es concebida como el límite a la acción comunitaria. Pero ello tiene un vicio de origen, ya que pese a todo se trata de un órgano comunitario, con un *modus operandi* ajeno al de los procesos democráticos propios de los Estados modernos de derecho. La actuación de los representantes ahí presentes generalmente obedece a intereses gubernamentales, no nacionales y mucho menos regionales. Un símil que permite ilustrar lo dicho es la negociación internacional. En ella, la participación democrática es relegada a un papel meramente aprobatorio. Son los poderes ejecutivos federales o centrales quienes tienen a su cargo dicho quehacer político-normativo, lo cual es comprensible por la propia complejidad de las relaciones internacionales, y finalmente se justifica que sea el titular electo de un poder central o federal el encargado de representar a la colectividad fuera de sus fronteras; la unidad lo requiere. Pero la UE ya no puede asumirse a sí misma como un organismo internacional, en donde el método intergubernamental, *i.e.* el método del Consejo, sea el decisivo para la vida de varios centenares de millones de personas. En el momento mismo en que una reunión de representantes gubernamentales puede hacer a un lado la normatividad que se han dado sus países conforme a procesos democráticos parlamentarios, ya no se puede justificar una toma de decisiones de ese tipo⁴⁰³. Para que el principio de subsidiaridad cumpla su función de control político de la Unión, es necesario que ésta se desarrolle hacia una federación propiamente dicha, con un sistema claro de distribución de competencias y de rendición de cuentas ante instancias apropiadas para un ente que ya desde hace tiempo interviene en la vida de todas las personas que viven en la unión de los Estados miembros. *La autoconcepción de un sistema federal sólo será posible en la medida en que la Constitución Europea refleje con claridad tal estructura, y su sola existencia ya es parte de ello, pues se trataría de la norma fundante de todo un sistema integrado por diversas constituciones nacionales. Y no es necesario que la Constitución Europea se refiera explícitamente a la 'federación', pero sí debería quedar*

www.bundesregierung.de.

⁴⁰³ El Consejo puede incluso convertirse en un enemigo de las fuerzas democráticas nacionales, pues al poder legislar a nivel comunitario en contra de lo ya legislado en la esfera nacional, los poderes ejecutivos nacionales pueden tratar de apartarse de los contrapesos a los que están sujetos internamente. De ahí que el Grupo de Trabajo sobre Parlamentos Nacionales de la Convención Europea haya dedicado un apartado especial al control de los gobiernos nacionales a cargo de sus parlamentos, sugiriendo, *inter alia*, que el Consejo informe oportunamente a los legislativos nacionales y que los ministros del Consejo comparezcan

muy claro en qué principios se basa la distribución de competencias entre Unión y Estados miembros. Lo último nos lleva al aspecto técnico-jurídico.

La subsidiaridad como principio distributivo-normativo no es viable por sí mismo, pues requiere de una serie de factores legales que aseguren su instrumentación debida. Los ejemplos a los que nos referimos anteriormente son muestra de ello (*vid supra*: pp. 226 y 227), y la mayoría de los involucrados en el debate actual concuerdan con la necesidad de crear mecanismos de revisión de conformidad de las normas comunitarias con el principio de subsidiaridad. Ingólf Pernice, *egr.*, propone la creación de un órgano *ad hoc* denominado "comisión parlamentaria sobre subsidiaridad", que estaría conformada por dos o tres parlamentarios nacionales, electos por sus respectivas cámaras, incluyendo a representantes de la oposición y, en el caso de Estados federales, a integrantes de la cámara que represente a las regiones. Los integrantes de dicho órgano tendrían que informar periódicamente a sus parlamentos a fin de despertar los debates pertinentes en el ámbito nacional, lo cual serviría a su vez para acercar las políticas comunitarias a los ciudadanos. La comisión propuesta por Pernice no sería un órgano legislativo sino una "institución consultiva", que tendría la facultad para intervenir en los diferentes momentos de la creación normativa, *i.e.* desde la iniciativa hasta la discusión sobre la aprobación del acto jurídico, y sólo en aquellos casos relacionados con el principio de subsidiaridad o con la delimitación de competencias entre la UE y sus miembros, por lo que consideramos que debería llamarse "comisión parlamentaria sobre subsidiaridad y control de competencias". Sus recomendaciones sólo obligarían a los órganos legislativos de la Unión a reconsiderar sus decisiones, tomándose en cuenta las observaciones de la comisión, y, en todo caso, contaría con una facultad de veto respecto a los actos dictados en virtud de las normas que establecen competencias por objetivos, como los ya comentados arts. 95 y 308 del TCE (*vid supra*: p. 42)⁴⁰⁴. Lo interesante de la propuesta de Pernice es que justamente al obligar a los órganos legislativos de la UE a argumentar sus decisiones se lograrían muchas cosas

ante los mismos (Cfr. Secretaría de la Convención Europea, *Informe final del Grupo IV sobre el papel de los parlamentos nacionales*, Bruselas, 2 de octubre de 2002, pp. 4-9; en: <http://europa.eu.int/futurum/>).

⁴⁰⁴ Cfr. Pernice, Ingólf, *Der Parlamentarische Subsidiaritätsausschuss*, WHI-Paper 11/02, Berlín, septiembre de 2002; en: www.whi-berlin.de/pernice-nsa.htm.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fundamentales para el futuro legislativo de la Unión: mayor transparencia y cercanía con la ciudadanía, así como una mejor comprensión de las políticas comunes, todos aspectos que redundarían en la democratización de la UE. En el terreno jurídico *strictu sensu*, las ventajas también serían incuestionables, ya que la argumentación necesariamente tendría que abarcar cuestiones técnico-jurídicas sobre las posibles colisiones entre la norma comunitaria a promulgarse y las normas de competencia nacionales vigentes. Dicha argumentación, y la propia de la comisión parlamentaria sobre subsidiaridad, constituirían elementos muy valiosos para el TJCE al momento de resolver una posible controversia en la materia, agilizando los procesos jurisdiccionales y dotándolos de mayor certeza jurídica.

Por supuesto que el problema de la delimitación de competencias no se agota con la debida instrumentación del principio de subsidiaridad, pero sin duda se avanzaría considerablemente con ello. Ahora bien, la redistribución de competencias es un problema materialmente político, ya que determinar qué materias debe legislar y ejecutar la UE y cuáles los países miembros es una cuestión que sólo los tiempos políticos irán resolviendo. Sin embargo, corresponde a la ciencia jurídica resolver la pregunta sobre el régimen distributivo que debería plasmarse en la Constitución Europea. Existen varias propuestas al respecto, mismas que no podemos analizar aquí⁴⁰⁵, pero ello no nos priva de mencionar, basándonos en algunas de dichas propuestas, qué esquema consideramos viable.

En el debate sobre el futuro de Europa se percibe cierto temor a hablar de 'federación', lo cual se explica en función de las asociaciones que suelen hacerse entre las federaciones y los Estados nacionales. Ciertamente, la UE no es, ni será un Estado-nación, pero, de hecho, algunas federaciones hoy en día tampoco lo son. Suiza—la diferencia entre federación y confederación es sólo de grado (*vid supra*: nota 174)— y Bélgica son claros ejemplos de ello. Dicho temor es el mismo que despierta la palabra 'constitución', por lo que algunos juristas se esfuerzan en aclarar que la constitución no se refiere necesariamente al Estado-nación⁴⁰⁶. Lo anterior es totalmente acertado, pero requiere de

⁴⁰⁵ Al respecto, véase: Pernice, Ingolf, *Rethinking the Methods of Dividing and Controlling the Competencies of the Union*, *opus cit.*

⁴⁰⁶ Así, por ejemplo, Ingolf Pernice en sus diversos ensayos que se han citado a lo largo del presente trabajo.

una precisión que se desprende del propio concepto de federación: el Estado tampoco es sinónimo de Estado-nación, es decir, así como ya existen Estados multinacionales, no hay nada que impida conceptual e instrumentalmente la formación de un Estado posnacional⁴⁰⁷. De esta manera, debe aceptarse con toda tranquilidad que el discurso sobre el futuro de Europa es una "discusión sobre la redistribución de competencias [que] sólo puede desarrollarse con sentido en el marco de la pregunta acerca de la constitución y del debate sobre el federalismo"⁴⁰⁸. Por ello es conveniente recordar los sistemas federales de distribución de competencias más conocidos.

Básicamente, tenemos los sistemas de delegación expresa, de poderes residuales y el bipolar. El primero, también conocido como estadounidense por su origen, es el más común⁴⁰⁹ y consiste en que las competencias que no están expresamente delegadas a la federación son de las entidades federativas⁴¹⁰; el segundo, conocido sobre todo en Canadá, estipula exactamente lo inverso, por ello se habla de que el resto de lo que no está expresamente delegado a las entidades es competencia de la federación; y el bipolar es aquel en el cual se delegan competencias expresas a los diferentes niveles de gobierno, pudiendo ser cerrado, como en Bélgica, o abierto, como en Suiza, caso último en el que

⁴⁰⁷ Cuando Pernice menciona que partiendo "de la base de un concepto (...) posnacional de constitucionalismo, no parece ser necesario asumir que sólo los Estados pueden tener una constitución" (Pernice, Ingolf, *Rethinking the Methods of Dividing and Controlling the Competencies of the Union*, *opus cit.*, p. 13), se denota una cierta confusión entre Estado y Estado-nación. Pernice basa su concepto de constitucionalismo posnacional en autores como Konrad Hesse y Jürgen Habermas, mismos que analizamos en el Capítulo Tercero, pudiendo observar que su crítica al entendimiento tradicional del Estado es un rompimiento con la vinculación, que se presume erróneamente necesaria, entre Estado y nación, pero ellos nunca descartan que la constitución, como instrumento jurídico y político fundamental, constituya una unidad política, i.e. un *status* (estado) político propio de una colectividad de personas que interactúan conforme a las características de dicho *status* en un territorio determinado (*vid supra*: Capítulo Tercero, II, A y III, B). Pernice tampoco cuestiona lo dicho, pero insiste en la necesidad de separar los conceptos Estado y constitución, cuando en realidad lo que se debe distinguir conceptualmente es Estado y nación, y, por tanto, constitución y nación.

⁴⁰⁸ Hucke, Matthias-Schantz, Peter, Seminario de Verano en la Facultad de Derecho de la Universidad Humboldt de Berlín, dirigido por Pernice, Ingolf, *Berliner Thesen zur Europäischen Kompetenzdebatte*, Berlín, 2001, p. 1; en: www.whi-berlin.de. La traducción y los corchetes son míos.

⁴⁰⁹ Ejemplos de este sistema los encontramos en las constituciones de México, Brasil, Alemania y Austria, entre otras.

⁴¹⁰ Ello en términos muy generales, pues en dichos sistemas intervienen competencias compartidas, concurrentes, implícitas, así como obligaciones y prohibiciones expresas tanto para la federación como para las entidades (Cfr. Sánchez Bríngas, Enrique, *Derecho Constitucional*, Editorial Porrúa, México, 1995, pp. 310-313; Carpizo, Jorge, voz de "Facultades en el Estado federal", en: Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo IV, UNAM-Editorial Porrúa, México, 2002, pp. 23-25).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

además de las facultades expresas para los diferentes niveles se establecen competencias concurrentes y coincidentes⁴¹¹.

Antes de describir el modelo que consideramos más adecuado, es preciso recordar el sistema existente en la UE, que se compone de los cinco principios indicados por Ingolf Pernice: a) competencias atribuidas y limitadas; b) competencias por áreas; c) por objetivos; d) negativas; y e) abolidas (*vid supra*: pp. 43 y 44). Podemos sostener que de la combinación de a) y b) resulta un modelo de delegación expresa o estadounidense, y los principios d) y e) en poco lo afectan, como tampoco lo hacen los principios de subsidiaridad, de proporcionalidad y otros aplicables al régimen comunitario. Sin embargo, la regla contenida en c) presenta serios problemas para la integridad de dicho modelo, pues implica un tipo, aunque fuertemente cuestionado, de *Kompetenz-Kompetenz*, que le permite a los órganos de la UE ir más allá de lo que les compete expresamente y que sólo se limita por la regla d). Además, como la norma a) se refiere de manera muy general a los límites establecidos en el TCE y TUE, no excluye la atribución de competencias de los órganos comunitarios justamente en la medida en que tal atribución se pueda interpretar como "los objetivos" de dichos tratados, lo cual es sumamente ambiguo. Al implicar la norma a) a la regla contenida en c), el sistema realmente sólo cuenta con un límite contundente, siendo éste la regla d), *i.e.* las prohibiciones expresas para la UE. De esta manera, podemos inferir que el sistema de distribución de competencias de la UE se rige, al menos teóricamente, por la siguiente máxima: es competencia de la UE todo aquello que no se encuentre expresamente reservado a los Estados miembros mediante una prohibición para la UE, estipulada en los tratados comunitarios. Empero, dicho modelo no es compatible con el principio de subsidiaridad, ya que, debido a su ambigüedad, las competencias por objetivos, que forman parte de todo aquello que no es exclusivo de los Estados miembros según la máxima anterior, difícilmente se pueden definir como facultades exclusivas, y "en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiaridad" (art. 5, segundo párrafo

⁴¹¹ Cfr. Pernice, Ingolf, *Rethinking the Methods of Dividing and Controlling the Competencies of the Union*, *opus cit.*, p. 7.

del TCE)⁴¹². Además, y al igual que cualquier otro modelo que se pretenda atribuir a la UE, el mencionado enfrenta un problema adicional, consistente en que la distribución de competencias no se agota con lo estipulado en los tratados comunitarios, pues las constituciones de los entes que componen la Unión, *i.e.* las constituciones nacionales de los Estados miembros, pueden señalar por autoridad propia qué competencias son exclusivamente nacionales. En este sentido cabe referirse a la decisión del TJCE, de enero de 2001, en la que determinó que las mujeres alemanas tienen derecho a ingresar a sus fuerzas armadas, pues aunque el art. 12^a de *Ley Fundamental* habla de "los hombres mayores de 18 años"⁴¹³, la *Directiva 76/207* estipula la igualdad de géneros en el acceso a profesiones. El argumento de la Corte europea consiste en que "a pesar de que le corresponde a los Estados miembros tomar las medidas necesarias para garantizar su seguridad interna y externa, así como las decisiones sobre la organización de sus fuerzas armadas, de ahí no se sigue que tales decisiones se salgan totalmente del ámbito del derecho comunitario"⁴¹⁴. El término "ámbito", aunque poco preciso, denota la preocupación por objetivos y fines del derecho comunitario, como lo es la igualdad de géneros, pues si bien la *Directiva 76/207* se refiere a profesiones, *i.e.* a una materia compartida entre la CE y los Estados miembros (TCE, tercera parte, título VIII), el objetivo de la CE es garantizar un respeto global de dicha igualdad. Claro, aquí no estamos ante un caso estrictamente legislativo, como en el caso de las Directivas sobre la prohibición de la publicidad del tabaco, pero la interpretación de una norma legislada a cargo de una autoridad competente siempre integra el significado de esa norma, por lo que si es relevante en la presente polémica. De todo lo anterior podemos concluir que el sistema de distribución de competencias en la UE es poco claro, contiene principios que entran eventualmente en contradicción y, sobre todo, no forma una unidad con los sistemas nacionales, reflejando una vez más el problema de los diferentes criterios de individualización.

⁴¹² TCE, *opus cit.*

⁴¹³ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, opus cit.*, p. 227.

⁴¹⁴ TJCE, *Judgment of the Court of 11 January 2000, Tanja Kreil vs. Bundesrepublik Deutschland*, C-285/98; en: <http://curia.eu.int>.

Ahora bien, ¿qué sistema sería el adecuado para la UE post-Niza, es decir, qué modelo de distribución de competencias debería establecer la Constitución Europea? Debido a la falta de claridad mencionada, se antoja razonable un sistema de delegación expresa con listas de materias de competencia exclusiva, concurrentes y compartidas, quedando todo lo demás reservado a los Estados miembros. Sin embargo, la claridad que implica dicha propuesta tiene un costo muy alto frente al objetivo de preservar las identidades de los entes de la Unión, pues, como bien señala Pernice: “ha quedado claro que un sistema como el de la constitución alemana (...) no ha prevenido de un proceso continuo de centralización, erosionando las competencias de los *Länder*”⁴¹⁵. Dicha erosión, común en varios Estados federales, suele darse mediante reformas constitucionales que aumentan las atribuciones de la federación en perjuicio de los poderes delegantes. En la UE, el respeto a las facultades soberanas de los miembros de la Unión por parte de ésta es todavía más importante que en las federaciones tradicionales, porque se trata de entidades que llegaron a consolidarse como Estados nacionales después de largas y sufridas luchas políticas y que empezaron a ceder parte de esas facultades soberanas a penas hace medio siglo. Entonces, ¿cómo crear un modelo que garantice claridad a los ciudadanos y certeza jurídica a los encargados de aplicarlo, por un lado, y respeto a las funciones de los Estados miembros, por el otro?

*El sistema bipolar parece responder a estas demandas*⁴¹⁶, ya que cuenta con catálogos de competencias, respondiendo a la exigencia de claridad, pero respecto a los diferentes niveles de gobierno—más que de gobierno deberían nombrarse ‘niveles de Estado’—, lo cual los coloca en una posición equilibrada, promoviendo el respeto mutuo en el uso de las funciones públicas. El hecho de que este modelo se haya desarrollado en países como Bélgica y Suiza, en donde el multiculturalismo se expresa en las mismas lenguas oficiales, es ya bastante significativo. No obstante, la futura Constitución de la UE

⁴¹⁵ Pernice, Ingolf, *Rethinking the Methods of Dividing and Controlling the Competencies of the Union*, *opus cit.*, p. 11.

⁴¹⁶ Esta propuesta, con algunos matices diferentes, se encuentra en los trabajos de Ingolf Pernice, aunque él no hace referencia expresa al sistema bipolar al momento de formularla (Cfr. Pernice, Ingolf, *Rethinking the Methods of Dividing and Controlling the Competencies of the Union*, *opus cit.*; así como: *Berliner Thesen zur*

no debe convertirse en una copia, pues la dinámica *sui generis* de la Europa comunitaria sugiere un camino propio, aunque basado en la experiencia.

De entrada, el sistema bipolar tendría que ser abierto, *i.e.* no basarse únicamente en catálogos de competencias exclusivas para Unión y miembros, sino incorporar también competencias concurrentes y compartidas. Hasta aquí no hay diferencia con el sistema suizo, pero faltan dos clases de competencias, características de la UE, que no podrían faltar en la Constitución Europea si ella pretende reflejar fielmente la realidad política comunitaria: se trata de las complementarias y de la cooperación reforzada entre los Estados miembros. Las competencias complementarias se dan actualmente en el sector salud, *e.gr.*, y deben subordinarse enteramente al principio de subsidiaridad, ya que complementan las políticas nacionales cuando éstas lo requieren para instrumentar fines comunes. La cooperación reforzada, estipulada en el título VII del TUE, significa que los Estados miembros pueden "hacer uso de las instituciones, procedimientos y mecanismos"⁴¹⁷ del TUE y del TCE, bajo determinadas condiciones, que se pueden resumir en la exigencia de que el objeto de la cooperación reforzada sea compatible con los principios y objetivos de la UE. La cooperación reforzada se instrumenta generalmente mediante decisiones adoptadas en el seno del Consejo por los representantes de los gobiernos nacionales que participan en la cooperación respectiva. La Constitución Europea debería conservar estas dos competencias, especificando que su ejercicio no podría afectar las competencias exclusivas, compartidas o concurrentes de los Estados y de la Unión, aunque sería conveniente que remitiera a normas inmediatamente subordinadas para su regulación específica, pues de otra manera se incurriría en el riesgo de crear todo un tratado constitucional, excesivamente regulatorio, como los tratados comunitarios actuales, y ello iría en contra de los propósitos más nobles del proyecto constitucional europeo, tales como la transparencia, la identificación de la ciudadanía con su nuevo marco constitucional y la simplificación y sistematización jurídicas.

Europäischen Kompetenzdebatte, Seminario de Verano en la Facultad de Derecho de la Universidad Humboldt de Berlín, dirigido por Pernice, Ingolf, *opus cit.*

⁴¹⁷ TUE, *opus cit.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Un aspecto muy polémico resulta la conveniencia de conservar las competencias negativas. Pernice, por ejemplo, se inclina por ello, incluso manifestándose a favor de un incremento de las mismas⁴¹⁸. Nuestra opinión es que una clara distinción entre competencias exclusivas de la UE y de los Estados miembros hace tales normas prohibitivas innecesarias, y no se trata de complicar demasiado un sistema que debe simplificarse. Sin embargo, entendemos la preocupación del profesor de la Universidad Humboldt, pues a la fecha dichas normas han sido un freno seguro en contra de los abusos en el ejercicio de competencias por parte de la UE. Otro gran debate gira en torno a las competencias por objetivos, especialmente respecto al art. 308 del TCE. Si bien es cierto que estas facultades han causado mucho daño a la hora de delimitar las competencias entre la UE y los Estados, y han sido, por tanto, motivo de serios distanciamientos políticos entre los integracionistas y los euroescépticos regionalistas, también lo es que la solución de dichos problemas no consiste forzosamente en la eliminación del precepto indicado. Las propuestas de Pernice al respecto nos parecen las más adecuadas. En primer lugar, se habla de la posibilidad de que la instancia (o procedimiento, en su caso) encargado de verificar el cumplimiento del principio de subsidiaridad tenga (o incluya) la facultad de vetar las normas que surjan con fundamento en el art. 308 si vulneran el principio mencionado o interfieren de cualquier otra forma en las competencias exclusivas de los Estados miembros o en las compartidas. Asimismo, Pernice y otros juristas sugieren una redacción mucho más precisa del mismo artículo en la futura Constitución Europea a fin de que se preste a menos abusos, como podría ser una frase que limite esta competencia con toda claridad "al mercado interior y su funcionamiento"⁴¹⁹.

La ubicación de las diferentes reglas de competencia es otro de los aspectos relevantes en el presente debate. El grupo encabezado por el político francés, Alain Juppé⁴²⁰, recomienda que las competencias exclusivas de la Unión se establezcan en la futura Constitución, mientras que las compartidas se creen en leyes orgánicas, cuyo procedimiento de reforma sería más dificultado que el de las normas derivadas comunes,

⁴¹⁸ Pernice, Ingolf, *Rethinking the Methods...*, pp. 16 y 17.

⁴¹⁹ *Idem.* p. 16.

⁴²⁰ *Cfr. Idem.* pp. 9 y 10.

pero menos estricto que el prescrito para las reformas constitucionales. La *propuesta Juppé* sólo contempla competencias exclusivas para la UE y un poder residual para los Estados, con lo que no concordamos, pues, como ya se dijo, se correría el riesgo de una centralización paulatina. No obstante, si rescatamos su propuesta sobre la ubicación, podemos establecer que *la Constitución Europea debería enumerar exhaustivamente las competencias exclusivas de la UE y de los Estados, establecer los principios generales para la delimitación, especialmente el de subsidiaridad con todo y su procedimiento de control político, contener las reglas de competencia implícita por objetivos, pero delimitándolas lo más que se pueda*⁴²¹, *estipular las reglas para la concurrencia y hacer referencia a las leyes orgánicas, en el sentido de la propuesta Juppé, que regularían las competencias complementarias, compartidas y la cooperación reforzada.*

Consideramos que la futura Constitución debería contener un mecanismo incontestable para resolver las controversias sobre competencias entre Estados y Unión, *i.e.* un proceso judicial último, irrecurable, sustanciado ante un máximo tribunal, que tendría que ser, en nuestra opinión necesariamente, el TJCE. Existe un consenso bastante generalizado sobre este punto, y la mayoría de los tratadistas, así como el mismo Grupo de Trabajo I de la Convención Europea⁴²², coinciden en que el tribunal indicado sería el TJCE, aunque si se ha mencionado la posibilidad de crear un órgano jurisdiccional *ad hoc* basado en la experiencia de la Corte de Arbitraje belga (art. 142 de la Constitución belga)⁴²³. Este Grupo menciona la posibilidad de crear una sala especial para controlar el cumplimiento del principio de subsidiaridad dentro del TJCE, pero concluye que esa decisión debería tomarla el propio tribunal⁴²⁴. En efecto, tal decisión correspondería al TJCE, pero cabe señalar que aunque el Grupo tiene como tema la subsidiaridad, su propuesta respecto al sistema de control jurisdiccional no debería limitarse a ese principio sino extenderse a toda controversia posible sobre competencias entre Estados y Unión. Por

⁴²¹ Los alcances de este tipo de normas son generalmente esclarecidos mediante la jurisprudencia, ya que en realidad se trata de un problema de interpretación de su significado.

⁴²² Cfr. Secretaría de la Convención Europea. *Conclusions of Working Group I on the Principle of Subsidiarity*, opus cit. pp. 7 y 8.

⁴²³ *La Constitution belge*: en: <http://www.senate.be>.

otro lado, acierta al sugerir que las acciones para promover estas controversias jurisdiccionales no deberían limitarse a los gobiernos nacionales y a las instituciones comunitarias, sino que tendrían que extenderse a los parlamentos nacionales y al CR⁴²⁵.

No hay duda que el problema esencial de la solución judicial de las controversias en la materia consiste en que no hay un último tribunal en la materia, pues, de hecho, el TJCE ya cuenta con competencia para resolver esas contiendas (art. 230, segundo párrafo), pero la misma la tienen las cortes constitucionales o supremas nacionales. Sin embargo, las propuestas que se han elaborado para resolver el problema difieren considerablemente. Hay quienes piensan que no se trata de un problema jurídico: "La problemática sobre la competencia en el terreno jurisdiccional (la exigencia de la 'última palabra' sobre la totalidad de las competencias de la UE/CE por parte de los tribunales de los países miembros) no se puede resolver jurídicamente, por lo que es una cuestión de confianza en el TJCE. Si éste sigue desarrollando una autocomprensión en el sentido de la sentencia sobre la 'directiva del tabaco', entonces las exigencias de crear un nuevo tribunal de competencias o de trasladar la última decisión a los órganos políticos se tornarían innecesarias"⁴²⁶. Consideramos este razonamiento equivocado debido a su carácter contingente, ya que no hay garantía de que los tribunales nacionales efectivamente desarrollen esa confianza, aunque el TJCE respete las competencias nacionales, como lo hizo en el "caso Tabaco". En realidad, se trata de un problema de la visión del derecho que uno adopte, pues conforme a la teoría realista se podría estar de acuerdo con el criterio citado, toda vez que, bajo su guía argumentativa, serían los tribunales quienes determinarían cuál es el derecho válido, y, en este caso concreto, el órgano jurisdiccional competente para resolver tales controversias. Y el papel de la ciencia del derecho consistiría precisamente en lo que hacen los autores del pasaje referido, *i.e.* en hacer proposiciones que constituyen "en última instancia predicciones acerca de qué directivas

⁴²⁵ Cfr. Secretaría de la Convención Europea, *Conclusions of Working Group I on the Principle of Subsidiarity*, opus cit, p. 8.

⁴²⁶ Cfr. *Ibidem*.

⁴²⁷ Melcher, Philipp/Smolek, Martin, *Prozedurale Lösungen für die Kompetenzfrage*; en: *Berliner Thesen zur Europäischen Kompetenzdebatte*, Seminario de Verano en la Facultad de Derecho de la Universidad Humboldt de Berlín, dirigido por Pernice, Ingolf, opus cit, p. 8.

serán aplicadas por los jueces [valiéndose para ello] de los aportes de otras ciencias, como la sociología o la psicología, las cuales pueden suministrar datos acerca del contexto social, económico, etc., que rodea a los jueces, permitiendo mayor certeza en los juicios de probabilidad relativos a sus futuras decisiones"⁴²⁷. No estamos de acuerdo con este postulado de la teoría realista del derecho por diferentes motivos. En primer lugar, existen varios ejemplos en la vida judicial de diferentes países que permiten contradecirlo. En Alemania, por ejemplo, la Corte Federal Constitucional ha cambiado su opinión sobre la posibilidad de ejercer un control sobre las normas comunitarias en relación con los derechos fundamentales de la *Ley Fundamental* en más de una ocasión, y ello a pesar de que el TJCE desarrolló, a más tardar después de "Solange I", un compendio de derechos humanos más que suficiente para los estándares básicos considerados por la Corte alemana (*vid supra*: pp. 92 y ss.). En segundo lugar, el argumento sobre la probable aceptación del TJCE por parte de los jueces nacionales es paradójico, pues presupone que la determinación metajurídica del órgano competente está a cargo de sujetos para ello debidamente autorizados, *i.e.* competentes. Es preciso preguntarse lo siguiente: ¿qué no son las normas jurídicas, y, en última instancia, la norma fundante del ordenamiento jurídico nacional respectivo, las que determinan la competencia de los jueces de los Estados miembros? Los ciudadanos y funcionarios de un Estado *A* reconocen que en su territorio existe un órgano encargado de juzgar en última instancia, no porque ese órgano se haya comportado bien o haya respondido a ciertas expectativas, que bien pueden ser diferentes entre todos esos ciudadanos y funcionarios, sino porque existe una norma jurídica válida en *A* que le otorga tal competencia, y esa norma es considerada obligatoria porque es válida, y es válida porque ha sido dictada conforme a otra u otras normas igualmente válidas, y así hasta llegar a la norma fundante de ese orden jurídico, *i.e.* a la norma que *constituye* el Estado *A*. De esta manera, tendríamos, en caso de ser correcto el argumento realista del seminario berlinés, que la aceptación metajurídica de una regla de competencia únicamente puede correr a cargo de órganos facultados para ello por normas jurídicas, *i.e.* competentes: o sea que en un caso la competencia se determinaría por normas jurídicas, y sólo por normas jurídicas, y en el otro no. La paradoja consiste en definir la

⁴²⁷ Nino, Carlos S., *Introducción al Análisis del Derecho*, *opus cit.*, p. 316. Lo que está entre corchetes es mío.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

competencia como aptitudes derivadas de normas jurídicas y sostener que se determina en función de criterios no jurídicos.

De lo anterior se desprende que *solamente se puede predicar con certeza que los órganos jurisdiccionales de los países miembros aceptarían la competencia del TJCE para resolver las controversias mencionadas, si tal facultad le fuese atribuida objetivamente por una norma jurídica, que sería aceptada por los jueces de los países miembros en virtud de que se hubiese dictado conforme a un procedimiento normativo reconocido por ellos como válido porque se fundamentaría, en última instancia, en una norma fundante del orden jurídico, que establecería el régimen de competencias y otras funciones normativas básicas de la nueva comunidad política europea, i.e. la Constitución Europea.* El nuevo régimen de distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros tendría que establecerse, por definición, en dicha Constitución, por lo que la función de resolver *definitivamente* las controversias al respecto correspondería al guardián de la misma.

Una auténtica justicia constitucional, que no sólo se ocupe de las controversias sobre competencias sino de la constitucionalidad de la totalidad de los actos jurídicos subordinados a la norma fundante, es un requisito indispensable para que la futura Constitución Europea triunfe como norma jurídica. Ello queda aún más claro con las ideas de Kelsen sobre la justicia constitucional. En *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, el iusfilósofo austriaco expone la importancia de contar con un órgano jurisdiccional encargado de vigilar el cumplimiento de la constitución.

La constitución, como toda norma jurídica, debe contar con mecanismos encargados de asegurar su debida aplicación, ya que en el caso contrario se corre el riesgo de que ésta pierda su fuerza obligatoria, y con ello su eficacia. De ahí que para todo incumplimiento de la norma constitucional se debe prever una sanción. Lo anterior se puede contemplar simplemente como un requisito de su eficacia, y con ello existencia, o bien como el

Cabe destacar que el pasaje citado hace referencia a Alf Ross.

elemento que define a la norma constitucional como jurídica, pero en cualquiera de los dos casos la relevancia de la existencia de una sanción por su incumplimiento es evidente. Ahora bien, si para la aplicación de la sanción no se estipulan mecanismos claros y técnicamente sofisticados, y, sobre todo, un órgano encargado de ella, entonces la constitución tendría una fuerza normativa bastante restringida y el orden por ella instaurado sería altamente descentralizado o, en la terminología de Hart, primitivo. El problema al que se enfrentaría las normas constitucionales, y con ello el orden político fundamental de un Estado, sería el mismo al que se enfrenta el derecho internacional: "una fuerza obligatoria mínima (...) que conduce a cantidad de autores, por error sin duda, a negarle de manera general, el carácter de derecho"⁴²⁸. La sanción apropiada en el caso de incumplimiento de una norma constitucional es la anulabilidad de la norma que se creó en violación a la primera, ésta es su garantía de regularidad: "Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico"⁴²⁹. Y el órgano apropiado para realizar dicha función es, obviamente, un tribunal de derecho, independiente de los poderes ejecutivo y legislativo— aunque, como bien apunta Kelsen, su función es en cierto sentido legislativa, pues decide sobre la derogación o no de las normas jurídicas⁴³⁰— y jerárquicamente superior a los demás tribunales del Estado de que se trate, ya que su función es velar por el cumplimiento de la norma jerárquicamente superior del orden jurídico de ese Estado.

Se podría decir que el TJCE ya cumple con todas esas funciones, que es, pues, un tribunal constitucional. Empero, ello no es así por dos razones muy sencillas, comentadas a lo largo de este trabajo. En primer lugar, no hay una estructura jerárquica entre el TJCE y los órganos judiciales de los Estados miembros, pues a pesar de que todo tribunal ordinario en esos Estados acepta comúnmente la superioridad del TJCE frente a ellos mismos, no la acepta siempre, y de hecho casi nunca, frente al máximo tribunal de su propio orden. Más allá, las cortes nacionales supremas no siempre se someten al TJCE, sino que más bien compiten con él por esa *última palabra*, que en derecho no es una pretensión vanidosa sino

⁴²⁸ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, opus cit. p. 98.

⁴²⁹ *Idem*, p. 95.

⁴³⁰ *Idem*, p. 54.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

un elemento necesario para su existencia. En segundo lugar, no hay una norma fundante de toda esa colección normativa aplicable en los territorios de la UE. Así, observamos como el TJCE es, ciertamente, el guardián de los tratados comunitarios; es el tribunal constitucional del orden jurídico comunitario, *i.e.* el de las comunidades y de la UE, pero no es el tribunal constitucional para el conjunto de los territorios que integran la UE. En el hecho de que el TJCE no puede anular las normas nacionales que se oponen al derecho primario de la UE se puede constatar que no se trata de un tribunal constitucional propiamente, o más bien, de que se restringe en esa función a una parte, muy pequeña por cierto, del ámbito espacial y personal de validez del derecho comunitario⁴³¹.

Es importante subrayar que la garantía de la constitucionalidad va más allá de la protección de la propia constitución. Dado que el orden jurídico es un sistema estructurado jerárquicamente bajo el principio dinámico, al vigilar la constitucionalidad de leyes y demás actos jurídicos subordinados a la constitución no sólo se garantiza la eficacia de ésta sino la regularidad del orden jurídico en su totalidad, ya que éste se basa en aquella: "La idea de regularidad se aplica a cada grado en la medida en que cada grado es aplicación o reproducción del derecho. La regularidad no es, entonces, sino la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico"⁴³².

Recordando el elemento que nos condujo a la reflexión sobre la futura función como corte constitucional del TJCE, es decir las controversias sobre competencias, resulta interesante observar que la trascendencia de la justicia constitucional es aún más evidente en los Estados federales, pues, como ya se dijo, el respeto mutuo entre federación y entes federados, o entre Unión y Estados miembros en nuestro caso, es un requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado federal, y la garantía de dicho respeto se encuentra, ante todo, en la jurisdicción constitucional. Resulta conveniente recordar las palabras de Kelsen sobre el particular: "El Estado federal es, dicho de otro modo, un caso especial de

⁴³¹ Es preciso recordar que la primacía del derecho comunitario ha sido definida por el propio TJCE como "aplicación preferente", y que el TJCE nunca se ha pronunciado sobre la validez de las normas nacionales. Si lo ha hecho, en cambio, respecto de las normas comunitarias, como se vio en el "caso tabaco". La anulación de la que hablamos es, por supuesto, *erga omnes*.

⁴³² *Idem*, p. 14.

descentralización. La reglamentación de esta descentralización forma entonces⁴³³ el contenido esencial de la Constitución general del Estado la que determina, principalmente, cuáles materias serán reglamentadas por las leyes centrales, y cuáles por las leyes locales (...). El reparto de competencias es el núcleo político de la idea federalista (...) en suma, es necesario un tribunal constitucional; ya que toda invasión de la competencia de la Federación por un Estado-miembro, así como toda invasión a la competencia de los Estados-miembros por parte de la Federación es una violación de la Constitución general del Estado federal que hace de la Federación y de los Estados-miembros una unidad total". Esta función del tribunal constitucional, concluye Kelsen, es finalmente "una garantía de paz política en el Estado"⁴³³.

Es por todo lo anterior que *la Constitución Europea debería consagrar al TJCE como la máxima autoridad judicial de la Unión, subordinando jerárquicamente a los demás tribunales comunitarios y nacionales, incluyendo a las cortes constitucionales nacionales, a su jurisdicción en los ámbitos de su competencia, misma que también tendría que ser claramente definida en la Constitución, y que, grosso modo, consistiría en todo aquello que se relacione con la garantía jurisdiccional de la Constitución, especialmente las controversias sobre las competencias entre Unión y Estados miembros*. Y en este sentido se han expresado diversos políticos y juristas europeos. Por citar sólo algunos, tenemos al PSOE, que en su propuesta sobre el futuro de Europa sugiere que la Constitución Europea establezca un "Derecho superior garantizado jurisdiccionalmente" y un poder judicial federal europeo, "como sugiere la experiencia de EU"⁴³⁴. Entre los juristas destaca la opinión del profesor Heinzen, para quien "los fundamentos del derecho de la Unión Europea adquirirían una nueva cualidad con la creación de una Constitución Europea, pero no por la eliminación de la complejidad jurídica existente sino por la instalación de una corte constitucional, que impediría que los pronunciamientos políticos abstractos permanecieran sin consecuencias"⁴³⁵.

⁴³³ *Idem*, pp. 101-107.

⁴³⁴ PSOE, *Propuesta del PSOE sobre el futuro de la UE*, en: http://europa.eu.int/futurum/congov_es.htm.

⁴³⁵ Prof. Dr. Heinzen, *Vom Dickicht der Verträge zur europäischen Verfassung?*, Freie Universität Berlin, Berlin, 2000, p. 12; en: www.fu-berlin.de/jura.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Un sistema judicial unificado garantizaría mejor que cualquier otro sector oficial encargado de aplicar el derecho la unidad del mismo. Por ello es que ya Carlomagno y Enrique II de Inglaterra, que se enfrentaron al reto de gobernar en territorios donde permanecían vigentes diferentes sistemas jurídicos locales—tribales en un caso y eclesiásticos en el otro—vieron en la jurisdicción común uno de los elementos más poderosos para la consolidación de órdenes jurídicos propiamente dichos (*vid supra*: nota 6). La UE enfrenta un reto similar, toda vez que la Constitución Europea establecería un nuevo orden jurídico formal, que incluiría a los sistemas legales existentes de 25 Estados. Y por supuesto que en este caso no se trata de centralizar y eliminar dichos sistemas, pero sí de ordenarlos en uno mayor: que sería el europeo. *Este ordenamiento consiste en la jerarquización de todas sus normas, en la delimitación de las competencias, así como en la creación de un sistema judicial, que se encargaría de desarrollar criterios uniformes, aunque dinámicos, para la aplicación e interpretación del total del material jurídico, que así ya conformaría un orden jurídico federal dotado de coherencia jurídico-formal.*

Una de las cuestiones que más dolores de cabeza ha causado a los constitucionalistas es el de la legitimación de la Constitución Europea. Su supuesta problemática está directamente ligada a las creencias y mitos en torno al concepto de soberanía popular. Ya hemos criticado ampliamente la tesis del *non-demos* (*vid supra*: Capítulo Tercero, III, B), por lo que aquí sólo nos queda recordar que el modelo más adecuado para resolver dicha cuestión es el propuesto por el profesor Pernice (*vid supra*: p. 203), y que se basa en la viabilidad de la doble soberanía, *i.e.* la nacional y la europea. Aunque la decisión sobre la adopción de la Constitución no corre a cargo de la Convención Europea, ésta puede proponer un mecanismo para ello, y, afortunadamente, Giscard propuso que la adopción final sea mediante un referéndum europeo, que se llevaría a cabo junto con las elecciones para el PE en verano de 2004⁴³⁶.

En este marco teórico referencial faltaron algunos elementos, que omitimos tanto por la extensión como por el amplio consenso que existe al respecto. Entre ellos se encuentra la

⁴³⁶ Giscard: *referendum for EU constitution by 2004*, euobserver.com, 01/03/2002: www.euobserver.com.

inclusión de la CDFUE en la parte dogmática de la Constitución Europea, lo que implicaría una limitación en la creación normativa a favor del ciudadano y su respectivo control jurisdiccional constitucional, totalmente indispensable en un Estado posmoderno de derecho, democrático y social.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

C. EL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN EUROPEA ANTE LAS EXIGENCIAS DE LA CIENCIA JURÍDICA

El *Anteproyecto de Tratado Constitucional*³³⁷ no entra en detalles, lo que será objeto del resultado final de la Convención (mediados de 2003), sino que se limita a esbozar la estructura del futuro "tratado constitucional", así como a estipular sus principios rectores. Prácticamente, ningún precepto está redactado, sino que simplemente se menciona el tema, dejando en algunos casos varias opciones abiertas. Un análisis del mismo debe, por tanto, retomar las conclusiones de los Grupos de Trabajo respectivos de la Convención, algunos de los cuales hemos comentado anteriormente, así como ciertas declaraciones de sus creadores a medios de comunicación. A continuación se hace un breve resumen del texto del Praesidium.

En primer lugar, cabe aclarar que el nombre "Tratado Constitucional" no debe confundir. Los miembros del Praesidium lo escogieron, sin duda, debido a las irritaciones políticas que aún provoca la palabra 'constitución', pero el *Anteproyecto* no deja ninguna duda sobre su naturaleza como norma fundante, reflejando todos los elementos definitorios de las constituciones modernas. Incluso, antes de arrancar con la tabla de contenidos, se introduce el subtítulo: "*Treaty: Establishing a Constitution for Europe*". Y es que el temor a las reticencias políticas quizá ya esté infundado, pues todas las reacciones en los medios de comunicación y en los foros ciudadanos en Internet se refirieron y refieren al "anteproyecto de Constitución Europea".

Tras el preámbulo, cuyo contenido no está desarrollado, se esboza la Primera Parte, intitulada la "estructura constitucional", y consistente en los siguientes títulos: I. Definición y objetivos de la Unión; II. Ciudadanía de la Unión y derechos fundamentales; III. Competencias de la Unión y funciones; IV. Instituciones de la Unión:

³³⁷ The Secretariat of The European Convention. *Preliminary draft Constitutional Treaty, drawn up by the Praesidium*. Bruselas, 28 de octubre de 2002; en: <http://europa.eu.int/futurum>. La versión en español ya está disponible el mismo sitio. Todas las referencias a dicho texto tienen la misma fuente, por lo que se omiten las notas bibliográficas a continuación.

V. Instrumentación de las funciones de la Unión; VI. La vida democrática de la Unión; VII. El régimen financiero de la Unión; VIII. La acción de la Unión en el mundo; IX. La Unión y su entorno inmediato; y, X. La pertenencia a la Unión.

La Segunda Parte se refiere a las políticas comunes y se subdivide en cuatro partes: A. Políticas y acciones interiores; B. Acción Exterior; C. Defensa; y, D. Funcionamiento de la Unión. La Tercera Parte contiene las cláusulas finales y generales, que regularían cuestiones de gran relevancia jurídica como la derogación de los tratados comunitarios, la continuidad jurídica de la CE y la UE, el ámbito de aplicación, la adopción y entrada en vigor de la Constitución, el proceso de modificación de la misma, la duración y las lenguas oficiales. Precisamente en esta última Parte hay dos cuestiones que merecen un comentario. En primer lugar, la continuidad jurídica de la CE y la UE. El *Anteproyecto* no aclara de qué se trata en concreto, y por la redacción parece que se pretende que ambas comunidades persistan. Sin embargo, de otras cláusulas a lo largo del texto, y específicamente de los primeros dos Títulos de la Primera Parte se desprende el propósito de unificar la actual arquitectura de los tres pilares en un solo ente dotado de personalidad jurídica, tal como lo propuso el Grupo de Trabajo III⁴³⁸. Por ello, pensamos que la continuidad jurídica aquí mencionada se refiere al *acquis communautaire*, que permanecería en vigor tras la promulgación de la Constitución Europea, aunque de forma simplificada, si se quiere satisfacer la demanda de transparencia, cercanía a la ciudadanía y sistematización del orden jurídico. Interesante resulta el silencio sobre EUROATOM, y es que conforme al *informe final* del Grupo III, no hay aún consenso sobre qué se debería hacer con el *acquis* de esa comunidad. Para algunos lo correcto sería abrogar el TCEEA y fusionar algunas de sus disposiciones específicas en la Segunda Parte de la Constitución, otros consideran que por la especificidad y el carácter técnico de sus normas—recordemos su carácter de tratado ley (*vid supra*: p. 37)—lo indicado sería eliminar todas las normas redundantes del TCEEA y conservarlo después de dicha purificación como un tratado aparte, obviamente de rango inferior a la Constitución⁴³⁹. En nuestra opinión, la primera

⁴³⁸ The Secretariat of the European Convention. *Final report of Working Group III on Legal Personality*. *opus cit.* pp. 1 y 6.

⁴³⁹ *Idem.* p. 5. Lo relativo al rango jerárquico del TCEEA no está en el texto referido.

opción es la más adecuada, aunque se tendría que tener mucho cuidado para no hacer de esa Segunda Parte un catálogo interminable de políticas comunes y dejando toda regulación específica a cargo de leyes reglamentarias, u orgánicas para usar la terminología común entre los juristas europeos. El segundo comentario es sobre la forma que se podría adoptar para modificar la Constitución Europea, aspecto de gran importancia jurídica, pues definirá si se tratará de una constitución rígida o flexible, y nos permitirá reflexionar sobre las posibilidades de transición del orden jurídico que ésta creará.

Pasando a la Primera Parte, podemos constatar que del primer Título se desprende la intención de crear un ente de derecho público, basado en los principios de la diversidad de sus miembros, el respeto a los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, lo cual corresponde plenamente a las expectativas políticas sobre la Constitución Europea (*vid supra*: Capítulo Tercero, II. B y C). Cómico resultan, en cambio, las propuestas sobre el nombre que podría adoptar la nueva Unión, entre ellos "Estados Unidos de Europa" y "Europa Unida" (art. 1)⁴⁰. Y es que si el Praesidium no quiso entrar en detalles en preceptos muy importantes pudo haberse ahorrado sus propuestas sobre el nombre, que en todo caso despiertan más irritaciones políticas, como en el caso de los "Estados Unidos de Europa", que la palabra "constitución".

Pero regresando a temas serios, el art. 5 contempla la creación de la plena ciudadanía europea, paralela a las nacionales, y los europeos podrían utilizar libremente cualquiera de las dos en diferentes situaciones. Los derechos que crearía la ciudadanía europea son la libre circulación, la residencia, el derecho al voto pasivo y activo en elecciones municipales y al PE—todos ellos ya contemplados en los tratados comunitarios—, así como la protección diplomática en terceros países y el derecho de petición en el propio idioma. Las disposiciones que atañen el derecho al voto deben leerse en relación con el Título VI sobre la vida democrática de la Unión, en donde se contempla una mención a las reglas que determinarían las elecciones al PE (art. 35), que ya en concreto se regularían en un protocolo, así como un precepto relativo a la democracia participativa (art. 34),

principio según el cual los ciudadanos de la Unión podrían involucrarse en la toma de decisiones comunitarias, lo cual es en principio muy positivo, pero habría que ver qué mecanismos concretos harían de dicho ideal un derecho efectivo para los ciudadanos. En cuanto al art. 35, cabe destacar que, conforme al principio de simplificación y adaptación del orden comunitario a un orden moderno de derecho, sería conveniente reducir en la medida de lo posible el gran número de protocolos, pasando la regulación de sus materias a leyes orgánicas.

En el art. 6 se habla de la CDFUE, aunque no se define si se plasmaría en el propio texto, si se referiría a ella expresando su rango constitucional o se haría una simple y llana mención a su existencia. Estas opciones corresponden al *informe final* del Grupo de Trabajo II de la Convención. En dicho documento se aclara que "el Grupo es plenamente consciente de que la decisión que se adopte sobre la forma concreta de incorporación no depende exclusivamente de consideraciones relacionadas con la Carta o con los derechos fundamentales"⁴⁴¹, por lo que se limita a recomendar las tres opciones mencionadas. Sin embargo, también deja muy claro que "la gran mayoría del Grupo preferiría la primera opción en aras de una mejor legibilidad del Tratado Constitucional"⁴⁴², y que "la Convención debe respetar el contenido íntegro de la Carta, incluidas sus declaraciones sobre derechos y principios, su preámbulo y, como elemento fundamental, sus 'disposiciones generales', y no abrir de nuevo el debate sobre la misma [aunque] considera posible y adecuado introducir determinados ajustes técnicos de redacción en las 'disposiciones generales' de la Carta"⁴⁴³ a fin de que sea congruente con la estructura de la futura Constitución. Y es que la última opción, que fue defendida por un solo miembro de la Convención, resulta ya absurda después de todo lo que se ha argumentado sobre la necesidad de que la UE cuente con un compendio escrito de derechos fundamentales. Incluso la referencia a su rango constitucional sería insuficiente, pues, desde un punto de

⁴⁴⁰ El último despertó el buen sentido del humor británico, comparando a la futura UE con un club, como el equipo de fútbol *Manchester United*.

⁴⁴¹ Secretaría de la Convención Europea, *Informe final del Grupo II sobre la Incorporación de la Carta a la adhesión al CEDH*, Bruselas, 22 de octubre de 2002, p. 3; en: <http://eurona.eu.int/citatum>.

⁴⁴² *Ibidem*.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 4. Lo que está entre corchetes es mío.

vista político, la incorporación textual de la CDFUE en la Constitución Europea es indispensable, siendo ésta una de las demandas ciudadanas más persistentes. Ya vimos como un catálogo expreso de derechos humanos en la Constitución ayudaría enormemente a fomentar la identidad de los ciudadanos con la Unión (*vid supra*: p. 172). Además, desde la perspectiva de la técnica jurídica, también resulta conveniente, si bien no indispensable, que tal catálogo se encuentre en la Constitución, sobre todo por el control que ejercerían dichos preceptos sobre los contenidos normativos de las leyes subordinadas a la Constitución, a favor de los ciudadanos.

En términos generales, el Grupo II realizó un excelente trabajo, como también se desprende de su distinción conceptual entre principios y derechos fundamentales⁴⁴⁴, pero hay una cuestión que nos parece lamentable, pues en su *informe final* se mantiene la restricción de la aplicación de la CDFUE para las instituciones comunitarias y para las autoridades de los Estados miembros únicamente cuando apliquen derecho comunitario, y aún en el caso de que se incorpore íntegramente a la Constitución. Ello conduciría a una tremenda confusión entre autoridades y ciudadanos, pues debido al efecto directo de una gran cantidad de normas comunitarias, los límites entre el acto de autoridad estrictamente nacional y aquel en el que intervienen o debieran aplicarse disposiciones comunitarias no siempre sería fácil de establecer. Desde un punto de vista pragmático, cabe subrayar que la CDFUE es un instrumento vanguardista en la protección de los derechos fundamentales, por lo que los ciudadanos de la Unión ganarían mucho si pudieran hacer valer los derechos y principios ahí otorgados ante sus autoridades, independientemente de la naturaleza comunitaria o no del acto de autoridad. Desde una perspectiva filosófica, la aplicación general de dichas normas también es sostenible, pues la Europa comunitaria se basa en valores compartidos, y los derechos fundamentales del ser humano forman parte esencial de dicha gama de valores; es más, la idea de Europa se explica en buena medida a partir de ellos, pues la paz entre los pueblos de Europa es, en primera línea, un derecho fundamental

⁴⁴⁴ Cfr. *Idem*, p. 8. En términos generales, el Grupo II establece que los principios fundamentales son lineamientos jurídicos obligatorios que indican pautas para el desarrollo legislativo y jurisprudencial posterior, y que, a diferencia de los derechos subjetivos, pueden requerir de actos legislativos o ejecutivos posteriores para su aplicación.

de los ciudadanos a la vida y a la integridad física y moral; y la idea de Europa ha desarrollado esos valores, pues a partir del entendimiento de la necesidad de mantener la paz entre estos pueblos se ha comprendido que la intolerancia, en todas sus manifestaciones, no es compatible con la paz duradera, y del valor de la tolerancia se derivan una serie de contenidos significativos que hoy conforman buena parte de los catálogos de derechos fundamentales en las constituciones nacionales de Europa. Y más allá de Europa, si bien pensamos que el derecho es positivo y que, por ende, no hay derechos ni principios jurídicos sin que estén contemplados en alguna norma jurídica, escrita o no, también estamos convencidos de que el fundamento filosófico de estos derechos subjetivos y principios es la universalidad, y dado que éstos no son nada—en cuanto a que eficacia es condición de existencia jurídica—sin su protección, consideramos que los sistemas de protección de los mismos deben internacionalizarse en la medida de lo posible.

Respecto a la distribución de competencias entre la UE y los Estados miembros, el título III adopta un modelo federal de delegaciones expresas (art. 8, primer párrafo), que se rige por las reglas de facultades exclusivas de la Unión (art. 10) y compartidas (art. 11), *i.e.* todas las materias que no estén expresamente delegadas a la Unión y que no sean parte del ámbito común, quedan reservadas a los Estados. También se establecen las competencias complementarias (art. 12) y las que ejercen los Estados miembros en el marco de la Unión (art. 13). Como vemos, el modelo bipolar abierto que nos parece el más conveniente y que ha sido propuesto por juristas de la talla de Pemice no ha sido incorporado, prefiriendo el Praesidium copiar el sistema estadounidense, aunque respetando las competencias características de la UE. Por otro lado, se prevé el reforzamiento del principio de subsidiaridad, pero sólo se indica que se mencionaría el papel de los parlamentos nacionales en su momento (art. 8, párrafo tercero). El Grupo de Trabajo I de la Convención Europea presenta en su *informe final* las siguientes propuestas al respecto: a) que la Comisión dirija sus iniciativas de ley a los parlamentos nacionales, al mismo tiempo que las envía al legislador comunitario, *i.e.* al Consejo y/o PE; b) en un plazo de seis semanas, los parlamentos nacionales regresarían a la Comisión y al legislador comunitario su

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

opinión razonada sobre la compatibilidad de la norma comunitaria propuesta con el principio de subsidiaridad, misma que tendría que emanar de una mayoría parlamentaria, en nombre de la asamblea o asambleas de que se trate; c) si la misma opinión es sostenida en menos de una tercera parte de los países miembros, el legislador comunitario sólo tendría que argumentar más detalladamente la adopción del acto respecto al principio de subsidiaridad, y si alcanza la tercera parte de los parlamentos nacionales, entonces la Comisión estaría obligada a reexaminar su iniciativa de ley, estando facultada para confirmarla, modificarla o desecharla⁴⁴⁵. Todo indica que este será el camino que adoptará el proyecto final de la Convención, lo cual resulta sinceramente triste, pues, como se observa, no se está garantizando de ninguna manera vinculante el respeto al principio rector del federalismo europeo, en el que se encuentra la esencia de la idea misma de un federalismo bien entendido, "que exige que el derecho de la Federación invada lo menos posible el derecho local como a la inversa y que tanto el derecho local como el federal sean considerados en un plano de igualdad de acuerdo con la Constitución general del Estado que delimita su competencia respectiva"⁴⁴⁶. Y esto nos lleva a otro aspecto crucial de la Constitución Europea: la jerarquía normativa. Pero antes, permítaseme concluir la crítica a la propuesta del Praesidium y del Grupo de Trabajo I sobre la subsidiaridad. Este último explica que no considera conveniente la creación de un nuevo órgano para la supervisión del cumplimiento del principio porque ello "atañería el riesgo de hacer la arquitectura institucional y el proceso legislativo más complejos y de incrementar aún más la burocracia pesada"⁴⁴⁷. A esto cabe replicar que el mecanismo sugerido por ellos es más complejo que el propuesto por Pernice, pues aunque el "nuevo órgano" no existiría físicamente según la propuesta del Grupo de Trabajo, sí existiría como un conjunto de instancias involucradas en el proceso legislativo, conjunto que por su mecánica sería más complejo y tardado que el sugerido por Pernice: los órganos se definen por sus funciones, y no por su ubicación física. Además, la ventaja de establecerlo de manera permanente consiste en que sus integrantes se concentrarían mejor en el trabajo encomendado, que no

⁴⁴⁵ The Secretariat of the European Convention, *Conclusions of Working Group I on the Principle of Subsidiarity*, opus cit., pp. 5 y 6.

⁴⁴⁶ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, opus cit., p. 105.

⁴⁴⁷ The Secretariat of the European Convention, *Conclusions of Working Group I on the Principle of Subsidiarity*, opus cit., p. 6.

es cualquier cosa, y no estarían sujetos, o por lo menos no tan directamente, a la polémica parlamentaria nacional; su trabajo podría ser más especializado, pero sin deslindarse de la responsabilidad ante los cuerpos representantes de la soberanía nacional. Más allá, su carácter de institución de la Unión respondería de manera más eficaz a las exigencias de democratización regional de la misma. La propuesta que suscribimos tampoco contempla mecanismos vinculantes y se basa, al igual que la del Grupo de Trabajo I, en la argumentación racional que despertaría la mecánica política del procedimiento. El éxito de ello se verá a lo largo del tiempo, y quizá sea justo darle una oportunidad al diálogo, antes de establecer medios coactivos prejudiciales, que si retoman tanto el Grupo de Trabajo I, como el profesor berlinés, pero no el *Anteproyecto* del Praesidium, lo cual es preocupante, aunque ya se dijo que dada su naturaleza de anteproyecto hay que ser cautelosos con las críticas. No obstante lo anterior, la propuesta de Pernice sí sugiere la posibilidad de veto de la comisión parlamentaria sobre subsidiaridad en torno a las competencias implícitas, cosa que no hacen ni el Grupo de Trabajo I, ni el Praesidium. Por otro lado, es justo mencionar que el *informe final* de este Grupo de Trabajo incorpora una propuesta muy atinada y, desde la perspectiva de la técnica legislativa, sumamente loable, la cual consiste en que los parlamentos nacionales también podrían alertar sobre la eventual violación del principio de subsidiaridad por medio de una norma anterior que pudiera ser modificada o derogada mediante la promulgación de la nueva norma propuesta por la Comisión⁴⁴⁸.

Regresando a la cuestión de la jerarquía normativa, el art. 8, párrafo segundo del *Anteproyecto* establece la primacía del derecho de la Unión en el ámbito de sus competencias. De entrada resulta insatisfactorio que no se aclare si por la 'primacía' aquí mencionada se seguiría entiendo 'prevalencia' o primacía propiamente dicha, *i.e.* validez superior. Suponemos que se trata de prevalencia, y que en lo que se quiere innovar es en la incorporación de dicho principio jurisprudencial al texto de la futura Constitución. Como hemos visto, la prevalencia acarrea una serie de incertidumbres jurídicas, pues se trata de un criterio metasistémico, que actúa como si la norma que goza de esa prevalencia tuviese una cualidad superior pero como si fuese a la vez indiferente en cuanto al rango de la que

⁴⁴⁸ *Ibidem.*

se deja de aplicar. El derecho de la Unión que debería gozar de primacía, tendría que gozar de ésta como cualidad sistémica, *i.e.* ser superior jerárquicamente al resto de la normatividad aplicable en el conjunto de territorios de la Unión. Ello es necesario para crear y mantener un orden jurídico coherente. Sin embargo, dado que ese orden futuro, el europeo, tendría que ser—congruentemente con la evolución histórica de la Unión—un orden federal, entonces el único derecho superior posible para garantizar una vida pacífica entre los miembros de la Unión sería el de una constitución general de la Unión, *i.e.* el hasta ahora conocido como derecho comunitario primario, que tendría que reducirse en el futuro a los preceptos de la Constitución Europea y a la interpretación de los mismos por parte del TJCE. El derecho comunitario derivado, que, como hemos visto, tiene en muchas ocasiones todas las características de las reglas técnicas, no debería ser superior al de los Estados miembros. En este sentido sería indispensable establecer en la Constitución una estructura jerarquía de las normas aplicables en los territorios de la Unión—o territorio total—. Pensamos que el siguiente modelo, basado en diversas propuestas actuales, así como en la clasificación de la jerarquía normativa del orden jurídico mexicano hecha por Mario de la Cueva⁴⁴⁹, sería el más razonable: en primer lugar estaría la Constitución Europea, como constitución general de la Unión, y su interpretación, para después pasar a las leyes reglamentarias u orgánicas, las cuales estarían inmediatamente subordinadas a esa Constitución, y luego la legislación de la Unión y la de los Estados miembros, ambas ocupando el mismo nivel jerárquico. En último lugar estaría el derecho complementario, cuyas normas tendrían que reducirse y su nomenclatura sistematizarse a fin de evitar el número excesivo de actos jurídicos comunitarios y la absurda repetición de nombres, que conlleva a una confusión estúpida. El derecho internacional podría estar inmediatamente subordinado a la Constitución, junto con las leyes orgánicas o después de éstas. Evidentemente, en el caso de que los órganos legislativos de un Estado miembro dicieran una norma en una materia que compete a la Unión, o sus órganos judiciales apliquen una norma nacional respecto a una materia de la esfera comunitaria, incurrirían en actitudes antijurídicas, pero la consecuencia de dichas actitudes no debería ser la aplicación preferente de la norma derivada de la Unión porque goza de primacía, signifique ello lo

⁴⁴⁹ Cfr. Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 4ª edición, Editorial Porrúa/UNAM, México, 1994, p. 17.

que signifique, sino su anulabilidad por la futura Corte Constitucional Europea en virtud de que se quebrantaría la norma superior de toda la normatividad de la Unión, superior a la nacional pero también a la de la Unión, i.e. la Constitución Europea.

El *Anteproyecto* menciona los siguientes tipos de normas jurídicas de la Unión: *leyes europeas*, que se refieren a los actuales reglamentos y determinaciones, y *leyes marco*, que sustituirían en el nombre a las directivas. Además, persistirían las *decisiones*, que no son actos legislativos propiamente. Más allá, no se hace ninguna referencia a la jerarquía entre dichas normas, pero se remite a las propuestas del Grupo de Trabajo IX sobre simplificación. Es lógico que la cuestión de la jerarquía normativa esté ligada a la simplificación legal, pues como se ha visto la simplificación es un problema sistémico, al igual que la jerarquía.

El *informe final* de ese grupo recomienda que las leyes de la Unión y las leyes marco se apliquen "tanto a los ámbitos cubiertos actualmente por el Tratado CE como en el ámbito cubierto actualmente por el Título VI del Tratado de la Unión Europea (cooperación policial y judicial en materia penal). Así, las 'decisiones marco' y las 'decisiones' previstas en el Título VI se convertirían en 'directivas' ('leyes marco') y "reglamentos" ('leyes')⁴⁵⁰. Además, los convenios comunitarios previstos en el título VI del TUE, que celebra el Consejo recomendando su adopción a los Estados miembros (art. 34, d) y que nunca se han usado, se convertirían en leyes de la Unión. En cuanto a la PESC, se menciona que "el Grupo está de acuerdo en la necesidad de mantener las especificidades de los instrumentos en este ámbito. No obstante, la mayor parte de los miembros estima innecesario mantener una denominación específica para los instrumentos en este ámbito (es decir, las 'estrategias comunes', las 'acciones comunes' y las 'posiciones comunes'). El Grupo recomienda sustituir estos tres instrumentos por el de la 'decisión PESC' (...) a condición de que se precise mejor su contenido"⁴⁵¹. El proceso para adoptar tales decisiones, así como las decisiones de ejecución de las mismas

⁴⁵⁰ Secretaría de la Convención Europea, *Informe final del Grupo IX "Simplificación"*, Bruselas, 29 de noviembre de 2002, pp. 4 y 5; en: <http://europa.eu.int/futurum>.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 5.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

("decisiones de ejecución PESC"), sería el que existe actualmente para las acciones y posiciones comunes, y que consiste en un procedimiento sin consulta por parte del Consejo, aunque no siempre con la participación de la Comisión (arts. 14 y 15 del TUE), sólo que cambiaría la regla de unanimidad por la de mayoría cualificada. Al fusionar posiciones, acciones y estrategias comunes se fusionarían también ciertas funciones del Consejo de la UE y del Consejo Europeo, y de la recomendación sobre las decisiones de ejecución se infiere que las decisiones PESC sí serían vinculantes. Con el afán de diferenciar claramente entre legislación y reglamentación técnica, el Grupo IX adiciona un tipo de normas a las que denominan "actos delegados", y que consistirían en la delegación de la facultad reglamentaria o de "adopción ulterior de algunos elementos del propio acto legislativo"⁴⁵², *i.e.* de la ley de la Unión o de la ley marco, por parte del órgano legislativo, conformado por Consejo y PE, a favor de la Comisión. Dicha delegación la determinaría el legislador en el acto legislativo de que se trate, especificando ahí mismo la conveniencia de fijar mecanismos de control sobre la Comisión, mismos que podrían consistir en el derecho de evocación, el plazo de silencio o la cláusula de suspensión⁴⁵³. Por último, se sugiere mantener las recomendaciones y los dictámenes como normas no vinculantes, así como los actos atípicos igualmente desprovistos de obligatoriedad, pero reduciendo el número y mejorando su nomenclatura.

La simplificación no estaría completa sin la reducción de los cinco procesos legislativos de la UE, que en combinación con las diferentes modalidades sobre las reglas específicas de adopción de actos (mayorías, unanimidad, etcétera) son alrededor de treinta⁴⁵⁴. En dicho sentido, el Grupo IX recomienda reducir los actuales procesos a los siguientes: a) la codecisión para la legislación y siempre bajo la regla de la mayoría cualificada, por lo que recibiría el nombre de 'proceso legislativo'; b) la consulta simple

⁴⁵² *Idem.*, p. 10.

⁴⁵³ El derecho de evocación (*call back*) consistiría en la facultad de recuperar la competencia legislativa en casos *ultra vires* por parte de la Comisión; el plazo de silencio significaría que las disposiciones reglamentarias entrarían en vigor sólo si en un término fijo el legislador no expresase objeciones; y la cláusula de suspensión (*sunset clause*) que la vigencia de la disposición reglamentaria estaría sujeta a renovación por parte del legislador (Cfr. *Idem.*, p. 11).

⁴⁵⁴ Cfr. *Idem.*, p. 13.

para cuestiones financieras muy específicas; y, c) el dictamen conforme para la ratificación de acuerdos internacionales que tengan repercusión en la legislación interna de la Unión.

En cuanto a la jerarquía normativa, el Grupo IX sólo establece que en primer lugar estarían los actos legislativos (leyes y leyes marco), en segundo los actos delegados (reglamentos) y finalmente los actos de ejecución (decisiones)⁴⁵⁵, y omite toda mención a las demás normas, como las decisiones PESC o los convenios comunitarios que se dan en virtud del art. 293 del TCE, pues los convenios que quedarían asumidos en leyes de la Unión son, según lo establecido en el documento analizado, únicamente los que se derivan del art. 34. d) del TUE. Tampoco se precisa la relación entre el derecho internacional, no complementario, y las normas comunitarias, ni con otras fuentes como la jurisprudencia y la costumbre. Y en cuanto al tan añorado criterio ordenador entre el derecho de la Unión y el nacional, nos tenemos que conformar con el criterio metasistémico de la regla de primacía, pues el informe del Grupo IX mantiene un silencio total al respecto.

En el ámbito institucional—el que más preocupa políticamente y donde mayor intercambio de ideas se han generado (*vid supra*: Capítulo Tercero, III, A)—, el título IV del *Anteproyecto* no refleja, de ninguna manera, la variedad de propuestas sobre el tema, ni se atreve a emprender reformas de fondo. Se habla de un Presidente del Consejo Europeo y de otro del Consejo de la UE, en sustitución de las Presidencias nacionales rotativas. Giscard ha mencionado que la elección de este último corresponde al propio Consejo (representantes gubernamentales), y que el número actual de Consejos ministeriales (16) debería reducirse a cinco: asuntos legislativos, generales, financieros, internos y de justicia, así como de relaciones exteriores⁴⁵⁶. El documento del *Praesidium* también menciona la posibilidad de crear un órgano adicional, el Congreso de los Pueblos de Europa (art. 19), un cuerpo que estaría conformado por parlamentarios nacionales y miembros del PE y no tendría facultades legislativas sino un rol consultivo en cuestiones de trascendencia para la Unión, y cuya finalidad sería reunir los dos elementos de legitimidad de la Unión, *i.e.* los

⁴⁵⁵ Cfr. *Idem*, p. 9.

⁴⁵⁶ Cfr. *Entrevista a Valéry Giscard d'Estaing*; en: *Der Spiegel*, 43/2002, p. 50.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

pueblos nacionales y el europeo en su conjunto⁴⁵⁷. Dicha propuesta tiene un fundamento bastante racional, pues el problema de la legitimidad es, sin duda, uno de los más serios y su solución consiste efectivamente en la reunión de ambas fuentes de legitimidad. Sin embargo, dicho requisito estaría garantizado mucho mejor mediante la creación de la comisión parlamentaria sobre subsidiaridad propuesta por Pernice, que integra a parlamentarios nacionales en un órgano involucrado directamente en la toma de decisiones comunitarias, en combinación con una disposición de la propia Constitución que obligara a los miembros del Consejo a responder políticamente ante sus parlamentos nacionales, como lo sugiere el Grupo IV. El problema del *Añeproyecto* es que no propone realmente un nuevo esquema institucional, sino que introduce algunas modificaciones al existente, complicando aún más las cosas: de nada serviría crear un órgano colegiado adicional a la estructura actual de por sí ya compleja, en la cual no se distinguen con toda claridad las funciones legislativa y ejecutiva. Lo oportuno sería convertir al Consejo en un auténtico órgano legislativo, representante de los países miembros, que funcionara al lado del PE, representante del pueblo europeo, en un buen juego de contrapesos legislativos entre ambas cámaras. En cuanto al Consejo Europeo, creemos que, en efecto, debería subsistir, pero transitoriamente, y sólo en tanto la nueva Unión deje de depender de una instancia que refleja claramente el temor a la pérdida de soberanía nacional. Por otro lado, no se menciona nada respecto a la Comisión y su Presidente, y la creación de tres presidencias europeas (Consejo, Consejo Europeo y Comisión) sólo impediría la consolidación de la Comisión, heredera de la Alta Autoridad, como verdadero ejecutivo comunitario. Si bien no es conveniente acelerar demasiado el ritmo de la integración política, por lo que el Presidente de la Comisión debería tener una esfera de competencias mucho menor a la que tienen comúnmente los titulares de los ejecutivos federales y sus funciones tendrían que ejercerse en un marco equitativo y cooperativo con los gobernantes nacionales, la creación de una estructura política basada en la división de funciones, definitiva de las democracias modernas, sí es algo indispensable para el éxito político de la Unión del futuro. La Convención Europea no debería dejar pasar la oportunidad histórica que tiene para crear una constitución propiamente dicha, tanto política- como jurídicamente. De lo contrario, la

⁴⁵⁷ *Giscard proposes EU peoples' congress*: en: <http://www.europlacc.org/debate/giscard.html>.

Constitución Europa no tendría razón de ser, y todo el debate constitucional en Europa sería absurdo y un desgaste innecesario de tiempo, dinero y paciencia política, un desgaste ridículo de la idea de Europa. Si no se piensa en la refundación política, con sus matices y con el debido respeto a los tiempos políticos y especificidades de la UE, entonces el intento de crear una constitución ya fracasó; en ese caso bastaría una reforma integral a los tratados comunitarios, simplificándolos y reduciéndolos a uno, que sería un nuevo Tratado de la UE; se podría evitar todo esta intensa discusión académica, política y social, que ha empezado a evolucionar las teorías jurídicas y políticas del Estado, y que ha despertado la ilusión en más de una persona de que Europa podría llegar a constituir un contrapeso a la hegemonía estadounidense, una alteración muy saludable del actual orden internacional. El proyecto de Constitución Europea debe entenderse como el proyecto de una constitución general para un Estado posnacional federal, que establecería las bases para la interacción ordenada de sus miembros en igualdad de circunstancias, que son tanto los Estados miembros como las instituciones de la UE; el reparto de competencias y los principios iusfundamentales a los que estarían sujetos las autoridades nacionales y comunitarias en el ejercicio de sus funciones son dos elementos sin los cuales no habrá Constitución Europea.

El último Título de la Primera Parte se refiere a la pertenencia de la Unión, por lo que contiene normas relativas a procesos de adhesión, suspensión y retiro. Los requisitos para la adhesión seguirían los parámetros indicados en el art. 49 del TUE, *i.e.* que cualquier país europeo que respete los valores fundamentales de la Unión tiene, en principio, el derecho a ingresar, lo que en realidad es un derecho a entablar negociaciones para la adhesión (art. 43). El Praesidium ha sido fiel al principio de apertura a todos los países de Europa, establecido originalmente en la *Declaración Schuman*⁴³⁸.

La suspensión sugerida en el art. 45 se daría en función de violaciones graves a los principios y valores de la Unión, que seguramente se definirán en función del art. 6, 1 del TUE. Novedoso resulta la retirada voluntaria de la Unión (art. 46). Según declaraciones de

⁴³⁸ *Declaración Schuman, 9 de mayo de 1950*; en: Trujol y Serra, Antonio, *La Integración Europea, Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos. Tomo I: Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, opus cit. p. 175.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Giscard⁴⁵⁹, dicha opción responde. *inter alia*, a la exigencia de eliminar los *opt outs*, de manera que un país que desea pertenecer fuera de la UEM ya no podría formar parte de la Unión. Dicha cláusula encierra un alto riesgo, sobre todo ante la ampliación, pues con 25 miembros la Unión seguramente se enfrentará a divisiones internas en cuestiones relativas a la UEM, JAI, PESC y, sobre todo, la PESD. Por otro lado, es importante contar con un cierto número de materias y mecanismos necesariamente vinculados a la pertenencia a la Unión, a fin de que la futura Constitución cuente con núcleo de decisiones políticas fundamentales, determinadas positivamente, aunque basadas en los factores que hicieron posible la construcción de la idea de Europa. Dentro de dichas materias necesarias tendría que estar todo lo relativo a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, así como la jurisdicción obligatoria del TJCE como corte constitucional europea, pues no hay que olvidar que la Europa comunitaria surge en buena medida y se desarrolla en mayor medida como comunidad de derecho. Asimismo, creemos que Giscard tiene toda la razón al incorporar a la UEM dentro de dicho ámbito, ya que se trata de una materia que ha sido el *Leitmotiv* de la integración europea, por lo menos desde mediados de los ochenta. Además, todos los países candidatos aceptan la adopción del euro (en Estonia y la República Checa es donde se registran los índices más bajos de conformidad con el euro, estando aún así el 53% de los encuestados a favor de la moneda única⁴⁶⁰), y es probable que Suecia y Dinamarca se adhieran en los próximos años, siendo Reino Unido ya el único de los 25 países en donde la mayoría de las personas encuestadas (61% en contra y 28% a favor⁴⁶¹) todavía se opone al ingreso a la zona euro. Pero en otras materias, especialmente en la de defensa común, es aún muy difícil conseguir que todos los países de la futura Unión puedan entrarle al parejo. Baste recordar la reserva en materia de defensa a la que sujetó Irlanda su adopción del TN. La ya inminente ampliación hace pensar más que nunca en el acierto de la fórmula de la "Europa de las diferentes velocidades" o de los "círculos concéntricos" con su respectivo centro de gravitación, que abarcaría a aquellos Estados

⁴⁵⁹ Cfr. *Entrevista a Valéry Giscard d'Estaing*; en: Der Spiegel, 43/2002, pp. 51 y 52.

⁴⁶⁰ Cfr. European Commission, *Candidate Countries Eurobarometer 2002, First Results*, p. 8; en: http://europa.eu.int/comm/public_opinion.

⁴⁶¹ Cfr. European Commission, *Eurobarometer 58, december 2002, Highlights*, p. 20; en: http://europa.eu.int/comm/public_opinion.

dispuestos a participar en todos los aspectos de la integración, *i.e.* en todas las políticas comunes. La propuesta original de los franceses Mitterrand y Delors, retomada actualmente por los alemanes Fischer y Schmidt, debería encontrar un lugar en la futura Constitución Europea, pues de lo contrario se correría el riesgo de que dicho instrumento jurídico y político fundamental se convierta en un freno a la integración, que, como bien observan los eurorealistas, ha tomado cincuenta años para llegar su estado actual⁴⁶². Sin embargo, la falta de voluntad de algunos países tampoco debería frenar el ritmo de aquellos que sí deseen integrarse en ciertas materias. La Constitución misma tendría que fijar, tras haberse formulado las respectivas reservas, qué países quedarían fuera del ámbito de aplicación de esas materias. Tampoco es necesario que a fin de evitar los riesgos indicados por los eurorealistas, se someta toda materia incómoda a mecanismos de cooperación reforzada. El Grupo IX acierta al proponer que las decisiones en el ámbito de cooperación judicial y policíaca en materia penal adquieran rango de ley o ley marco, y nada impide que las leyes dictadas en este campo no se apliquen en determinados países. Asimismo, el mecanismo sugerido por dicho Grupo para la adopción de las decisiones PESC es bastante plausible, y podría extenderse a "decisiones PESD", aunque éstas, por lo delicado de materia, deberían estar sujetas a un mecanismo de control por parte de los parlamentos nacionales, función que podría recaer en la propuesta comisión parlamentaria de subsidiaridad y control de competencias. Dichas decisiones, al igual que las PESC, deberían contar con toda fuerza de ley, y, al estar sujetas a procedimientos de control parlamentario nacional, su falta de observancia por parte de los Estados miembros tendría que ser sancionada mediante mecanismos previamente establecidos en la Constitución, que podrían ir desde las multas económicas hasta la expulsión del núcleo PESC o PESD.

Así, la idea de los círculos concéntricos se concretaría paulatinamente hasta llegar a un núcleo bien definido o convertirse en un único círculo, pues la flexibilidad que implica esta idea tiene un elemento político altamente persuasivo, que consiste en la libre asociación a un ente cuyo mayor atractivo ha sido hasta la fecha su eficacia en la solución de problemas transnacionales, iniciando con la paz europea para pasar posteriormente a la

⁴⁶² Cfr. Schmidt, Helmut. *Die Selbstbehauptung Europas im neuen Jahrhundert, opus cit.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

estabilidad y competitividad económica, y abarcar en nuestros días una serie de desafíos globales como la paz y seguridad internacionales, la protección al medioambiente y la humanización de la globalización económica-mediante la recuperación de los espacios del Estado social de derecho; en pocas palabras: la preservación del propio Estado.

IV. LA CONSTITUCIÓN EUROPEA Y EL PROBLEMA DE LA NORMA FUNDAMENTAL

Hemos intentado argumentar a favor de la creación de la Constitución Europea tanto desde la perspectiva política como jurídica. Con ello cumplimos con el objetivo principal de esta tesis. Sin embargo, de todo el análisis que antecede se desprenden una serie de problemas de gran relevancia para la teoría general del derecho, que no podemos dejar a un lado. Es conveniente aclarar que no pretendemos encontrar las soluciones a dichos problemas, pero consideramos oportuno exponer cuáles son los más importantes. Un análisis teórico sobre el fenómeno político-jurídico europeo (*vid supra*: p. X) sería incompleto sin referirse a los interrogantes que arroja el debate constitucional europeo contemporáneo sobre la ciencia del derecho y sin reflexionar brevemente sobre ellos. Tampoco pretendemos elaborar una lista detallada de los problemas teóricos que llaman la atención a raíz de dicho debate, por lo que preferimos limitarnos a un asunto que a su vez se relaciona estrechamente con una serie de cuestiones persistentes de la teoría jurídica, *i.e.* el de la norma fundamental o hipotética fundamental⁴⁶³.

El concepto de la norma fundamental sirve principalmente para determinar los problemas de pertenencia de los componentes de un orden jurídico y el de la identidad de estos últimos. Dichas cuestiones son a su vez dos caras de la misma moneda, pues una vez resuelto el problema de la pertenencia es más sencillo identificar al orden que comprende a los diversos elementos que le pertenecen. No obstante, la identidad va más allá al proporcionarnos un criterio básico para analizar el problema de la existencia de un orden, entendido como sistema normativo⁴⁶⁴. Las preguntas que surgen son: ¿cuándo existe un

⁴⁶³ Existe confusión terminológica respecto a la norma fundamental ('Grundnorm'). En español se suele traducir indistintamente como 'norma fundamental', 'norma básica', 'norma fundante' o 'norma hipotética fundamental', aunque este último término no deja duda de que se refiere al presupuesto genealógico. En cuanto a los otros, preferimos utilizar 'norma fundante' exclusivamente cuando nos refiramos a una constitución positiva por la cual se funda—de ahí 'fundante'—. *i.e.* se instaure un determinado orden jurídico. La 'norma hipotética fundamental' la nombramos indistintamente 'norma fundamental'.

⁴⁶⁴ En este contexto y en lo que sigue, entiendo por 'orden jurídico' la totalidad jurídica existente en un determinado momento histórico, *i.e.* la sucesión de sistemas jurídicos momentáneos que integran dicho orden. Cabe advertir que la terminología usada al respecto no es unánime, ya que algunos autores utilizan el término 'sistema jurídico' para referirse a la serie de 'órdenes jurídicos' que pertenecen a un sistema

determinado orden?; ¿cuándo deja de existir?; y ¿cuándo trasciende a otro? Y este último punto es a nuestro juicio el problema más importante que se desprende del debate constitucional europeo, es decir: ¿dará la creación de la Constitución Europea lugar a un nuevo orden jurídico, *i.e.* se producirá en ese caso una (o varias) transición(es) jurídica(s)?

El fenómeno de las transiciones de los órdenes jurídicos, al que también se denomina en lo sucesivo 'transición jurídica', no debe confundirse con los cambios que se dan *en el* orden, *e.gr.* un cambio de un sistema momentáneo a otro. Un cambio *en el* orden jurídico generalmente obedece a la necesidad de adaptar un mismo orden jurídico-político a realidades socio-económicas cambiantes⁴⁶⁵. Una transición jurídica se refiere al cambio *del* orden jurídico en su conjunto, *i.e.* cuándo un orden deja de ser para trascender a otro. Cabe destacar que al escoger el criterio adecuado para identificar dichas transiciones, se evidencia un caso límite entre las teorías jurídica y política, siendo unos de dichos criterios jurídico-formales y otros político-materiales. Al desprender dichas observaciones de los problemas inherentes a la norma fundamental, se advierte una inclinación por la corriente jurídico-formal, lo que obedece a la falta de certeza que manifiestan los criterios político-materiales. No obstante, y a fin de no sesgar demasiado el presente análisis, es justo estudiar el problema de la(s) transición(es) en el caso de la Constitución Europea partiendo de un ejemplo de cada una de las corrientes mencionadas.

normativo global. El criterio de pertenencia aquí mencionado se refiere a todos los enunciados normativos que son o fueron aplicables en diferentes sistemas y que pertenecen al orden global (criterio diacrónico); no se trata de un criterio de aplicabilidad de determinadas normas a un sistema momentáneo en función de su vigencia (criterio sincrónico). Al respecto, véase: Huerta Ochoa, Carla, *Constitución, Transición y Ruptura*; en: González, María del Refugio/López Ayllón, Sergio (editores), *Transiciones y diseños institucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2000, pp. 61-70.

⁴⁶⁵ Los cambios *en el* orden corresponden a la noción de cambios de diseños institucionales, que representan "el conjunto de preceptos vinculados entre sí para imprimir o modificar la aplicabilidad de una (o varias) constitución(s), reformando algunos de los derechos u obligaciones que las integran conforme a un criterio dado" (Huerta Ochoa, Carla, *Constitución y Diseño Institucional*; en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 99, septiembre-diciembre de 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, p. 1103). Cuando determinados modelos políticos, económicos o sociales que forman parte del sistema constitucional son alterados sin cambiar con ello a la constitución en su conjunto y, por tanto, sin sustituir la norma fundamental del orden, no se verifica una "transición en sentido restringido", sino un "cambio de diseño institucional" (Cfr. Huerta Ochoa, Carla, *Constitución, Transición y Ruptura*, *opus cit.*, pp. 76-81).

Partimos del supuesto, bastante probable por cierto, de que la Constitución Europea, aunque sea bajo otro nombre, será una realidad en los próximos años. Pero, más allá, es indispensable representar dos situaciones hipotéticas, que dependerán de la voluntad política de la Convención Europea, así como de la CIG-2004, éstas son:

- S*₁: La Constitución Europea no proyectará una *refundación política* de la Unión;
*S*₂: La Constitución Europea si proyectará una *refundación política* de la Unión, pues será concebida como una constitución general de tipo federal⁴⁶⁶

Cabe hacer algunas precisiones, siendo la más importante la aclaración de qué entendemos por 'refundación política'. El término fue empleado por el Ministro de Exteriores de Alemania, Joschka Fischer, en su discurso *De la asociación de Estados a la federación—pensamientos sobre la finalidad de la integración europea*⁴⁶⁷. Del contexto de dicho discurso—al que ya nos referimos ampliamente (*vid supra*: pp. 153 y ss.)—se desprende que la Constitución Europea tendría que proyectar la "federalización" de la Unión a fin de concluir exitosamente el proceso de integración europea. De esta manera, la refundación constitucional implicaría—aunque a largo plazo, pues Fischer hace suya la idea de los círculos concéntricos de Delors y Mitterrand—la creación de un ente político legitimado, *i.e.* su constitución como comunidad política propiamente dicha, en la cual el acto constituyente desempeñaría una función legitimadora fundamental. Por otro lado, el verbo 'proyectar' se refiere en los enunciados *S*₁ y *S*₂ a la idea de realización en el tiempo de la comunidad política⁴⁶⁸. Es importante subrayar que sólo por medio de la actualización política de las formas jurídicas de organización, un Estado constituido se convierte en una comunidad política existente, pues únicamente así adquiere la constitución todo su significado, político y jurídico.

⁴⁶⁶ Al hablar de situaciones hipotéticas queda claro que la "constitución general de tipo federal" es sólo una posibilidad entre varias. Sin embargo, consideramos que se trata de la opción más viable de la refundación política europea, toda vez que la historia de la Europa comunitaria siempre ha estado ligada a un federalismo pacifista y antifascista (*vid supra*: Capítulo Primero); se trata, por decirlo de alguna manera, del *cauce natural* de la integración europea.

⁴⁶⁷ Cfr. Fischer, Joschka, *Vom Staatenverbund zur Föderation - Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*, *opus cit.*, p. 9.

⁴⁶⁸ Paráfrasis de Konrad Hesse y Jürgen Habermas; *vid supra*: pp. 173 y 174.

Veamos el fenómeno de la transición en *S₁*. Aquí estaríamos tentados a decir que no hay tal porque la refundación está ausente. Sin embargo, la refundación política referida alude a la "federalización" de la Unión, *i.e.* a una transición de la totalidad de los ordenamientos legales involucrados en la UE. Ello no afecta *a priori* que el derecho comunitario sufra un cambio en su norma fundamental, la cual, como ya hemos visto (*vid supra*: p. 198), es la norma de derecho internacional general *pacta sunt servanda*. Desde esta perspectiva, sólo hay una manera posible de constatar una alteración en el derecho de la UE, la cual consiste en la determinación del proceso de reforma a los tratados constitutivos, *i.e.* a los *pacta*. Haciendo abstracción de todo contenido—que es lo que hace la teoría kelseniana de la norma fundamental—el criterio de identidad de los órdenes jurídicos sólo cambia si la norma fundamental es sustituida por otra, ya sea mediante una revolución *latu sensu*, o porque el orden en su conjunto pierde su eficacia⁴⁶⁹. Descartemos por el momento el segundo supuesto. La revolución *latu sensu* denota diversos acontecimientos, que van desde una revolución propiamente dicha, un golpe o autogolpe de Estado, hasta un cambio pacífico y consensuado de la norma fundamental, siendo su criterio definitorio el cambio irregular de la constitución, o bien el cambio inconstitucional de la constitución. Se trata, pues, de un criterio formal para determinar la identidad de los órdenes jurídico-estatales⁴⁷⁰.

Ahora bien, ¿bajo cuáles circunstancias se daría un cambio irregular de los *pacta* de la UE? La respuesta es realmente sencilla, pues ello sólo ocurriría *si el proceso para*

⁴⁶⁹ Cfr. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre, opus cit.*, pp. 212-221.

⁴⁷⁰ También se podría analizar la transición jurídica desde la perspectiva de la regla de reconocimiento de Hart, la cual tiene la ventaja de concentrarse en un criterio empírico-social que es la aceptación. Sin embargo, a los resultados que conduce el análisis desde dicha perspectiva son básicamente los mismos que se obtienen mediante el criterio de origen de la norma fundamental de Kelsen, pues en vez de decir que hay transición en el momento que la norma fundamental "se debe hacer lo que establece *A*" es sustituida por "se debe hacer lo que establece *B*", diríamos que tal cambio se verifica en el momento en que la regla "todo lo que dispone *A* es derecho válido" es sustituida por "todo lo que dispone *B* es derecho válido". Además, la aceptación en Hart cumple una función muy similar a la que desempeña la eficacia en Kelsen. Para este último, si la norma fundamental de *A* deja de ser eficaz, entonces el orden *A* pierde validez, mientras que para Hart la falta de aceptación de la regla *A* es un criterio para determinar que el orden *A* ya no es válido. Para estos propósitos, el concepto de eficacia en Kelsen cubre plenamente las funciones que realiza el concepto de aceptación en Hart. Y es que si el concepto kelseniano de eficacia fuese entendido en toda su magnitud, se eliminarían o al menos reducirían una serie de prejuicios sobre la supuesta indiferencia total de Kelsen respecto al derecho como fenómeno político y social. Por otro lado, la regla de reconocimiento de Hart tiene la gran inconveniencia de que se trata de un argumento circular, pues los órganos encargados de reconocer el

reformularlos fuese desobedecido, i.e. si se quebrantase la norma contemplada en el art. 4^o del TUE. En ese caso no importaría que la futura Constitución Europea proyectase un cambio político fundamental, como la creación de un sistema *quasi*-parlamentario con la elección del Presidente de la Comisión por parte del PE y la función de éste como verdadero colegislador, o bien que se realizase una mera simplificación legal, sin mayores cambios en las decisiones políticas fundamentales, i.e. una recepción del derecho comunitario que conocemos pero reorganizado en función de su simplificación⁴⁷¹. No importaría porque el último fundamento de validez de las normas establecidas por la Constitución en tal o cual sentido sería diferente al que tenían las normas creadas en virtud de la constitución anterior⁴⁷², independientemente de si su contenido significativo es el mismo o completamente diferente. La congruencia de dicha tesis se muestra al ver cómo el contenido de la norma fundamental ya no sería sostenible después de dicho cambio, pues el enunciado directivo *debe uno comportarse como lo establezcan los tratados constitutivos* sería quebrantado por el mismo proceso de reforma a los tratados. Según este orden de ideas, la pregunta obligada que sigue es: ¿qué sucedería si los tratados fuesen sustituidos materialmente por un proceso regular que modificase a la propia norma que contempla los procesos reformativos: estaríamos entonces ante la creación de un nuevo orden? La respuesta a ello ha dado lugar a un interesante debate de carácter lógico sobre las normas autorreferenciales, que parte de las paradojas que encierran las proposiciones autorreflexivas como la famosa paradoja del mentiroso: "todo lo que digo es mentira". Corresponde al genio de Alf Ross haber dilucidado la aparente paradoja de las normas constitucionales que establecen los procesos de reforma constitucional inclusive para ellas mismas, aunque también es justo reconocer que su solución se basa en buena medida en la tesis de la norma fundamental kelseniana y en el concepto de delegación inherente a ésta⁴⁷³. La conclusión a la que llega Ross es la siguiente: la paradoja se mantiene únicamente si se contempla a la norma reformativa N_R como la norma fundamental del

derecho válido son órganos instituidos por el propio derecho válido. Por todo ello, preferimos limitarnos en el análisis presente al criterio del cambio irregular de la norma fundamental.

⁴⁷¹ Como bien comenta Kelsen, "también una recepción de ese tipo es creación del derecho" (Cfr. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre, opus cit.*, p. 213; la traducción es mía).

⁴⁷² Cfr. *Idem*, pp. 213-214.

orden jurídico en cuestión, pues en ese caso la validez de N_R' derivaría de una norma que contradice su contenido, o dicho de otro modo, N_R' sería incompatible con la norma de la cual deriva su validez, i.e. sería anulable en virtud de que va en contra de N_R . Por ello, "cualquier intento de solución tiene que partir del principio de que de la validez de una norma N es imposible derivar la validez de una norma incompatible con N"⁴⁷⁴. De esta manera, si se acepta que la norma fundamental de un orden determinado no es N_R sino otra, a la que se puede denominar simplemente N_F , entonces no hay contradicción lógica, ni jurídica, al sostener que N_R' forma parte del mismo orden al que perteneció N_R , pues el fundamento de validez sigue siendo N_F . Parafraseando a Ross, podemos decir que N_F dispone: obedeced el procedimiento de reforma P_R instituido por N_R hasta que por medio de P_R y sólo mediante P_R se establezca N_R' ; entonces obedeced el proceso P_R' hasta que por ese mismo proceso y sólo por ese se establezca N_R'' ; y así indefinidamente⁴⁷⁵. En el caso de la UE podemos decir que *dado que la norma fundamental de la UE dispone que uno debe comportarse según lo dispongan los tratados constitutivos, y los tratados constitutivos disponen que todo su contenido es modificable mediante el proceso instituido en el art. 48 del TUE y sólo mediante dicho procedimiento, entonces toda modificación conforme a dicho procedimiento, incluyendo al propio procedimiento, es compatible con su norma fundamental y, por tanto, no da lugar a transiciones jurídicas del orden comunitario.*

Como ya hemos señalado (*vid supra*: p. 244), es probable que la Constitución Europea sea adoptada conforme a un mecanismo diferente al previsto en el art. 48 del TUE. Aunque se respetaría lo señalado por dicho precepto, se añadiría un paso al proceso, que sería el *referendum* europeo. Se podría alegar entonces que realmente no se produciría el quebrantamiento mencionado, que los pactos internacionales de la UE seguirían siendo cumplidos, pero formalmente no se trataría del mismo proceso reformativo. Además, al introducir la figura del *referendum* europeo se estaría introduciendo—acertadamente desde

⁴⁷⁴ Cfr. Ross, Alf, *Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional*; en: *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*, opus cit, pp. 43-71.

⁴⁷⁵ *Idem*, p. 67.

⁴⁷⁶ Cfr. *Idem*, p. 70.

la perspectiva política—un nuevo elemento legitimador del derecho de la UE que daría lugar a una nueva norma fundamental: *uno debe obedecer lo que pacten los Estados miembros y lo que decida el pueblo europeo*. Ambos elementos de la nueva norma fundamental serían igualmente necesarios, y sólo en su conjunto suficientes para determinar, en última instancia, la validez de las normas pertenecientes a dicho orden y, de esa manera, para identificar al nuevo orden jurídico de la UE.

La tesis kelseniana del cambio irregular ha recibido dos críticas importantes. La primera consiste en el carácter tautológico del enunciado en que se sustenta dicha tesis, *i.e.* la norma fundamental, y la segunda en que el criterio para determinar la identidad de un orden jurídico-estatal no puede ser completamente indiferente al contenido de sus normas más importantes. Evidentemente, ambas críticas están estrechamente relacionadas, pero conviene analizarlas por separado.

El carácter de la norma fundamental ha dado lugar a arduos debates académicos, limitémonos aquí a definirla según lo ha hecho su propio creador, *i.e.* como un presupuesto lógico-trascendental que permite explicar cómo es posible interpretar el sentido subjetivo de determinados hechos como normas jurídicas objetivamente válidas⁴⁷⁶. Según una de las acepciones más comunes del derecho, éste se caracteriza por ser imperativo, porque vale. Ello se hace latente en la definición de la jurisprudencia dogmática sobre la costumbre jurídica, *i.e.* la *opinio iuris sive necessitatis*, que significa que los actos que constituyen costumbre son jurídicos si se considera que deben acontecer, o bien, que deben ser obedecidos. La gran pregunta que divide a las diferentes escuelas jurídicas es: ¿por qué vale el derecho, *i.e.* por qué debe ser? Kelsen intenta explicarlo sin recurrir a conceptos metajurídicos, como dios o la naturaleza, por lo que establece ese presupuesto en el cual descansa la validez de toda norma jurídica perteneciente a un orden determinado, y cuya validez ya no es posible cuestionar, pues de lo contrario se caería en un *regressus ad infinitum*. Asimismo, determina, basado en Hume, que no es posible inferir un enunciado

⁴⁷⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, *opus cit.*, p. 205. Kelsen establece aquí una analogía con Kant, quien habla de la lógica trascendental como la ciencia del entendimiento puro que nos explica cómo es posible el conocimiento *a priori*.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de deber ser de uno de ser, por lo que formula el presupuesto lógico trascendental en un lenguaje directivo, *i.e.* como una norma: *uno debe comportarse conforme a la primera norma positiva del orden en cuestión*, que generalmente se denomina constitución. Esta fórmula es insatisfactoria si se pretende encontrar una última razón que fundamente y justifique al derecho. Sin embargo, refleja un entendimiento común del fenómeno jurídico: "Ciertamente, la teoría pura del derecho no inaugura un nuevo método del entendimiento jurídico con su teoría de la norma fundamental. Sólo trae a la conciencia aquello que hacen los juristas, por lo general de manera inconsciente, cuando interpretan (...) el significado subjetivo [de los actos de creación normativa] como normas objetivamente válidas, sin remitir la validez de ese orden a una norma superior, metajurídica"⁴⁷⁷.

Ross indica que lo que realmente dispone la norma hipotética es una mera tautología: *se debe hacer lo que se debe hacer*⁴⁷⁸. Pero esa tautología, señala el filósofo danés, no es una simple insuficiencia de la teoría pura, sino que encierra una ideología, una convicción sobre la moralidad del derecho: "la idea de un deber de obedecer el derecho (de cumplir con las obligaciones jurídicas) solo (*sic*) tiene sentido si suponemos que el deber aludido es un verdadero deber moral"⁴⁷⁹. En efecto, Ross sostiene que Kelsen es un "quasi-positivista". Sin embargo, la crítica de Ross no se limita a Kelsen, sino que abarca a la llamada segunda tesis del positivismo, *i.e.* aquella que no niega la relación entre el derecho y la moral, pero rechaza que se trate de una relación necesaria, y que ve en el derecho un hecho social que ha de describirse en términos puramente empíricos⁴⁸⁰. Dicha tesis es *quasi-positivista* para Ross porque uno de los conceptos en los que está basada es la validez, y dicho concepto es apriorístico⁴⁸¹. En el caso concreto de la norma fundamental podemos observar cómo la crítica de Ross cobra sentido, pues al "pensamiento jurídico" difícilmente se le puede atribuir una referencia empírica concreta, de hecho se trata de una idea bastante similar a las empleadas por los naturalistas cuando hablan de 'esencia' o

⁴⁷⁷ *Idem*, p. 209. La traducción y los corchetes son míos.

⁴⁷⁸ Cfr. Ross, Alf. *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*, tercera edición, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1997, p. 25.

⁴⁷⁹ *Ibidem*.

⁴⁸⁰ Cfr. *Idem*, p. 9.

⁴⁸¹ Cfr. *Idem*, pp. 16-17.

'naturalista'. ¿Qué es, pues, lo que mueve a los positivistas a fundamentar el derecho en un concepto tan ajeno a la experiencia como la "validez"? Para Ross se trata de un rezago iusnaturalista, un legado un tanto inconsciente de la necesidad de *justificar* la existencia misma del derecho, sólo que al tratar de purificarlo de conceptos metajurídicos se convierte en una especie de autojustificación: "El deber de obedecer al derecho es un deber moral hacia el sistema jurídico, no es un deber jurídico conforme al sistema"⁴⁸². La norma fundamental es metasistémica, sobre eso no cabe la menor duda, y de que se trata de un intento por justificar la fuerza obligatoria del derecho tampoco. Y es que la idea misma de *justificar* o *fundamentar* el derecho positivo es una cuestión de filosofía moral y política: "La afirmación de que un orden jurídico posee validez o fuerza obligatoria (...) pertenece a una conferencia de filosofía moral y nada tiene que ver con la descripción del orden jurídico"⁴⁸³. *De ahí que la aparente tautología "se debe hacer lo que se debe hacer" no es tal, sino que realmente expresa que se debe obedecer el derecho porque es bueno (o conveniente o necesario) obedecer el derecho. Realmente no pienso que un jurista o filósofo que se considere partidario de la gran mayoría de las tesis de Kelsen o de Hart se enfrente necesariamente a un conflicto al expresar que los observadores internos interpretan determinados hechos que expresan significados subjetivos como normas objetivamente válidas porque esos hechos se dieron conforme a un mecanismo que, en última instancia, se basa en la necesidad moral de convivir conforme a pautas objetivas de comportamiento, que garanticen la existencia de la comunidad política. En ese sentido, Kelsen probablemente sí sea un quasi-positivista, pues su anhelo siempre fue la paz social, como se desprende con mayor claridad de su concepto del derecho internacional"⁴⁸⁴.*

⁴⁸² *Idem*, p. 16.

⁴⁸³ *Idem*, p. 17.

⁴⁸⁴ Antes de Ross, Carl Schmitt ya había hecho notar esta cuestión. Para Schmitt, Kelsen hace abstracción del verdadero fenómeno jurídico-estatal, pues a la intención de purificar el derecho de todo elemento metajurídico subyace una ideología política: "la teoría [pura del derecho] se hace inteligible si se la contempla como última derivación de la antes citada auténtica teoría del Estado burgués de Derecho, que trata de hacer del Estado una ordenación constitucional al fundamentar la validez de ésta en una cuestión meramente formal jurídica" (Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, *opus cit.*, p. 10. Lo que está entre corchetes es mío). No creemos que sea justo atribuirle a Kelsen una defensa del capitalismo, pero reconocemos la certeza de Schmitt al indiciar la carga ideológica detrás del positivismo, lo cual se debe en gran medida al pensamiento hegeliano inherente a su teoría constitucional, pues la abstracción como fenómeno epistemológico es un concepto de Hegel, que ha servido mucho para desenmascarar las supuestas purezas absolutas que ostentan algunas doctrinas positivistas y analíticas, desde la propia epistemología y la filosofía del lenguaje hasta la teoría del derecho. El profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, Arturo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Esta crítica, aunque muy pertinente, no afecta necesariamente la tesis del cambio irregular como parámetro para determinar la transición de los órdenes jurídicos existentes en un momento histórico dado. Si lo hacen, aparentemente, las tesis que parten de un criterio político material, veamos en qué consisten.

Al prestar atención al contenido de las normas, queda muy claro que no todas pueden tener el mismo valor político, pues hay algunas que hacen la diferencia entre una determinada forma de gobierno o incluso de Estado. De ahí que el iusfilósofo catalán, Josep M. Vilajosana, hable de la necesidad de reducir parcialmente la teoría del derecho, con lo que se refiere "a la operación mediante la cual algún término significativo de una

Berumen, utiliza el método hegeliano para descubrir las ideologías ocultas en los postulados iuspositivistas e iusnaturalistas para así redeterminar un concepto holístico del derecho (Cfr. Berumen Campos, Arturo, *La Ética Jurídica como Redeterminación del Derecho Natural*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2000). Ahora bien, ¿cuál es entonces la ideología que subyace al positivismo kelseniano? Ross habla de la defensa del derecho como deber moral de preservar el orden establecido (Cfr. Ross, Alf, *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*, *opus cit.*, p. 31). Es difícil desprender qué quiso decir Ross exactamente con "orden establecido", la paz social que representa el derecho o la defensa del poder político. Si se refiere a lo primero, entonces es correcto, ya que Kelsen jamás fue un defensor del conservadurismo político, pero si un firme creyente en la fuerza del derecho como instrumento para garantizar la paz. En el ensayo *¿Qué es la Justicia?*, suscribe el relativismo axiológico como postulado político. Después de demostrar la irracionalidad de los valores absolutos que postula el iusnaturalismo sostiene que "el principio moral fundamental que subyace a una teoría relativista de los valores o que de la misma puede deducirse, es el principio de la tolerancia" (Kelsen, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, 10ª edición, Distribuciones Fontamara, S.A. México, 1999, pp. 76-77). La tolerancia puede definirse como la negación de toda negación, como un metavalor que no hace abstracción de los demás valores. De ello difícilmente se puede desprender una defensa del capitalismo, sino más bien la defensa del liberalismo político en el sentido de John Stuart Mill; un liberalismo que no tiene que ser necesariamente vinculado al capitalismo, pero sí a la defensa de las libertades del ciudadano frente al gobernante. Partiendo de dicha comprensión, el Estado liberal bien puede desarrollarse como un Estado social, preocupado por garantizar la justicia social mediante mecanismos regulatorios del capital privado. La *Grundnorm* predica la tolerancia al no expresar en su contenido ningún valor específico, ya que ello supondría necesariamente la anulación de todos los opuestos. Sin embargo, detrás de ello está claramente una ideología política, que consiste en la creencia de que la democracia liberal es la mejor forma posible de ser del Estado, y el mismo Kelsen lo dice: "Si la democracia es una forma de gobierno justa, lo es en cuanto significa libertad y libertad quiere decir tolerancia" (Cfr. *Idem*, p. 81). Ese es el postulado político de Kelsen, y no la defensa del capitalismo. Es necesario dejar esto muy claro, pues la crítica que hace Schmitt al exponer a Kelsen como una especie de cúspide del pensamiento burgués es falsa e injusta, y también lo son aquellas que identifican al positivismo kelseniano con la justificación iusfilosófica de cualquier tipo de barbarie política, especialmente del nacionalsocialismo. Simplemente hay que recordar que fueron iusnaturalistas como Schmitt quienes intentaron justificar jurídica y políticamente el régimen nazi. Y es que cuando se habla de "preceptos sistemáticos justos en sí mismos por virtud de su razonabilidad o justicia" (Cfr. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, *opus cit.*, p. 10), se abre el camino para todo, incluso un pueblo puede ser justo por sí mismo, aunque nadie sepa qué significa eso. Es esta pretensión de universalidad de juicios subjetivos de lo que advierte Kelsen en *¿Qué es la Justicia?*, abstracción definitivamente más peligrosa que aquella en la que incurre Kelsen.

teoría se define en función de algún término de otra para poder así aplicar el instrumental analítico de esta última⁴⁸⁵. De dicha manera, propone definir la identidad de los órdenes jurídicos en términos de la identidad de los regímenes políticos, aplicando algunas tesis pertinentes de la teoría política para identificar cuándo hay un cambio de orden jurídico, toda vez que éste corresponde, según el autor, al régimen político. Aquí se observa una ruptura con la concepción tradicional que identifica al orden jurídico con el estatal, mismo que para el catalán representa un nivel superior al orden jurídico/régimen político⁴⁸⁶, aunque nunca se cuestiona cómo es que un orden estatal es constituido si no es por medio de las normas pertenecientes a un determinado orden jurídico. Pero continuemos con la exposición de esta tesis.

En primer lugar, cabe aclarar qué entiende Vilajosana por 'régimen político'. Dicho término no debe confundirse con formas de Estado y/o gobierno, las cuales corresponden al orden estatal o Estado, del cual el régimen político sólo es un componente, pero nada más. El régimen político se refiere a una cuestión material y no formal, que tiene que ver con la realidad política que se vive en un determinado orden estatal. Una república, *i.e.* una forma de Estado que corresponde al orden estatal, puede tener un régimen político autoritario, mientras que una monarquía puede ser perfectamente democrática⁴⁸⁷. El hecho de que se trate, *e.gr.*, de una monarquía constitucional no es lo importante para el autor, pues la forma de gobierno que entraña el adjetivo 'constitucional' no corresponde necesariamente a la realidad política que se vive en el país en cuestión; este aspecto formal corresponde al orden estatal, no al régimen político del que él nos habla.

Los elementos que permiten hablar de la existencia de un régimen político determinado son variados, y los diferentes autores que han estudiado el tema sugieren componentes distintos. Sin embargo, hay cierto acuerdo en considerar las *ideologías* o valores, las normas jurídicas y no jurídicas y las estructuras de poder como sus elementos

⁴⁸⁵ Vilajosana, Josep M., *El Significado Político del Derecho*, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1997, p. 137.

⁴⁸⁶ Cfr. *Idem*, p. 23.

⁴⁸⁷ Cfr. *Idem*, pp. 160-161.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

indispensables. No existe, pues, *un* elemento que nos permita identificar la existencia de un régimen, sino que más bien debemos tratar de identificar cuál es el conjunto de elementos que nos permiten distinguir un régimen de otro, para lo cual es indispensable contar con una tipología de regímenes políticos lo más exhaustiva posible⁴⁸⁸, pues, como el mismo autor señala, no es posible brindar una tipología definitiva. En el caso de la UE ello se hace patente, pues su régimen político no encuadra totalmente en ninguna de las categorías tradicionales sugeridas por la teoría política, *i.e.* no es ni una dictadura, ni una democracia tradicionalmente sugeridas por la teoría política. *i.e.* no es ni una dictadura, ni una democracia propiamente, sino más bien un régimen diplomático con aspectos democráticos y que aún se encuentran en desarrollo; creo que no cometemos una barbaridad si lo describimos como un *régimen democrático in fieri*. Ahora bien, siendo el criterio para identificar un determinado régimen político enteramente material, *i.e.* considerando los contenidos significativos de determinados aspectos políticos fundamentales, el problema de la transición del mismo también lo es, y lo que debe analizarse es cuándo un cambio en los elementos que permiten identificar a un régimen determinado es fundamental, en el sentido que nos permita hablar de un régimen político distinto, es decir, que sea suficiente para establecer, *e.gr.*, que un régimen ha dejado de ser democrático⁴⁸⁹.

Siguiendo el esquema analítico de Vilajosana, podemos concluir lo siguiente para SY: la no proyección de la refundación política en los términos aquí definidos no es óbice para negar la posibilidad de un cambio de régimen político, toda vez que éste se refiere a un cambio material que no entraña necesariamente la forma de Estado y/o gobierno. Lo importante aquí es observar si la Constitución Europea introduciría algún cambio en la forma de actualización política de la UE. Por ello, e independientemente de qué proceso se siga para modificar los tratados constitutivos, si dichas reformas introdujeran un cambio político tal que permitiera establecer la transición del régimen democrático *in fieri* de la UE, entonces la entrada en vigor de la Constitución Europea sí representaría una transición de orden jurídico, toda vez que se trataría de un nuevo régimen político en los términos

⁴⁸⁸ Vilajosana se basa en las clasificaciones de Robert Alan Dahl y Juan J. Linz, con lo que llega a un total de cinco tipos de regímenes: democrático, dictadura, tradicional, totalitario y autoritario (Cfr. *Idem*, pp. 185-191).

⁴⁸⁹ Cfr. *Idem*, p. 201.

definidos por Vilajosana. Un cambio de dicha naturaleza podría ser la transformación de la toma de decisiones en la UE hacia un verdadero proceso legislativo en el cual el PE siempre fungiría como colegislador, o bien la elección del Presidente de la Comisión a cargo del PE. De esa manera podríamos constatar la transición del régimen democrático *in fieri* hacia un régimen democrático propiamente dicho, en el cual la toma de decisiones dejaría de ser predominantemente burocrática y diplomática, permitiendo así que la representación popular adquiriera una dimensión política totalmente distinta a la que hoy tiene. Por otro lado, aún suponiendo que no se produzca un cambio político fundamental de manera directa, *i.e.* que la UE siga operando de la misma manera que lo hace ahora, en caso que la Constitución fuese adoptada mediante un procedimiento que involucrase al pueblo europeo como tal (*referendum*), entonces cabría preguntarse si ello no supondría un cambio fundamental en la ideología o sistema de principios políticos de la Unión, ya que la legitimidad es, sin duda, un valor político fundamental. Además, dicho nuevo elemento legitimador seguramente tendría consecuencias prácticas en la toma de decisiones, *i.e.* en los esquemas de autoridad, pues ellos no sólo consisten en las estructuras institucionales sino en el "conjunto de roles o modelos regularizados de comportamiento y de expectativas acerca del modo en que habrán de comportarse los que ocupan posiciones especiales en la sociedad y el modo en que los demás deben obrar frente a ellos"⁴⁹⁰. A pesar de que consideramos que el *referendum* europeo efectivamente tendría dichas consecuencias y que ello probablemente está de acuerdo con el esquema analítico de Vilajosana, *la falta de un criterio unificador de los órdenes jurídicos nos plantea una serie de dudas sobre qué elementos, o combinación de éstos, permiten identificar los cambios políticos fundamentales que dan lugar a una transición del régimen político, y cuáles otros únicamente producen un cambio en el régimen.* El problema consiste realmente en qué consideramos como 'decisiones políticas fundamentales', pues la tesis de Vilajosana ya se encuentra, por lo menos en sus componentes esenciales, en la teoría constitucional de Carl Schmitt, teoría cuya principal deficiencia estriba en la pretensión de universalidad de valores políticos relativos (*vid supra*: nota 484).

⁴⁹⁰ *Idem.* p. 174. Vilajosana se basa a su vez en las ideas desarrolladas por David Easton al respecto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Dicho problema se evidencia al analizar el sistema de valores que define un régimen democrático. Dahl, por ejemplo, menciona las siguientes ocho cláusulas que deben garantizar los Estados para satisfacer condiciones indispensables de todo régimen democrático: a) libertad de asociación; b) libertad de expresión; c) reconocimiento del sufragio activo; d) reconocimiento del sufragio pasivo; e) derecho de los líderes políticos a competir en busca de apoyo político; f) diversidad de fuentes de información; g) elecciones libres e imparciales; y, h) instituciones que garanticen que la política del gobierno dependa de los votos y otras formas de expresar preferencias⁴⁹¹. Como se observa, el autor en el que se basa Vilajosana para su reducción parcial de la teoría jurídica concentra su atención en las libertades políticas, sin duda indispensables para la realización de un régimen democrático, pero de ninguna manera suficientes. Ya hemos visto (*vid supra*: Capítulo Tercero, II y III) que otros autores como Habermas consideran que la democracia sólo se realiza en la medida en que se garantizan una serie de derechos fundamentales que van mucho más allá de los políticos y civiles. La deficiencia en la propuesta de Vilajosana consiste en que nunca demuestra el supuesto vínculo conceptual entre derecho y política, pues si los criterios que sirven para identificar a un determinado régimen político sirven también para identificar a su correspondiente orden jurídico, ¿cómo es entonces que los elementos definitorios en uno y otro son totalmente distintos? El orden jurídico no puede ser definido en función de valores políticos, aunque el juicio valorativo forme parte de la actualización cotidiana de sus normas. La teoría política se dedica precisamente a valorar los diferentes modelos de organización socio-económicos y a sugerir nuevos esquemas para garantizar determinados ideales. Por ello es que la reducción parcial de la teoría jurídica mediante la política se torna en un discurso confuso que oscila entre el significado político y el jurídico del Estado, equiparándolos artificiosamente.

Pasemos ahora a analizar el problema de la transición jurídica en S_2 . Al hablar de la "refundación política de la Unión" podríamos asumir que en dicho caso definitivamente se verificaría una transición de los órdenes jurídicos, lo cual es correcto, pero expliquémoslo con base a las tesis anteriormente utilizadas.

⁴⁹¹ Cfr. Vilajosana, Josep M., *El Significado Político del Derecho*, opus cit., pp. 185 y 186.

La tesis kelseniana del cambio irregular parece complicarse porque ahora debemos observar los procesos de reforma conforme al derecho de la UE y a las constituciones de los 25 Estados que participarían en ese proceso. Sin embargo, realmente ya no importa que los cambios constitucionales sean conforme a la constitución o no, porque en S_2 ya no podríamos hablar de una delegación o cesión de facultades de los órganos constituidos a favor de órganos paralelos europeos, sino que estaríamos ante la presencia de una auténtica *transferencia de facultades*, en el sentido de una sustitución completa, de una transición hacia un nuevo sistema de facultades soberanas, como bien lo demuestra el hecho de que la Constitución Europea serviría fundamentalmente para distribuir competencias entre Estados miembros y la Unión⁴⁹². En S_2 , la reforma no podría ser constitucional aunque se siguiese el procedimiento establecido en la propia constitución, pues tal modificación se traduciría necesariamente en la sustitución de la norma fundamental.

Para demostrarlo basta observar las transformaciones que sufrirían las constituciones nacionales en sus elementos definitorios y concomitantes. Queda claro que las constituciones nacionales seguirían siendo el punto de partida y de individualización de las cadenas normativas nacionales, ello no cambiaría. Sin embargo, las cadenas normativas nacionales se verían significativamente reducidas a ciertas materias, pues todo ámbito que se declarase competencia de la Unión por medio de la Constitución Europea tendría su punto de partida, su máximo criterio de validez, así como único criterio de individualización en esa Constitución, y no en las nacionales. Se obtendría, pues, una distribución orgánica de competencias soberanas entre Estados miembros y Unión, realizada por la nueva norma fundante de dicho orden de tipo federal. *Es cierto que la cesión soberana es un hecho conocido en la integración europea por lo menos desde el TCECA, pero la cesión aludida representa una delegación y no una transferencia definitiva, de origen.* Esto último quedó claro con los puntos de vista comunitario y nacionales, así como mediante la naturaleza misma de las cláusulas de integración, que,

⁴⁹² La diferenciación entre 'delegación' y 'transferencia' es utilizada por Ross para explicar por qué el proceso reformativo de la constitución puede ser reformado por el mismo proceso, sin que ello implique una transición, ya que la validez de N_R deriva en última instancia de las mismas autoridades que instituyeron N_R (Cfr. Ross, *Alf. Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional*, opus cit., p. 68).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

como vimos, derivan su validez de la misma norma fundamental que las demás normas constitucionales: simplemente recuérdese la explicación de la Cámara Alta británica sobre la *European Communities Act* como ley derogable al igual que cualquier otra expedida por el *Parliament*. Si la Constitución Europea proyectase un nuevo orden jurídico federal, las constituciones nacionales perderían su propiedad como normas supremas respecto a toda materia que se regule conforme a ese orden y respecto a la organización de las funciones estatales de la Unión. En ese sentido, serían relegadas a normas supremas regionales, como lo son las constituciones de las entidades federativas respecto a los ordenamientos jurídicos de dichas entidades y nunca en contravención de la norma suprema de la totalidad, *i.e.* la constitución general del Estado federal. Esto es fácil de constatar, ya que cualquier disposición constitucional de algún Estado miembro que quebrantase un precepto de la Constitución Europea, ya sea una regla formal sobre la distribución de competencias o una norma material regulada por la misma, sería anulable por ese mismo hecho.

Por otro lado, la función que adquiriría el TJCE como corte suprema para resolver toda controversia sobre competencias entre la Unión y los Estados miembros o entre éstos, demuestra que las constituciones nacionales serían despojadas de una de sus características concomitantes, *i.e.* de la supremacía garantizada jurisdiccionalmente. La contradicción entre los puntos de vista nacionales y comunitario quedaría finalmente superada mediante un último criterio de validez y una corte de derecho competente para dar el *ultimum responsus iuris (ultimum iudicium)*.

*La transición hacia la nueva norma fundante europea, conllevaría necesariamente a una nueva norma fundamental del orden jurídico europeo propiamente dicho, que sería la norma fundamental tanto para la Unión como para los Estados miembros; se trataría de una consecuencia lógica del nuevo orden creado mediante la Constitución Europea. En ese sentido, la transición sólo podría verificarse mediante una ruptura de las constituciones nacionales como tales y de la Constitución de la UE, *i.e.* de los pacta; poco importaría ya que se respetase el procedimiento indicado en el art. 48 del TUE y los prescritos en las normas supremas nacionales, pues el resultado de la reforma siempre*

iría más allá de la competencia delegada. Aún así, la cuestión sobre el proceso reformatorio no es irrelevante, ya que la creación de un nuevo orden estatal debería contar con una fuente legitimadora adecuada. Para algunos constitucionalistas éste sería un requisito indispensable, para otros simplemente un elemento político altamente deseable a fin de garantizar la realización de un orden estatal democrático. Suscribimos la segunda tesis, pero enfatizando en la gran importancia política y social de que cualquier cambio de orden estatal en Europa cuente con la aprobación popular en su conjunto.

La segunda tesis que hemos utilizado, la de Vilajosana, pareciera más práctica para analizar el fenómeno de la transición en S_2 . En resumen, el cambio de orden estatal, *i.e.* la transición hacia la federación europea, implicaría necesariamente un cambio de los órdenes jurídicos, *i.e.* la creación de un orden jurídico europeo y la verdadera integración de los 25 ordenamientos nacionales al federal. No hay ninguna duda al respecto, pues el orden estatal es, según Vilajosana, un orden superior al jurídico, que abarca a éste, así como a la comunidad política y a las autoridades. El autor explica que un cambio de orden jurídico no conlleva necesariamente a un cambio del orden estatal, aunque sí *en* el mismo, explicándolo con base a ejemplos de los diferentes regímenes políticos que se han constatado en España y otros Estados europeos a lo largo del siglo XX. De esta manera, un cambio del orden estatal sólo se da si han cambiado sus tres elementos fundamentales (comunidad política, régimen político y esquema de autoridades) o bien si ha cambiado el primer elemento, *i.e.* la comunidad política. Por su parte, un cambio de orden estatal siempre da origen a un cambio de régimen político: "entiendo que el cambio de comunidad política es condición suficiente del cambio de régimen político (puesto que acordamos que el cambio de comunidad política era condición suficiente del cambio de sistema político y el cambio de éste lo es del cambio de régimen)"⁴⁹³.

En S_2 tendríamos un cambio en todos los elementos que componen el orden estatal, pues nadie puede dudar que el régimen político (correspondiente al orden jurídico) instituido por la Constitución Europea sería uno nuevo si ésta proyectara la refundación

⁴⁹³ Vilajosana, Josep M., *El Significado Político del Derecho*, opus cit. p. 183.

política de la Unión, así como tampoco en que el esquema de las autoridades se vería fuertemente alterado al introducirse una nueva división de funciones estatales, *i.e.* federales y federativas. El criterio para identificar un cambio de la comunidad política se torna un poco más complicado. El criterio decisivo para constatar tal cambio tiene que ser la aceptación de los integrantes de la comunidad hacia las nuevas autoridades y el nuevo régimen político-jurídico. Vilajosana se inclina por esta opción, que, como bien observa, se relaciona estrechamente con la regla de reconocimiento de Hart. No obstante, resulta muy importante para Vilajosana no limitar dicho criterio a la aceptación de las normas jurídicas, sino que tiene que hacerse extensivo a los principios políticos y demás valores e ideologías⁴⁹⁴. Ello significa entonces que el cambio de comunidad política solamente es verificable a largo plazo, *i.e.* en la medida en que se realice la unidad política, es decir, que se actualice el orden jurídico-estatal. Cabe recordar que dentro de este esquema no hay cambio de orden estatal sin cambio de comunidad política, y realmente se trata de una equivalencia material, pues el cambio de uno implica necesariamente el del otro. Y ello quiere decir precisamente que *un orden estatal permanece sí, y sólo sí, es eficaz, y que la pérdida de eficacia de un orden jurídico-estatal da lugar necesariamente a un nuevo orden, i.e. a una transición*. La eficacia de un orden jurídico-estatal significa que éste es obedecido/aceptado en su totalidad. Y en cuanto a la diferencia de los órdenes estatal y jurídico, cabría preguntarse cómo un Estado puede ser concebido sin el orden jurídico, siendo que las normas jurídicas, especialmente las constitucionales, determinan la forma de organización política de una comunidad. Son ellas las que determinan si se trata de una monarquía o de una república, así como también son ellas las que definen si dicha monarquía es constitucional. El orden estatal está definido, tanto en su forma de Estado como de gobierno, por el orden jurídico, o mejor dicho, es parte de éste. No hay, por tanto, un nivel superior al orden jurídico en el sentido propuesto por Vilajosana.

De esta manera, y conforme a las tesis de Hans Kelsen, podemos concluir que *en S₂ se daría una ruptura de todos los órdenes jurídico-estatales actuales para dar lugar al europeo, el cual se verificaría a lo largo del tiempo en la medida en que fuese eficaz. En*

⁴⁹⁴ Cfr. *Idem*, p. 163. En ese sentido, la propuesta de Vilajosana se asemeja a la de Garzón Valdés, que es

caso de no contar con la aceptación de la ciudadanía y las autoridades encargadas de actualizar sus normas, se daría una reinstauración de los ordenamientos anteriores, lo cual puede acontecer en uno o varios de los ordenamientos respectivos. La reinstauración haría del nuevo orden un hecho ilícito, un intento ilegal por quebrantar la(s) norma(s) fundamental(es) restaurada(s). Como vemos, la norma fundamental de Kelsen sigue siendo el criterio más objetivo para identificar la existencia de órdenes jurídicos y sus transiciones, pues la tesis del cambio irregular aunada a un buen entendimiento del concepto de eficacia da perfectamente cuenta de todo aquello que se ha intentado por medio de teorías "más políticas" del derecho.

comentada al final de su libro.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

Primera: La "idea de Europa" es una noción político-cultural, fruto de la historia bélica entre las naciones europeas, que se refiere principalmente a la búsqueda por la paz perpetua entre éstas. Por tanto, no está necesariamente vinculada al Cristianismo, como sostienen algunos grupos políticos de centro-derecha. Este ideal tiene una relación analítica con el valor de la tolerancia, pues éste constituye la premisa para la realización de la paz perpetua. Aunque la tolerancia ciertamente forma parte central de las enseñanzas del Cristianismo, trasciende, por definición, todo cuerpo dogmático cerrado. De ahí que la construcción actual de la idea de Europa no debe basarse en "una herencia común", sino anhelar la superación de todo dogma excluyente con base a un derecho cosmopolita en el sentido kantiano, que en el respeto a la diversidad hallará su identidad cultural.

Segunda: La historia de la Europa comunitaria inicia con la convicción de superar dogmas inherentes al concepto de soberanía nacional para garantizar la paz entre pueblos totalmente devastados por las dos Guerras Mundiales, por lo que los nacionalismos exacerbados se convirtieron en el enemigo natural de la integración europea de origen antifascista. En dicho sentido, el método federalista se perfiló como la mejor opción para alcanzar la paz. El federalismo surge originalmente de la necesidad de países pequeños de protegerse frente a peligros mayores extranjeros por medio de una alianza estratégica, que por definición supone la transferencia de competencias soberanas. En el caso europeo, surgió de la necesidad de los países miembros de protegerse de sí mismos. Se trata, pues, de una especie de federalismo invertido, por lo que su manera de operar ha sido distinta, y las competencias cedidas a las instituciones comunitarias no han sido transferidas sino delegadas, conservando la competencia original. Ello dificulta la clasificación de la UE conforme a los conceptos tradicionales de la teoría del Estado, obligando así a los tratadistas a hablar de un ente político *sui generis*, o bien, de una *quasi*-federación.

Tercera: El "método Monnet", consistente en la integración sectorial, y que hizo posible que ciertos Estados accedieran a la cesión de competencias soberanas, debe alertar a los constructores de la nueva Unión, pues sugiere que ante la inminente ampliación a 25 países

miembros, se contemple el concepto de los círculos concéntricos—también denominado “Europa de las diferentes velocidades”—, sugerido por Jacques Delors y François Mitterrand, y retomado recientemente por Helmut Schmidt y Joschka Fischer.

Cuarta: Los dos tratados constitutivos, el TUE, la inmensa cantidad de protocolos y actos modificativos, así como la bastísima jurisprudencia del TJCE hacen de la base del orden jurídico comunitario un *dispersus* normativo incomprensible para el ciudadano. Peor aún si contemplamos el derecho derivado con sus reglamentos, directivas, decisiones y demás. Esta maraña legislativa se traduce en una serie de problemas políticos, como la falta de transparencia en la toma de decisiones y la dificultad de desarrollar un sentimiento de identidad de los individuos hacia la UE. Si a eso le añadimos los dificultados y variados procesos legislativos (5), en donde la única instancia que representa a los ciudadanos es relegada a un segundo plano, entonces se entiende bien por qué se habla del déficit democrático de la UE. La Constitución Europea representa una gran oportunidad para erradicar estos vicios burocráticos y su correlativa falta de legitimidad.

Quinta: Algunos teóricos sostienen que de los ideales políticos reconocidos en los tratados comunitarios y en la jurisprudencia del TJCE se infiere la existencia de una constitución política de la UE. Empero, dichos instrumentos no satisfacen algunas exigencias básicas del constitucionalismo europeo, haciendo imposible la existencia de tal documento político fundamental. A pesar de lo dicho, es justo reconocer los avances sustanciales que se han dado a partir de las reformas de Maastricht, en 1992.

Sexta: La Constitución Europea es posible dado que el concepto ontológico de soberanía es una falacia construida a partir de nociones románticas que carecen de referencias empíricas concretas. El debate actual sobre el futuro de Europa constituye una realidad política, entendida como conjunto de proyectos sobre la redefinición del *status* jurídico-político de la UE. Una Constitución que refleje de la mejor manera posible las exigencias centrales de dichos proyectos, sentaría las bases jurídicas para la realización de la unidad

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

política europea, que encuentra sus fundamentos axiológicos en la cultura constitucional compartida, fruto de la historia común europea.

Séptima: La Constitución Europea serviría para definir claramente los ámbitos de acción de ciudadanos y gobernantes (derechos y obligaciones) en la nueva Unión, lo que incrementaría el sentimiento de pertenencia a la comunidad política, facilitando la participación en la *res publica*, y otorgando certeza a los actores sociales sobre las probabilidades y consecuencias de sus acciones, en el sentido expresado por Max Weber.

Octava: La cesión de facultades soberanas de los Estados miembros a favor de las instancias comunitarias, que se refleja especialmente en el reconocimiento de un poder legislativo paralelo a los constituidos, es un hecho indiscutible, lo cual hace del orden jurídico comunitario un derecho especial, diferente del internacional, con claros elementos supranacionales. No obstante, es necesario subrayar que los elementos que distinguen al derecho comunitario del internacional son, precisamente, aquellos que han servido para distinguir al derecho internacional del nacional, lo cual nos obliga a considerar diferencias y similitudes entre el derecho nacional y el llamado 'derecho supranacional'. En ocasiones, incluso pareciera apropiado hablar de un 'orden jurídico interno de tipo federal', como se habla ya de un 'mercado interior'. Empero, ello se dificulta porque, a diferencia de los ordenamientos jurídicos federales que conocemos, la línea divisoria y el punto de convergencia entre los derechos nacionales y el comunitario no son nada claros.

Novena: La diferencia, resaltada por Alf Ross, entre 'transferencia' de competencias y 'delegación' o 'cesión' de las mismas es clave para comprender el fenómeno jurídico europeo. En el primer caso, la entidad originaria pierde definitivamente las competencias en cuestión, mientras que en el segundo se da una delegación que puede ser revocada por propia autoridad. Dicha distinción se evidencia si confrontamos, por un lado, como en las federaciones tradicionales las entidades federativas transfieren competencias a la federación mediante una constitución general del Estado, y por el otro, como las cesiones de los países miembros a favor de las instancias comunitarias se han dado por medio de

normas constituciones nacionales ("cláusulas europeas"), que pueden ser reformadas por propia autoridad.

Décima: Asimismo, hemos constatado como los máximos tribunales nacionales tienen serios problemas al *elegir* el derecho cuya integridad hay que proteger, es decir, el comunitario o el nacional. Ello se debe a que, en última instancia, no se tiene certeza sobre la norma que fundamenta al conjunto de reglas jurídicas que rige en los territorios de los Estados miembros. Hemos denominado este fenómeno los "puntos de vista nacionales y comunitario", con lo que deseamos resaltar la ausencia de *un* orden jurídico europeo propiamente dicho. Los diferentes puntos de vista, que también hemos señalado como diferentes criterios de validez, se refieren a la existencia de quince ordenamientos jurídicos nacionales y uno comunitario.

Décima primera: Por lo anterior, sostenemos que los órdenes jurídicos de los países miembros y el sistema normativo creado por los tratados de las comunidades y de la UE, presentan un grado de interacción único en el mundo, pero carecen aún de la norma fundamental, en el sentido kelseniano, que permitiría hacer de *esse ius commune europaeum*, como bien dice el profesor Häberle, un verdadero orden jurídico europeo. La creación de la Constitución Europea resulta, pues, un imperativo a realizar a fin de dotar de coherencia jurídico-formal al material jurídico que hoy en día interactúa caóticamente en los territorios de los países miembros.

Décima segunda: Conforme a lo anterior, resulta indispensable que la Constitución Europea elimine la ya anacrónica e insuficiente arquitectura de los tres pilares y dote a la UE de personalidad jurídica. Dicho *status iuris* es, por un lado, un medio muy eficiente para simplificar los tratados existentes, unirlos en un texto constitucional y eliminar la estructura de los tres pilares, y, por el otro, una consecuencia natural de todo ello: la simplificación y unidad política-jurídica de la UE requieren e implican a su vez la consolidación de la capacidad legal en una sola persona de derecho público, por lo que a la unión se refiere. Ello también es necesario en términos del federalismo posnacional al que

se dirige la Europa comunitaria desde su creación, ya que la unión—o federación—sería aquella colectividad de derecho público que abarcaría a las entidades federadas, o sea los Estados miembros, que, por supuesto, conservarían la capacidad necesaria para actuar en el ámbito de sus competencias.

Décima tercera: La Convención Europea y sus Grupos de Trabajo han realizado una gran labor hasta la fecha, pero no se vislumbra el ánimo de emprender reformas de fondo, salvo en algunos aspectos aislados. Si bien es justo otorgarles el beneficio de la duda, ya que sus trabajos no han finalizado, persiste el temor de que dejen pasar la oportunidad histórica de crear una constitución propiamente dicha, tanto política- como jurídicamente. De ocurrir ello, todo el debate constitucional en Europa sería absurdo y un desgaste innecesario de tiempo, dinero y paciencia política; un desgaste ridículo de la idea de Europa. Si no se piensa en la refundación política, con sus matices y con el debido respeto a los tiempos políticos y especificidades de la UE, entonces el intento de crear una constitución ya fracasó. En ese caso bastaría una reforma integral a los tratados comunitarios, simplificándolos y reduciéndolos a uno, que sería un nuevo Tratado de la UE; se podría evitar todo esta intensa discusión académica, política y social, que ha empezado a evolucionar las teorías jurídicas y políticas del Estado.

Décima cuarta: Sólo mediante la refundación política, o sea la federalización de la UE, se trascendería de la comunidad económica a la comunidad política, lo que constituiría a su vez una gran oportunidad para encontrar soluciones a los retos derivados de la globalización, que los Estados tradicionales ya no pueden dar. Sin embargo, dicha refundación puede ocurrir o no mediante la Constitución Europea. La nueva Carta Magna debería sentar únicamente las bases para ello, permitiendo así que la actualización política de las nuevas formas jurídicas, en el sentido descrito por Konrad Hesse, se traduzca a largo plazo en la federalización de la Unión. Si bien consideramos que ello es conveniente, no es posible vaticinar que sucederá, pues como bien dice Habermas: "sólo como proyecto histórico contiene el Estado democrático de derecho un sentido normativo que va más allá de lo jurídico".

BIBLIOGRAFÍA

1. Ahl, Michael, *Europarecht, Examenkurs für Rechtsreferendare*, segunda edición, C.H. Beck, Munich, 1996.
2. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Norma Jurídica*, en: *El derecho y la justicia*, edición de Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J., Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, tomo II, segunda edición, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2000.
3. Aristóteles, *Constitución de los Atenienses*, introducción, traducción y notas de García Valdés, Manuela, Editorial Gredos, Madrid, 1984.
4. _____, *Politica*, versión de Gómez Robledo, Antonio, segunda edición, Biblioteca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana, UNAM, 2000.
5. Battis, Ulrich et al., *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, Errüge eines Forschungsprojektes an der FernUniversität in Hagen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden/Ant. N. Sakkoulas, Atenas, 1995.
6. Berumen Campos, Arturo, *La Ética Jurídica como Redeterminación del Derecho Natural*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2000
7. Bonde, Jens Peter, *The Convention on the Futures of Europe*; en: <http://www.euroserver.com>.
8. Borchardt, Klaus-Dieter, *El ABC del Derecho Comunitario*, quinta edición, Comunidades Europeas, Bruselas, 2000.
9. Brian Aristide, *Textes sur un projet d'union fédérale européenne (1929-1930), Discours d'Aristide Briand devant la Xe session de l'Assemblée de la Société des Nations, Extrait*; en: <http://hvpo.ge-dip.stat-ge.ch>.
10. Bulygin, Eugenio, *Teoría y Técnica de Legislación*; en: Alchourrón, Carlos, y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.
11. Caracciolo, Ricardo, *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho*, Distribuciones Fontamara, S.A., segunda edición, México, 1999.
12. _____, *Sistema Jurídico*, en: *El derecho y la justicia*, edición de Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J., Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, tomo II, segunda edición, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2000.
13. Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 4ª edición, Editorial Porrúa/UNAM, México, 1994.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

14. _____, voz de 'Facultades en el Estado federal', en: Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo IV, UNAM/Editorial Porrúa, México 2002.
15. Cram, Laura, *Integration theory and the study of the European policy process*; en: Richardson, Jeremy (editor), *European Union, Power and Policy-Making, European Public Policy Series*.
16. Dannecker, Gerhard, *Evolución del derecho penal y sancionador comunitario europeo*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001.
17. Dante Alighieri, *De Monarchia*; en: <http://civiseuropaeus.org/idea/index.htm>.
18. De la Cueva, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo II, octava edición, Editorial Porrúa., S.A., México, 1996.
19. Díaz Jiménez, María del Carmen, *La Constitución de la Unión Europea. una necesidad*, Boletín de la Facultad de Derecho, N° 6, 1994, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1994.
20. Fischer, Josefka, *Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*; en: http://www.auswaertiges-amt.de/6_archiv/2/r000512a.htm.
21. *Fischer Weltgeschichte*, tomo 24, capítulo 4: *Der frühmoderne Staat und die Krise des 17. Jahrhunderts*, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt, 1991.
22. *Gaius, Institutiones*; en: *Römisches Recht*, Bibliothek der Antike, Aufbau-Verlag, Berlin y Weimar, República Democrática de Alemania, 1975.
23. García de Enterría, Eduardo, *El Proyecto de Constitución Europea*; en: Rivista di Diritto Europeo, N° 4, 1994, Libreria dello Stato, Roma, 1994.
24. García, Ricardo A., *La Responsabilidad de los Estados miembros por la Infracción del Derecho Comunitario*; en: *Cuadernos de Estudios Europeos*, Fundación Universidad Empresa, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997.
25. *Geschichte, Politik und Gesellschaft*, tomo I, tercera edición, Cornelsen Verlagsgesellschaft, Bielefeld, Alemania, 1991
26. Gil Ibáñez, Alberto, *Jerarquía y tipología normativa, procesos legislativos y separación de poderes en la Unión Europea: Hacia un modelo más claro y transparente*, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de San Pablo-CEU, Madrid, 2002.
27. Große Hüttmann, Martin, *Das Subsidiaritätsprinzip in der EU-eine Dokumentation*, Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübinga, Alemania, 1996.

28. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, traducción de Héctor Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2001.
29. _____, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, traducción de Emilio Mikunda, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.
30. Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, cuarta edición, Editorial Surkamp, Frankfurt del Meno, 1994.
31. _____, *La Constelación Posnacional*, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, 2000.
32. _____, *Warum braucht Europa eine Verfassung?*; ensayo publicado en *Die Zeit*, 27/2001.
33. Harat, Michael y Negri, Antonio, *Imperio*, 1ª reimpresión, Paidós, Buenos Aires, 2002.
34. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, segunda edición, Clarendon Press, Oxford, Oxford, 1997.
35. Heinzen, *Vom Dickicht der Verträge zur europäischen Verfassung?*, Freie Universität Berlin, Berlin, 2000; en: www.fu.berlin.de/iura.
36. Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
37. Hücke, Matthias/Schantz, Peter, Seminario de Verano en la Facultad de Derecho de la Universidad Humboldt de Berlín, dirigido por Pernice, Ingolf, *Berliner Thesen zur Europäischen Kompetenzdebatte*, Berlin, 2001; en: www.whi-berlin.de.
38. Huerta Ochoa, Carla, *Constitución, Transición y Ruptura*; en: González, María del Refugio y López Ayllón (editores), *Transiciones y diseños institucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
39. _____, *Constitución y Diseño Institucional*; en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, No. 99, septiembre-diciembre de 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México.
40. _____, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2001.
41. Hugo, Victor, *Discours au Congrès de la Paix, Discours d'Overture, 21 août 1833*; en: <http://civiseuropaeus.org/idea/index.htm>.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

42. Isaac, Guy, *Droit communautaire général*, 7ª edición, Dalloz, Paris, 1999.
43. Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, prólogo y traducción de De los Ríos, Fernando, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
44. Jospin, Lionel, *El futuro de una Europa ampliada*; en: http://europa.eu.int/futurum/congov_es.htm
45. Junker, Abbo, *Internationales Privatrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1998.
46. Kant, Immanuel, *Hacia la Paz Perpetua, Un esbozo filosófico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.
47. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, traducción de Tamayo y Salmorán, Rolando, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.
48. _____, *¿Qué es la Justicia?*, décima edición, Distribuciones Fontamara, S.A. México, 1999.
49. _____, *Reine Rechtslehre*, Österreichische Staatsdruckerei, segunda edición (1960), reimpresión 1992, Viena, 1992.
50. _____, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Maynez, quinta edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.
51. Kymlicka, Will y Straehle, Christine, *Cosmopolitismo, Estado-Nación y nacionalismo de las minorías, Un análisis crítico de la literatura reciente*, traducción de Pérez Portilla, Karla y Torbisco, Neus, y estudio introductorio de Carbonell, Miguel, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2001.
52. Louis, Jean-Victor, *L'Ordre Juridique Communautaire*, 6ª edición, Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, Luxemburgo, 1993.
53. Mazey, Sonia, *The development of the European idea*; en: Richardson, Jeremy (editor), *European Union, Power and Policy-Making, European Public Policy Series*, Routledge, London and New York, 1996.
54. Moravcsik, Andrew, *Despotism in Brussels? Misreading the European Union* (Review Essay); en: *Foreign Affairs*, May/June 2001, Volume 80, Number 3.
55. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, novena edición, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999.

56. Pernice, Ingolf, *Der Parlamentarische Subsidiaritätsausschuss*, WHI-Paper: 11/02, Berlín, septiembre de 2002; en: www.whi-berlin.de/pernice-psa.htm.
57. _____, *Elements and Structures of the European Constitution*, WHI-Paper 4/02, Berlín, 2002, en: www.whi-berlin.de.
58. _____, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*; en: *Common Market Law Review*, No. 36, Holanda, 1999.
59. _____, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, WHI-Paper 5/02, Berlín 2002, en: www.whi-berlin.de/pernice-constitutionalism.htm. Próxima publicación en *European Law Review*, 2002.
60. _____, *Rethinking the Method of Dividing and Controlling the Competencies of the Union*, WHI-Paper 6/01, Berlín, 2001; en: www.whi-berlin.de/pernice-competencies.htm.
61. _____, *Zur Verfassungsdiskussion in der Europäischen Union*, WHI-Paper 2/01, Berlín, 2001; en: www.whi-gerlin.de/pernice-anhoerung.htm
62. Ross, Alf, *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*, tercera edición, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1997.
63. Roy, Joaquín, *La Unión Europea: Historia, Instituciones, Políticas*; en: Chanona Burguete, Alejandro y Domínguez Rivera, Roberto (coordinadores), *Europa en transformación, Procesos políticos, económicos y sociales*, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de Quintana Roo, Plaza y Valdés, S.A. de C.V., México, 2000.
64. Ruipérez, Javier, *La "Constitución Europea" y la Teoría del Poder Constituyente*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.
65. Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho Constitucional*, Editorial Porrúa, México, 1995.
66. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Francisco Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.
67. Schmidt, Helmut, *Die Selbstbehauptung Europas im neuen Jahrhundert*, Humboldt-Reden zu Europa, Berlín, 2000; en: www.whi-berlin.de/hre.htm.
68. _____, *Lasst den Worten endlich Taten folgen*; en: *Die Zeit*, 24/2001.
69. Sorensen, Max (editor), *Manual de Derecho Internacional Público*, séptima reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

70. Tamayo y Salmorán, Rolando, *El "Derecho Comparado"*; en: Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio, en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, Tomo II, Derecho Comparado, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988.
71. _____, *Elementos para una Teoría General del Derecho, Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica*, segunda edición, Editorial Themis, México, 1998.
72. _____, *Interpretación Constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa*; en: *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Vázquez, Rodolfo (compilador), Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1998.
73. _____, *Introducción al Estudio de la Constitución*, primera edición corregida, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1998.
74. _____, voz de "Estado", en: Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo II, decimosegunda edición, Editorial Porrúa, S.A./UNAM, México, 1998.
75. Tsatsos, Dimitris, *Das Prinzip der europäischen Verfassungsverantwortung*; en: www.whi-berlin.de.
76. Truyol y Serra, Antonio, *La Integración Europea. Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos, Tomo I, Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999.
77. Vilajosana, Josep M., *El Significado Político del Derecho*, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1997.
78. Weiler, J.H.H./Trachtman, Joel P., *European Constitutionalism and Its Discontents*, Northwestern Journal of International Law and Business, Winter/Spring, 1996/1997, Volume 17, Number 2/3, Chicago, 1997.
79. Zippelius, Reinhold, *Teoría General del Estado, Ciencia de la Política*, traducción de Fix-Fierro, Héctor, tercera edición, Porrúa/UNAM, México, 1998.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS CONSULTADOS

1. Creifelds, Carl, *Rechtswörterbuch*, quinceava edición, C.H. Beck, Munich, 1999.
2. Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, XII Tomos, UNAM/Editorial Porrúa, México, 2002.

3. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima primera edición, tomos I y II, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1992

**HEMEROGRAFÍA
(PRENSA IMPRESA Y ELECTRÓNICA)**

1. BBC News del 27 de agosto de 2002, *EU superstate ambition denied*; en: <http://news.bbc.co.uk>.
2. Der Spiegel, 43/2002, *Entrevista a Valéry Giscard d'Estaing*.
3. Der Spiegel, N45/ 2002, *Ein gewaltiges Stück Arbeit*.
4. Der Spiegel, 3/2002, Fried, Johannes, *Karl der grosse Europäer? Ein dunkler Leuchtturm*, segunda parte de la serie *Woher kommt Europa?*
5. El País, 23 de julio de 2002, Pozzi, Sandro. *Misión cumplida*.
6. El País, 13 de noviembre de 2002, Yárnóz, Carlos, *El Partido Popular Europeo propone que la Constitución de la UE recoja menciones expresas a la religión*.
7. Frankfurter Allgemeine Zeitung, 26 de febrero de 2001, Scheerer, Susanne, *Vor dem Gipfel ist nach dem Gipfel; über die Zukunft des Nizza Vertrags*.
8. *Giscard proposes EU peoples' congress*; en: <http://www.europalace.org/debate/giscard.html>.
9. *Giscard: referendum for EU constitution by 2004*, [euobserver.com](http://www.euobserver.com), 01/03/2002; en: <http://www.euobserver.com>.
10. The Economist, Noviembre/2, 2002, *Can these bones live?*
11. The Economist, 26 de octubre-1 de noviembre, *Restoring Europe's smile*.

DERECHO POSITIVO VIGENTE

1. Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 89, 155- Maastricht; en: <http://www.uni-wuerzburg.de/dfr/bv089155.html>.
2. _____, BVerfGE 102, 147 - Bananenmarktordnung; en: www.uni-wuerzburg.de.
3. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; en: http://europa.eu.int/abc/cit1_es.htm.
4. Constitution belge; en: <http://www.senate.be>.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

5. Constitución de Irlanda; en: <http://www.irlgov.ie/taoiseach/publication/constitution/intro.htm>.
6. Constitución de los Estados Unidos de América/Constitution of The United States of America; ediciones Luciana, México, 2000.
7. Constitución del Reino de España de 1978; en: http://www.cepc.es/const_UE.htm.
8. Constitución de la República de Italia de 1947; en: http://www.cepc.es/const_UE.htm.
9. Constitución de la V República francesa del 4 de octubre de 1958; en: <http://www.assemblee-nationale.fr>.
10. Conseil Constitutionnel, *Décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997 - Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes*; en: www.conseil-constitutionnel.fr.
11. _____, *Décision n° 93-100 du mai 1998, Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994*; en www.conseil-constitutionnel.fr.
12. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales; en: Székely, Alberto (compilador), *Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público, Tomo I*, segunda edición, UNAM, México, 1989.
13. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; en: Fauré Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, Comisión Nacional de Derechos Humanos/Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
14. European Communities Act 1972; en: www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/european.htm.
15. European Communities (Amendment) Act 2002, Crown Copyright 2002; en: www.hmso.gov.uk/acts/acts2002/20022003.htm.
16. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949; en: Deutsche Verfassungen, tercera edición, Goldmann Verlag, München, 1994.
17. TJCE, *Judgment of the Court of 5 February 1963, Van Gend & Loos vs. Netherlands Inland Revenue Administration*; en: <http://curia.eu.int>.

18. _____, *Judgment of the Court of 15 July 1964, Flaminio Costa vs. E.N.E.L.*; en: <http://curia.eu.int>.
19. _____, *Judgment of the Court of 17 December 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbh vs. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*; en: <http://curia.eu.int>.
20. _____, *Sentencia del 14 de diciembre de 1972 sobre el "caso Politi"*, citado por: Isaac, Guy, *Droit communautaire général*, 7ª edición, Dalloz, París, 1999.
21. _____, *Judgment of the Court of 30 April of 1974, R. & V. Haegeman vs. Belgian State*; en: <http://curia.eu.int>.
22. _____, *Judgement of the Court of May 1974, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung vs. La Comisión de las Comunidades Europeas*; en: <http://curia.eu.int>.
23. _____, *Judgment of the Court of 6 March 1979, SpA Simmenthal vs. Commission of the European Communities*; en: <http://curia.eu.int>.
24. _____, *Judgment of the Court of 23 April 1986, Parti écologiste "Les Verts" vs. European Parliament*; en: <http://curia.eu.int>.
25. _____, *Opinion of the Court of 14 December 1991, Draft agreement between the Community, on the one hand, and the countries of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area*; en: <http://curia.eu.int>.
26. _____, *Judgment of the Court of 11 January 2000, Tanja Kreil vs. Bundesrepublik Deutschland*, C-285/98; en: <http://curia.eu.int>.
27. _____, *Judgment of the Court of 5 October 2000, Federal Republic of Germany vs. European Parliament and Council of the European Union*, C-376/98; en: <http://curia.eu.int>.
28. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea; en: <http://europa.eu.int/eur-lex>
29. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero; en: Truyol y Serra, Antonio, *La Integración Europea. Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos, Tomo I, Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999.
30. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica; en: <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/es/estoc38.htm>.
31. Tratado de Niza; en: <http://europa.eu.int/eur-lex>.
32. Tratado de la Unión Europea; en: <http://europa.eu.int/eur-lex>.

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

33. Tribunal Constitucional del Reino de España, Sala Primera, *Sentencia TC 64/1991*, de 22 de marzo de 1991, *BOE 98*, de 24 de abril, en: www.der.uva.es.

FUENTES Y DOCUMENTOS OFICIALES

1. *Annexes to the Presidency Conclusions, Annex I Laeken Declaration on the future of the European Union*, diciembre de 2001; en: <http://www.eu2001.be>.
2. Consejo Europeo de Luxemburgo, 12 y 13 de diciembre de 1997, *Conclusiones de la Presidencia*; en: <http://ue.eu.int/es/Info/eurocouncil/index.htm>.
3. Consejo Europeo de Bruselas, 24 y 25 de octubre de 2002, *Conclusiones de la Presidencia*; en: <http://ue.eu.int/es/Info/eurocouncil/index.htm>.
4. Declaración de Robert Schuman, Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, 9 de mayo de 1950, en: Trujol y Serra, Antonio, *La Integración Europea. Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos. Tomo I. Génesis y Desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999.
5. Dictamen del Comité de las Regiones en relación con el Informe de la Comisión "Legislar mejor 1998: una responsabilidad que debe compartirse", Boletín UE 9-1999; en: <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/es>.
6. European Commission, *Candidate Countries Eurobarometer 2002, First Results*; en: http://europa.eu.int/comm/public_opinion.
7. _____, *Eurobarometer 58, december 2002, Highlights*; en: http://europa.eu.int/comm/public_opinion
8. _____, *Towards The Enlarged Union, Strategy Paper and Report of the European Commission on the progress towards accession by each of the candidate countries*; Bruselas, 9.10.2002; en: <http://europa.eu.int/eur-lex>.
9. Pacto de la Sociedad de las Naciones; en: Székely, Alberto (compilador), *Instrumentos Fundamentales de Derecho Internacional Público, Tomo I*, segunda edición, UNAM, México, 1989.
10. Parlamento Europeo, *Fichas técnicas*; en: www.europarl.eu.int.
11. PSOE, *Propuesta del PSOE sobre el futuro de la UE*; en: http://europa.eu.int/futurum/congov_es.htm.
12. Presidencia Danesa del Consejo de la UE, *Una Europa, Programa de la Presidencia danesa de la Unión Europea, julio-diciembre de 2002*; en: <http://www.eu2002.dk>.

13. _____, *Presidency Conclusions*, Copenhagen European Council, 12-13 December 2002; en: <http://www.eu2002.dk>.
14. REGIERUNGonline, *Bundesregierung skeptisch gegenüber Tabak-Werbeverbot der EU*; en: www.bundesregierung.de.
15. Secretaría de la Convención Europea, *Informe final del Grupo II sobre la Incorporación de la Carta/adhesión al CEDH*, Bruselas, 22 de octubre de 2002; en: <http://europa.eu.int/futurum>.
16. _____, *Informe final del Grupo IV sobre el papel de los parlamentos nacionales*, Bruselas, 2 de octubre de 2002; en: <http://europa.eu.int/futurum>.
17. _____, *Informe final del Grupo IX "Simplificación"*, Bruselas, 29 de noviembre de 2002; en: <http://europa.eu.int/futurum>.
18. The Secretariat of The European Convention, *Preliminary draft Constitutional Treaty, drawn up by the Praesidium*, Bruselas, 28 de octubre de 2002; en: <http://europa.eu.int/futurum>.
19. _____, *Final report of Working Group III on Legal Personality*, Bruselas, 1 de octubre de 2002; en: <http://europa.eu.int/futurum>.

