

I. DERECHO PÚBLICO EUROPEO

**LA PREHISTORIA Y LA HISTORIA
DEL DERECHO CONSTITUCIONAL
EUROPEO (ENSAYO DE PARALELISMO
CON EL DECURSO DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL NACIONAL)**

LUIS JIMENA QUESADA Y JAVIER TAJADURA TEJADA

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: CONSTRUYENDO LA EUROPA CONSTITUCIONAL DESDE SENDAS REMOTAS. 2. LA PREHISTORIA CONSTITUCIONAL EUROPEA: DESDE LA EDAD MEDIA HASTA EL SIGLO XVIII. 3. LA HISTORIA CONSTITUCIONAL EUROPEA: DESDE EL SIGLO XVIII HASTA LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. 4. EL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO DESDE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL HASTA EL TRATADO DE LISBOA. 5. LA UNIÓN EUROPEA COMO CONFEDERACIÓN EN FORMA MODERNA. 6. SUSTANCIA CONSTITUCIONAL DEL TRATADO DE LISBOA: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 7. LAS PERSPECTIVAS DE CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO: HACIA UN PODER CONSTITUYENTE EUROPEO.

Fecha recepción: 13.06.2015
Fecha aceptación: 14.09.2015

LA PREHISTORIA Y LA HISTORIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO (ENSAYO DE PARALELISMO CON EL DECURSO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL NACIONAL)

LUIS JIMENA QUESADA

(Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia)

JAVIER TAJADURA TEJADA *

(Profesor Titular de Derecho Constitucional —Acreditado para Cátedra—
de la Universidad del País Vasco)

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: CONSTRUYENDO LA EUROPA CONSTITUCIONAL DESDE SENDAS REMOTAS

De entrada, conviene dejar sentado obviamente que el concepto jurídico, liberal y garantista de Constitución y, consiguientemente, la noción de Estado constitucional y lógicamente de Derecho constitucional, tienen su raigambre en el famoso artículo 16 de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789¹.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Historia conceptual, constitucionalismo y modernidad en España, en Europa y en el Mundo Iberoamericano. Una aproximación pluridisciplinar» (HAR2013-42779-P) dirigido por Javier Fernández Sebastián y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ Como ha recordado TORRES DEL MORAL, A.: *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de

Ahora bien, la construcción constitucional de Europa, tanto de la Unión Europea como de sus Estados miembros, no puede prescindir del legado «pre-constitucional», siquiera para propiciar una reflexión sobre algunas de las claves actuales del debate constitucionalista europeo. Desde este punto de vista, posiblemente nos hayamos obsesionado en el terreno constitucionalista por llamar «Constitución europea» a la base jurídica habilitante de una realidad (la Unión Europea) que, pese a su naturaleza jurídica *pujante* en el Derecho constitucional y *sui generis* en el Derecho internacional, carecía precisamente de un presupuesto básico, a saber, unos *Estados Unidos de Europa* (a la manera presentada discursivamente por Winston Churchill en su conocida conferencia en la Universidad de Zurich en 1946) o un *Estado federal europeo* (al ritmo de «pequeños pasos» y en la forma expresada en la igualmente reputada Declaración Schuman de 1950).

Esa obsesión alcanzó su paroxismo con el debate sobre el fallido *Tratado constitucional por el que se establecía una Constitución para Europa de 2004*, en donde la originalidad de la entremezcla de los conceptos de «tratado» y de «constitución» ponía al mismo tiempo en entredicho la viabilidad del proyecto. De aquellos *polvos conceptuales* posiblemente vengan los actuales *lodos terminológicos* sobre cuestiones aparentemente ya consagradas como la propia personalidad jurídica de la Unión Europea: ésta, al menos, cuenta tras el Tratado de Lisboa con una terminología «unívoca» al consolidar el Derecho primario mediante el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Sigue adoleciendo, empero, de una débil y tenue proyección externa al ser incapaz de hablar con una sola voz².

Por supuesto, la Unión Europea constituye el mayor éxito de construcción jurídica y pacífica del continente europeo que selló el fin de la Segunda Guerra

Madrid, 3.^a ed., 2010, p. 138-139: «La Revolución francesa consagró el concepto de Constitución, que venía siendo utilizado por el pensamiento ilustrado. (...) El régimen constitucional nace como aquel en el que el poder político está limitado por el Derecho (encabezado éste por la Constitución) y ello a fin de garantizar la libertad de las personas, como hombres y como ciudadanos. El concepto moderno de Constitución es, pues, jurídico-normativo, liberal y garantista; por eso anida y se desarrolla en el régimen liberal, uno de cuyos principales postulados es la primacía del individuo sobre la sociedad y de la sociedad (de esta sociedad individualista) sobre el Estado. Mucho ha cambiado el Estado desde entonces y mucho también las ideologías actuantes en el seno de los países dotados de régimen constitucional. Pero el concepto garantista de la Constitución ha perdurado».

² La ceremonia de entrega del Nobel de la Paz a la UE celebrada el 12 de octubre de 2012 así lo puso de manifiesto, tanto en el acto de recogida de ese galardón por tres «líderes» europeos al tiempo (los Presidentes del Parlamento Europeo Martin Schulz, del Consejo Europeo Herman Van Rompuy y de la Comisión Europea José Manuel Durao Barroso) como en la escenificación reconciliadora escenificada por la Canciller alemana Angela Merkel y el Presidente francés François Hollande.

Mundial, frente a las tentativas traumáticas o por la fuerza de unificar Europa ensayadas precedentemente, como pudieron ser el Imperio romano, el Imperio napoleónico o el Imperio hitleriano que provocó la barbarie nazi durante ese segundo conflicto bélico. Sin embargo, en la medida en que esa feliz construcción se elaboró desde arriba, la carencia de un poder constituyente y aun de un pueblo europeo que sustente desde abajo el proyecto sigue siendo la gran asignatura pendiente.

Desde este punto de vista, pese a los avances experimentados en torno a la noción de ciudadanía europea o ciudadanía de la Unión (sobre todo, con la consagración formal de dicha noción en el Tratado de Maastricht de 1992 y elementos novedosos como la iniciativa ciudadana europea propugnada por el fallido Tratado constitucional de 2004 y rescatada «sustancialmente» por el Tratado de Lisboa de 2007³), persiste todavía un gran déficit de ciudadanía que no tiene que ver únicamente con la inexistencia de otros institutos de democracia a escala continental como un referéndum europeo⁴, sino especialmente con el escaso interés de la clase política nacional y europea de hacer partícipe a la ciudadanía europea del proyecto común. En este sentido, no sólo se ignora a la base ciudadana a la hora de establecer nuevos mandatos constitucionales internos bajo el pretexto de la pertenencia a Europa (como ha ocurrido con la reforma de 2011 del art. 135 de la Constitución española⁵), sino asimismo al incorporar controvertidos tratados suscritos en el seno de la UE en aras de la supuesta estabilidad

³ BILBAO UBILLOS, J. M.: «La iniciativa ciudadana europea (art. 11.4 TUE)», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 46 (monográfico sobre *Legitimidad democrática en la Unión Europea*), 2012, p. 82: «No creo que pueda hablarse de un antes y un después de la entrada en escena de la iniciativa ciudadana europea. O de un cambio radical en la forma de hacer política en la UE. Albergo serias dudas incluso sobre la virtualidad de esta nueva herramienta para revertir la tendencia al progresivo distanciamiento entre los ciudadanos y las instituciones europeas. No va a ser fácil involucrar a ciudadanos de diferentes países en un proyecto común».

⁴ En la doctrina ya se había planteado con anterioridad la pertinencia de una consulta popular europea para cuestiones «constitucionales» a escala de la UE, señaladamente para algunas reformas de los Tratados: así, AUER, A., y FLAUS, J. F. (coords.): *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997; asimismo FREIXES SANJUÁN, T. «El futuro de Europa y la *Gobernanza* europea», <http://www.futuroeuropa.es/documentos/tfreixes000402.pdf>, p. 3 (consulta: 6 mayo 2012). Merecen destacarse también las propuestas de Habermas. HABERMAS, J.: ¡Ay, Europa!, Trotta, Madrid, 2009.

⁵ JIMENA QUESADA, L.: «La reforma del artículo 135 de la Carta magna española (La superación de los clichés del tabú y de la rigidez constitucionales)», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 30, 2012, p. 355: «En el terreno doctrinal, se nos suele hacer la boca grande cuando criticamos el déficit democrático en el engranaje institucional europeo, pero frecuentemente se nos queda pequeña cuando ese déficit se mimetiza a escala, nada más y nada menos, que constitucional interna; se me antoja, a modo de crítica y políticamente incorrecta percepción un tanto maquiavélica,

económica y la gobernanza (léase estabilidad política), como los dos Tratados de 2012 (el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012, y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria firmado en Bruselas el 2 de marzo de 2012).

Salvadas las distancias, y con los matices anteriormente evocados, percibimos que la idea de paz (estabilidad económica y política, guiadas sin lugar a dudas por la expansión en ambos campos, el económico y el político) se han erigido también en guías de los anteriores intentos traumáticos de construcción europea, a la par que la conciencia sobre la necesidad de integrar la idea de extensión de ciudadanía y participación ciudadana⁶. Así las cosas, y pese a un uso, diverso del actual, de la noción de «constitución», cabe traer a la memoria como uno de los baluartes del proyecto de «pax romana» el llamado «Edicto de Caracalla» o «Constitutio Antoniniana» de 212 (promulgada por el emperador César Marco Aurelio Severo Antonino), mediante el que se extendía la ciudadanía romana a todos los habitantes libres de las provincias con el objeto de reforzar la romanización (*mutatis mutandis*, la europeización) acentuando la unidad política del Imperio y aumentando la recaudación de impuestos⁷; y, al hilo de esto último, Caracalla introdujo asimismo una nueva moneda en el «sistema monetario romano», que luego fue modificado por la reforma monetaria de Diocleciano⁸.

que la academia aparenta ser un tanto «mercenaria» o excesivamente complaciente con la clase política dominante en el contexto de esta dinámica constitucional europea».

⁶ De nuevo, TORRES DEL MORAL, A.: *op. cit.*, pp. 24-25: «La *civitas* romana tiene similares características, en su origen, a la *polis*: comunidad reducida, sólida unidad religiosa, participación ciudadana. Pero a través de la dilatada historia romana se fue distinguiendo entre lo público y lo privado, lo que dio origen a la diferenciación, dentro del *ius civile*, entre el Derecho público y el Derecho privado, distinción nunca demasiado nítida pero que marca un hito en el proceso de objetivación del poder político. Sin embargo, la *civitas* romana evolucionó hacia el Imperio, como antes sucedió a la *polis* de la mano de Alejandro, es decir, hacia una comunidad política muy extensa y de población poco cohesionada, parecida a los imperios de Oriente. Pero ya con una diferencia: terminó concediendo, primero, libertad (*ius libertatis*) y, después, derecho de ciudadanía (*ius civitatis*) a todos los habitantes del Imperio».

⁷ En el Edicto de Caracalla podía leerse: «[...] puedo manifestar mi agradecimiento a los dioses inmortales que me protegen [...] considero, pues, que puedo [...] servir a su grandeza [...] haciendo participar conmigo en el culto de los dioses a todos los que pertenecen a mi pueblo. Por ello concedo a todos los peregrinos que están sobre la tierra la ciudadanía romana [salvaguardando los derechos de las ciudades] con la excepción de los dediticios. Pues es legítimo que el mayor número no sólo esté sometido a todas las cargas, sino que también esté asociado a mi victoria. Este edicto será [...] la soberanía del pueblo romano».

⁸ Su *Edicto sobre Precios Máximos* de 301, que fracasó, tuvo como objetivo acabar con la inflación mediante el control estatal de los precios.

Pese a lo alejado del proyecto romano en términos estrictos de Derecho constitucional (y a pesar, igualmente, del correlativo legado del Derecho romano a nuestro sistema de *civil law* o *civil legal system* y las prolongaciones posteriores como el *Code Napoléon* o *Code civil des Français*), la realidad de la extensión y profundización en la ciudadanía europea, así como la necesidad de robustecer el sistema económico y monetario, se presentaron como pilares de la unidad política. En la evolución histórica posterior hasta la Segunda Guerra Mundial se constatan esos mismos ingredientes evolutivos (estabilidad económica y política de la mano, para la consecución de la paz) de construcción europea basada en un pacto social a escala continental. Consecuentemente, esos precedentes⁹ son susceptibles de aportar enseñanzas nada desdeñables para la comprensión del desarrollo y consolidación del actual proyecto constitucional europeo, que se tambalea entre diversas «velocidades» tanto a nivel económico y monetario¹⁰ como en el plano político¹¹.

2. LA PREHISTORIA CONSTITUCIONAL EUROPEA: DESDE LA EDAD MEDIA HASTA EL SIGLO XVIII

Permítasenos en este apartado efectuar, en apretada síntesis, un paralelismo en clave de Estado moderno y «Europa moderna» para arrojar luz a esa prehistoria constitucional europea. Hasta cierto punto se han atisbado los orígenes del actual europeísmo a finales del siglo xv, ya en la Edad Moderna, con el resquebrajamiento de la cristiandad medieval y el surgimiento de los Estados nacionales y de la clásica sociedad internacional.

⁹ En el desarrollo de esos precedentes nos ha sido de gran utilidad el excelente capítulo histórico incluido en la obra de BESNE, R., CANEDO, J. R., y PÉREZ DE LAS HERAS, B.: *La Unión Europea. Historia, instituciones y sistema jurídico*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1998 (1.ª reimpr. 2002).

¹⁰ El reflejo de la Europa de las velocidades en materia de unión económica y monetaria, con las reuniones excepcionales de las denominadas «Cumbres de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Eurozona» (de los Diecisiete) en paralelo a los Consejos Europeos de los Veintisiete, quedó oficializada tras las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado el 23 de octubre de 2011, en donde se señalaba que «el Presidente de la Cumbre del Euro será designado por los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona euro a la vez que el Consejo Europeo elija a su presidente y para el mismo período». Así, en la Cumbre convocada el 26 de octubre, los Diecisiete decidieron mejorar la estructura del gobierno de la Eurozona, acordando que las «Cumbres del Euro» debían celebrarse, como mínimo, dos veces al año, «en momentos clave del ciclo anual de gobierno económico y, si es posible, tras las sesiones del Consejo Europeo».

¹¹ En este caso, la Europa de las velocidades viene representada por las asimetrías en la pertenencia al espacio de Schengen.

A decir verdad, desde el final de la [Baja] Edad Media, hombres de letras, filósofos y politólogos (por no hablar en puridad de «constitucionalistas») constataron que las rivalidades y las guerras internas que hicieron aflorar el nacionalismo y, con él, el nacimiento del Estado moderno, comportaron al tiempo un fraccionamiento de Europa. Por ello mismo, y evocando a Maquiavelo¹², debe observarse que, en paralelo a la unidad estatal surgió la necesidad de la unidad europea, suscitada por los conocidos como «precursores» y «proyectistas de una paz perpetua» a escala europea¹³: ellos planteaban que la unidad de cultura y civilización del continente europeo implicaba su unificación política, proponiendo así medios y estructuras constitutivas más o menos endebles para una unificación progresiva.

Repárese, trasladados a nuestros días, que la unión cultural, teóricamente menos sometida a controversia que la unidad económica, ha constituido asimismo un importante escollo para el avance en la integración europea, puesto que algunos países miembros se han parapetado tras las «sensibilidades nacionales» tanto a la hora de dificultar el consenso para redactar incluso el Preámbulo del Tratado constitucional de 2004 en lo atinente al legado cultural europeo¹⁴, como

¹² Así lo ha contextualizado TORRES DEL MORAL, A.: «La obra y el método de Maquiavelo: una teoría de y para la acción política», *Revista de Derecho Político*, n.º 30, 1989, pp. 83 y 86: «Para Maquiavelo el mundo propiamente dicho sigue siendo sólo Europa. Sin embargo, no se preocupa de la economía, ni de importantes obras de pensamiento de su época, como las de Moro y Erasmo. No deja de ser llamativa una tal ceguera en un espíritu observador y penetrante como el suyo. A Maquiavelo sólo le interesa Italia, o, por mejor decir, el problema político de la unidad italiana. (...) Italia estaba dividida en pequeños Estados: el Reino de Nápoles, donde todavía era muy fuerte el feudalismo; los Estados Pontificios, centro de todas las intrigas europeas; la República de Venecia; el Ducado de Milán, y la República de Florencia, a los que aún habría que añadir Génova, Ferrara y Bolonia. Muchos italianos, y Maquiavelo entre ellos, culpaban a la Iglesia de dicha situación, pues era débil para unir Italia, pero lo suficientemente fuerte para impedir que otros lo hicieran, para lo que además, constantemente estaba invitando la intervención extranjera. De ahí las diatribas del florentino contra la Iglesia y su ardiente deseo de un poder político secularizado en Italia».

¹³ Una buena síntesis de esos proyectos en VALVIDARES SUÁREZ, M. L.: *La búsqueda del Levianón europeo. La construcción de la unión de Europa en los proyectos de paz perpetua*, Gijón, Ediciones Trea, 2010; la autora concluye evocando el «Estado europeo constitucional» como superación de la soberanía en las relaciones entre Estados constitucionales (pp. 241 y ss.).

¹⁴ En apariencia, el proyecto cultural europeo existe y, de hecho, en el Preámbulo del Tratado constitucional se afirmaba la inspiración «en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de Derecho». Ahora bien, ese pasaje meramente declarativo fue objeto de un fuerte debate político, en el sentido de que para algunos países miembros (sobre todo, España inicialmente, y Polonia, ambos de manera explícita, sin perjuicio de otros países como Irlanda que no hicieron tan ostensible su

en el momento de excluir los símbolos de la Unión del Tratado de Lisboa de 2007¹⁵ tal como postulaba el citado Tratado constitucional de 2004¹⁶.

En cualquier caso, la primera idea pre-constitucional subyacente (que es la misma que ha guiado el nacimiento de la actual Unión Europea según la filosofía del Plan Schuman) es la de «pacto social» (paz perpetua). Como ilustración de ello, a finales del siglo XIV, el jurista francés Pierre Dubois propuso un sistema institucionalizado de arbitraje internacional, de modo que las diferencias se resolvieran pacíficamente por un «Concilio» de príncipes laicos y eclesiásticos, pudiendo la Santa Sede actuar como instancia de apelación¹⁷. En realidad, el objetivo de la construcción política de Pierre Dubois radicaba en la recuperación de la preeminencia de la cristiandad, en la paz en el seno de la cristiandad como condición necesaria de la *Cruzada* europeísta, de tal suerte que esa corte internacional de justicia debería poder establecer una sanción económica contra toda aquella potencia cristiana que declarara la guerra a otra potencia cristiana¹⁸.

A continuación, es cierto que durante los siglos XV y XVI el fenómeno del Renacimiento y el fortalecimiento (absolutismo) de los Estados modernos eclipsó un tanto la idea de la construcción europea. O, mejor dicho, progresó la idea de una *Europa de naciones* en donde el nivel de prosperidad del viejo continente se midió a costa de la expansión allende las fronteras europeas y de la colonización

postura por ocupar la Presidencia de la Unión durante un período determinado de las negociaciones del Tratado constitucional) debía completarse la aséptica expresión «herencia religiosa» con la referencia a las «raíces cristianas» de Europa. Hasta tal punto fueron agrias las discusiones, que amenazaron con bloquear el proceso de elaboración del Tratado constitucional.

¹⁵ Véase al respecto la interesante crítica formulada por ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.: «El himno europeo: notas musicales en clave constitucional», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 32, 2000, pp. 107-124. Y, con igual tono crítico, del mismo autor: «De la novena sinfonía al fracaso del tratado constitucional: pompa y circunstancias del himno europeo», en ALEGRE MARTÍNEZ, M. A. (Coord.): *El himno como símbolo político*, León, Secretariado de Publicaciones y Medios Audiovisuales de la Universidad de León, 2008, pp. 135-158.

¹⁶ Efectivamente, el artículo I-8 del Tratado constitucional de 2004 incluía los símbolos de la Unión, entre ellos la bandera, el himno, el 9 de mayo como día de Europa o el propio euro como moneda común; sin embargo, esa disposición no fue retomada en el Tratado de Lisboa de 2007. Es más, pese a la importancia que se otorga a los aspectos monetarios, éstos ni siquiera son compartidos por todos los Estados miembro; de suerte que, la pretendida «identidad monetaria» no es objeto de unanimidad ni siquiera hoy.

¹⁷ DURANT, W.: *The Reformation: A History of European Civilization from Wycliff to Calvin: 1300-1564*, New York, Fine Communications, 1957, p. 251.

¹⁸ Véase FORCADET, P. A.: «Pierre Dubois: conseiller de Philippe Le Bel en matière politique et militaire», *El ejército, la paz y la guerra. Jornadas de la Sociedad de Historia del Derecho/L'armée, la paix, la guerre. Journées de la société d'histoire du droit* (ed. J. J. de Los Mozos Touya y otros), Universidad de Valladolid, Valladolid-Segovia, 2009, p. 209-228.

de otros continentes. Bajo tal óptica, aunque responda a causas más complejas, una de las razones de la todavía débil acción exterior de la Unión Europea seguramente responda a esos alardes de colonialismo y las consiguientes deudas y lazos históricos generados entre los Estados miembros de la UE y terceros Estados de otros continentes.

Ya trasladados al siglo XVII, Emeric Crucé planteará como idea novedosa (evocadora nuevamente de la idea-fuerza de la construcción de la UE) y eje de su pensamiento filosófico y político, un proyecto tendente a asegurar la paz, pero no en sí misma considerada, sino porque a través de ella sería más fácil favorecer la economía y los intercambios en Europa: proponía organizar la paz a través del arbitraje, confiado a una «Asamblea» permanente con sede en Venecia, que reuniera a los Estados de la Cristiandad. Pero su proyecto, concebido en un contexto de libre cambio, era más revolucionario de lo que parece, al asociar a su idea de unificación solidaria de los Estados objetivos no sólo económicos y políticos, sino asimismo sociales; de tal suerte que, al sustentar su proyecto en una moneda común y en un sistema común de pesos y medidas, añade la idea de una «responsabilidad social del Estado» obligándole a financiar determinadas actividades. Semejante idea de solidaridad, asociada a objetivos sociales en Europa¹⁹, no debiera perderse de vista en la actualidad²⁰.

Otro ingrediente interesante de la idea de Crucé consiste en que, a diferencia de Dubois, no erigía al cristianismo en cimiento excluyente de su federación. De hecho, se ha comentado que prevalece en él un pacifismo de orden universal, de manera que el Poder debe estar concebido para organizar, engendrar y garantizar la paz de los hombres como único vector de prosperidad; bajo tal ángulo, se ha

¹⁹ Con tal filosofía, TAJADURA TEJADA, J.: «El principio de solidaridad como fundamento común de los Estados sociales europeos», capítulo 3 de la obra colectiva *Tratado sobre protección de derechos sociales* (dirs. M. TEROL BECERRA y L. JIMENA QUESADA), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

²⁰ Con razón se ha puesto en conexión esa necesidad de solidaridad supranacional con la existencia de «un Gobierno económico europeo propiamente dicho», aunque tenga el trasfondo de una solidaridad «forzosa» [TORRES DEL MORAL, A.: «Realización del Estado social y constitución económica», en el colectivo *El Estado social y sus exigencias constitucionales* (dir. M. J. TEROL BECERRA), Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 109-113], como lo acredita la posición nada entusiasta de Alemania y demás socios europeos al dar luz verde a los sucesivos «rescates» a Grecia. En definitiva, «la solidaridad es también un valor internacional», de modo que «sin solidaridad, no hay futuro para Europa. Por el contrario, en la medida en que la insolidaridad surja en forma de brotes proteccionistas y políticas de *dumping*, en esa misma medida se estará entorpeciendo la superación de la crisis (TORRES DEL MORAL, A.: «Constitucionalización del Estado social», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 13, 2009, p. 63). Más recientemente, en la misma línea, TAJADURA TEJADA, J.: «El principio de solidaridad como fundamento común de los Estados sociales europeos», en *Tratado sobre Protección de Derechos Sociales* (dirs. M. TEROL BECERRA y L. JIMENA QUESADA), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 89 y ss.

subrayado que sus ideas se oponen a las de Jean Bodin²¹, cuyas teorías políticas giran en torno a la soberanía de los Estados y atribuyen a la guerra una necesidad económica y un medio de preservar la paz interna²².

Por su lado, el Duque de Sully (Maximilien de Béthune) también postuló en el siglo XVII una «remodelación» de Europa, dividiendo ésta en quince Estados: la paz entre estos Estados quedaría asegurada mediante la organización de «Consejos Provinciales», cuyas decisiones se garantizarían mediante una armada europea financiada en común. Comprobamos, pues, junto a la idea de proyecto económico, cómo se va forjando la idea de proyecto político, ambos como garantías de la paz europea²³. De manera más concreta, en su proyecto paneuropeo, el mecanismo destinado a sellar la paz entre los Estados asociados es el arbitraje internacional, administrado por un congreso de comisarios renovable cada tres años y cuyas funciones generales abarcan el análisis y la propuesta de soluciones para los asuntos corrientes de la confederación²⁴.

²¹ BOIS, J. P.: *L'Europe à l'époque moderne*, Paris, Armand Colin, 1999, p. 196.

²² FENET, A.: «Crucé aux origines du pacifisme et de l'internationalisme modernes», *Miskolc Journal of international Law*, Vol. 1. (2004) N.º 2. pp. 21-34 (<http://www.uni-miskolc.hu/~wwwdrint/20042fenet1.htm>).

²³ El duque de Sully fue el célebre superintendente de finanzas del rey Enrique IV de Francia; nace en una familia de hugonotes franceses el 13 de diciembre de 1559 en Rosny-sur-Seine y falleció en Villebon el 22 de diciembre de 1641 a la edad de 81 años. Su nombre está asociado a los logros de Enrique IV, de quien es cercano colaborador entre marzo de 1572 y mayo de 1610, fecha cuando este último es asesinado por un fanático religioso. Además de la superintendencia, Sully ocupa los cargos de Consejero de Estado, Gobernador de la Bastilla, Gran Maestre de puentes y caminos, y pudo haber detentado la máxima responsabilidad militar de haber aceptado convertirse al catolicismo, la religión de la monarquía gala. Todo indica que Sully pretendió el puesto sin cambiar de religión, lo que generó tensiones dentro del gobierno. Sobre este aspecto de su vida, incluyendo las estrategias para lograr el favor del rey y promover su persona, véase DICKERMAN, E. H.: «Conviction, Ambition and the Genesis of Sully's Économies Royales», *The Historical Journal*, Vol. 30, N.º 3, septiembre, 1987, pp. 513-521.

²⁴ Como ha estudiado DE LA REZA, G. A.: «Las Memorias del duque de Sully (o los avatares del primer proyecto de unión europea)», *Revista Brasileira de Política Internacional*, Vol. 52, n.º 2, julio-diciembre 2009, pp. 105-106: Las características de la confederación se precisan en dos proyectos sucesivos. El primero prevé un congreso compuesto de 66 diputados, nombrados por tres años de acuerdo con la siguiente distribución: cuatro representantes por cada potencia mayor (Papado, Francia, España, Gran Bretaña, Dinamarca, Suecia, Polonia y el Señorío de Venecia); y dos por cada potencia media (Hungría, Bohemia, Nápoles, Sicilia y Cerdeña, los cantones de Suiza, los Países Bajos, los ducados de Florencia, Milán, Saboya, Mantua, Parma, Módena y Génova). Las sedes del cuerpo deliberativo las elige atendiendo a la equidistancia de los países representados: Cracovia para los delegados de Polonia, Suecia, Dinamarca y Alemania; Trento para Suiza, Tirol, Hungría, Nápoles, Sicilia y Candia; y París o Burgos para Francia, España, Gran Bretaña y Países Bajos. El segundo proyecto, redactado varios años después que el primero, insti-

A pesar de su carácter ecuménico, el Duque de Sully excluía a dos países (Turquía, por albergar a los «enemigos de la Ley» y ocupar Tierra Santa, y Rusia por encontrarse mayoritariamente en Asia, incorporar a naciones paganas y profesar un rito cristiano distinto al europeo). Ello no obstante, se ha recalcado que, aunque algunos autores hubieran formulado antes propuestas similares (Pierre Dubois, Dante Alighieri, Marsilius de Padua y Erasmo de Róterdam), en todos esos casos «se trataba de revivir la unidad cristiana del antiguo Impero romano»; por el contrario, «el plan de Sully se refiere a una Europa diferente» que «asienta un importante paradigma intelectual» incidiendo en la «paz perpetua entre naciones, el ordenamiento jurídico de las relaciones internacionales y la integración regional» y, como tal «sirve de inspiración a los proyectos integracionistas del abate de Saint Pierre, Juan Jacobo Rousseau, Emmanuel Kant, el conde de Saint-Simon, Simón Bolívar y los congresos de unión hispanoamericana del siglo XIX»; por lo que cabría concluir que «los debates que presiden la creación de la Unión Europea invocan el plan de Sully como el primer antecedente de un ideal que ha dominado el último medio siglo de la historia europea»²⁵.

En la misma línea, y también en el siglo XVII, por primera vez un inglés, William Penn (cuáquero fundador de Pensilvania), examinó la cuestión europea, sugiriendo para Europa la institución de una «Dieta Europea, Parlamento o Estados» formada por representantes de los países europeos, que adoptaría sus decisiones por mayoría y dispondría de una fuerza armada; y ello, curiosamente, lo concibió como una especie de plan para unos «Estados Unidos de Europa»,

tuye un consejo general encargado de atender las reclamaciones de todos los países miembros y seis asambleas «particulares» o regionales. El consejo general se compone esta vez de 40 representantes, la mitad de ellos provenientes de las grandes potencias y la otra mitad de los estados pequeños, permitiendo así que las resoluciones importantes de la confederación resulten del acuerdo de ambos grupos de países. A esa dinámica de equilibrios le agrega la participación diferenciada en el esfuerzo defensivo; los «grandes» deben contribuir con 58% de los efectivos, 62% de los caballos y 55% de las piezas de artillería de las fuerzas confederadas. La fuerza naval, rubro en el cual algunos estados pequeños disponen de importantes recursos, las potencias mayores participan con sólo 42%. El consejo continental tiene por función recabar las propuestas generales y regionales, siendo competente en «todos los objetivos, las guerras y los asuntos que importen a la República cristiana». Esas facultades instituyen un derecho de injerencia en los asuntos internos de la confederación, además de autorizar su participación en el diseño de la política exterior. Otra función importante del consejo la pone en el estado de representar la última instancia de revisión de las decisiones de los consejos particulares. En conclusión del segundo proyecto, Sully recomienda que el consejo general sesione rotativamente en Metz, Luxemburgo, Nancy, Colonia, Frankfurt, Basilea, Heidelberg, mientras que los consejos particulares encargados de resolver los problemas específicos de cada localidad, debían hacerlo en Dantzig, Nüremberg, Viena, Bolonia y Constanza, dejando la sede de la sexta asamblea a elección de sus miembros.

²⁵ *Ibidem*, pp. 111-113.

que elaboró en paralelo a otras propuestas democráticas que sirvieron de inspiración para la Constitución de Estados Unidos de América²⁶.

En fin, rememorando ese paralelismo entre América y Europa, algunos han mantenido que George Washington (1732-1799) ya escribió al Marqués de La Fayette: «Un día, sobre el modelo de los Estados Unidos de América, llegarán a existir los Estados Unidos de Europa»²⁷. En todo caso, se trate o no de una cita espuria²⁸, el caso es que el debate acerca de ese paralelismo parece haber sido más rico (con ingredientes más constitucionales) en el pasado que el más reciente, de tintes más artificiales, en el que se desarrolló la creación y actuación de la Convención que elaboró la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 2000 (Carta de Niza, hoy integrada como parte del ordenamiento primario de la UE a través del Tratado de Lisboa) y de la posterior Convención que elaboró el Tratado constitucional de 2004²⁹.

²⁶ Véase *Brief History of William Penn* (<http://www.ushistory.org/penn/bio.htm>): «The democratic principles that he set forth served as an inspiration for the United States Constitution. Ahead of his time, Penn also published a plan for a United States of Europe, *European Dyet, Parliament or Estates*». En su obra *Towards the Present and Future Peace of Europe* (1693) Penn afirmó: «It is certain that the most natural and human government is that of consent, for that binds freely,... when men hold their liberty by true obedience to rules of their own making».

²⁷ La cita («*One day, on the model of the United States of America, a United States of Europe will come into being*») aparece en la web: http://majorityrights.com/weblog/comments/one_day_on_the_model_of_the_united_states_of_america.

²⁸ Cita puesta en entredicho en esta otra web: <http://racehist.blogspot.com.es/2010/01/did-george-washington-predict-united.html> («Did George Washington predict a “United States of Europe”?»).

²⁹ Una crítica en tal dirección en el capítulo de conclusiones («La razón de ser del Tratado constitucional: ¿Un orden constitucional europeo sin Constitución europea?») del libro de ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., y JIMENA QUESADA, L.: *Fundamentos Constitucionales de la Unión Europea*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006, en donde se critica «Lo “constitucional” como calificativo pretendidamente legitimante, sustancialmente arrogante», añadiéndose que más allá de las denominaciones (que, sin duda, también son importantes, por su carácter simbólico en numerosos casos), la visibilidad constitucional que desea el ciudadano supera con mucho la circunstancia de que al Derecho de la Unión que le afecta cotidianamente se le califique o no de Tratado constitucional o de «Constitución europea»; más allá de querer asemejar la Convención presidida por Giscard d’Estaing al proceso constituyente norteamericano, o de establecer paralelismos del novedoso proceso «constituyente» europeo (una *nueva lengua de los derechos en el Derecho constitucional europeo en el siglo XXI*) con una especie de revolución francesa pacífica que hace de su bandera la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (en la que se recogen, entre otros, los valores de libertad, igualdad y solidaridad), lo que permite forjar una conciencia europea o un «sentimiento constitucional europeo» no es un parangón de la Carta con las enmiendas que han perfilado la *bill of rights* del texto inicial de la Constitución de Estados Unidos de 1787 o con el estatuto como parte dogmática de la Constitución francesa vigente de 1958 que ha adquirido la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, sino una cultura de derechos para que

3. LA HISTORIA CONSTITUCIONAL EUROPEA: DESDE EL SIGLO XVIII HASTA LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Dos proyectos paneuropeos han sido puestos de relieve en el siglo XVIII. De un lado, el del Abate Pierre (Charles Irénée Castel de Saint-Pierre) y, de otro, el de Immanuel Kant, en ambos casos guiados otra vez por ese *leit motiv* de la «paz perpetua en Europa»: el primero, con su *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe* (1713); el segundo, con su *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (1795). En ambos casos, la idea de un tratado de paz estuvo presente, del mismo modo que, trasladados a la reciente construcción de Europa, la Declaración Schuman de 1950 inspiró la adopción del primer tratado constitutivo, el de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) de 1951, configurado como una especie de tratado de paz franco-alemán (en ausencia de un tratado similar al de Versalles de 1919 con el que se puso fin a la primera guerra mundial) al que se unieron los demás socios fundadores de las Comunidades Europeas (Italia y los tres integrantes del Benelux).

Concretamente, el proyecto del Abate Pierre, que siguió de cerca las negociaciones del Tratado de Utrecht (o La Paz de Utrecht, 1712-1715) consistió en la constitución de un «Senado europeo» compuesto por cuarenta miembros, dotado de un poder legislativo y judicial, adoptando sus decisiones por mayoría y disponiendo de su propia armada. El caso es que parece que las propuestas del Abate Pierre tuvieron una influencia directa en Jean-Jacques Rousseau y, a través de éste, en el propio Kant (quien parece haberse acercado al Abate Pierre a través de *Emilio, o de la educación*, de Rousseau), e incluso más tarde en los creadores de la Sociedad de Naciones en 1919³⁰.

En el caso de Rousseau, en 1761 escribió su *Extracto del proyecto de paz perpetua del Señor Abate Pierre (Extrait du projet de paix perpétuelle de M. l'abbé de Saint-Pierre)*, en donde puso el énfasis en el interés económico como idea-fuerza de la estabilidad política europea: así, razonaba que el establecimiento de la paz perpetua depende únicamente del consentimiento de los soberanos, en los que debía coincidir su voluntad con su interés; basta ser conscientes de que la utilidad

los ciudadanos perciban y sientan la Carta de Niza como instrumento vivo. *Sólo así se eludirá el fantasma de la Europa de los ciudadanos sin los ciudadanos, o de una declaración de derechos sin ciudadanos*: pues, si la Carta se ha configurado como una operación de *marketing* constitucional, ello debe serlo para despertar positivamente ese sentimiento constitucional o realzar la adhesión a los valores comunes, pero no para lanzar publicidad subliminal negativa al ciudadano europeo.

³⁰ En tal sentido, véanse las diversas contribuciones en la obra colectiva de DORNIER, C., y POULOUIN, C. (dirs.): *Les projets de l'abbé Castel de Saint-Pierre (1658-1743): Pour le plus grand bonheur du plus grand nombre*, Caen, Presses Universitaires de Caen, 2011.

común será igualmente el motivo de la felicidad compartida, de modo que si el proyecto europeo permanente resulta irrealizado no será porque consista en una quimera, sino por la insensibilidad de los hombres. A este respecto, Rousseau evocaba una «sociedad de los pueblos de Europa» enfatizando que Roma, en donde tras sus conquistas atribuyó la ciudadanía a todos sus súbditos e hizo reinar un solo y mismo Derecho, asumió en primer lugar la responsabilidad de «la unión política y civil entre todos los miembros del mismo imperio»³¹.

Por su parte, Kant, en su *Proyecto filosófico de una paz perpetua*, postuló un sistema para asegurar la paz perpetua en Europa: dicho sistema está basado en una construcción jurídica consistente en una federación de Estados sometidos a unas leyes comunes, siendo el Derecho el fundamento del vínculo federal y de la solución de litigios. Como se avanzó, el título de la obra parece inspirado en el proyecto del Abate Pierre, si no directamente, a través de Rousseau; pero Kant incidió en ese enfoque jurídico de modo original estructurando su proyecto a modo de tratado de paz, con artículos preliminares, definitivos e incluso una cláusula secreta.

Comentando el proyecto kantiano, Habermas entiende que puede superar las dificultades de puesta en práctica de otros, confiando en tres elementos: el primero, la noción federalista de «soberanía dividida» y la existencia de un sistema «multinivel» de orden internacional; el segundo, la distinción entre dos tipos de constituciones, a saber, la tradicional y la global; el tercero, el carácter temporal de los avances en el proceso constitucional, que se inicia y respalda con anterioridad por los gobiernos que por la ciudadanía. Al hilo del proyecto kantiano, Kelsen incidió en esa designio de establecer instituciones globales, pero poniendo el acento en la creación de un Tribunal internacional permanente, que no tendría por qué verse incompatible con el principio de soberanía estatal³².

En lo que afecta al siglo XIX, es sabido que estuvo dominado por los nacionalismos y la constante pugna entre el absolutismo y el liberalismo, pero continuó desarrollándose la idea constitucional de Europa. Así, pueden traerse a

³¹ ROUSSEAU, J. J.: *Extrait du «Projet de paix perpétuelle»*, en *Œuvres complètes*, t. III, pp. 565-566; citado por SPECTOR, C.: «L'Europe de l'abbé Saint-Pierre», en de DORNIER, C., y POULOUIN, C. (dirs.): *Les projets de l'abbé Castel de Saint-Pierre (1658-1743): Pour le plus grand bonheur du plus grand nombre*, op. cit., p. 41.

³² BELLO HUTT, D. E.: «Kant, Kelsen and Habermas: Perpetual peace as a contemporary debate», 2011 (http://www.academia.edu/1814775/_Kant_Kelsen_and_Habermas_Perpetual_peace_as_a_contemporary_debate_); véase una crítica en la misma línea en los trabajos de AUGSTO, R.: «Del cosmopolitismo a la globalización: Kant y la paz perpetua», *Revista de Retórica y Teoría de la Comunicación*, Universidad de Salamanca, Año III, n.º 5, diciembre 2003, pp. 45-51, y de TERMINSKI, B.: «The evolution of the concept of perpetual peace in the history of political-legal thought», *Perspectivas Internacionales: Revista de Ciencia Política y Relaciones Internacionales*, vol. 6, n.º 1, 2010, pp. 277-291.

colación Saint-Simon (precursor del socialismo utópico, que concibió Europa como un Estado federal); el filósofo positivista Augusto Comte; Charles Lemmonier (figura asimismo del saint-simonismo y del pacifismo), que publicó en 1872 el ensayo *Los Estados Unidos de Europa*; el filósofo político y revolucionario Pierre-Joseph Proudhon, uno de los padres del pensamiento anarquista y del mutualismo como primera tendencia económica; o el dramaturgo Víctor Hugo, quien profetizaba que llegaría un día en que las nacionales europeas «sin perder vuestras cualidades distintas y vuestra gloriosa individualidad, os fundiréis estrechamente en una unidad superior y construiréis la fraternidad europea»³³.

Esas importantes contribuciones de los citados pensadores, y otros, del siglo XIX, avanzaron propuestas interesantes sobre la idea de federación europea y de solidaridad transnacional, sin que no obstante se plasmaran en realizaciones concretas. Posiblemente se trate de meras utopías, pero han hecho avanzar la idea «pre-constitucional» de Europa: la paz como *leit motiv*, la economía como motor, el recurso a una armada europea, la organización federal, la resolución judicial de conflictos a escala continental, la solidad transnacional y la implicación de la ciudadanía en el proyecto paneuropeo.

Así las cosas, hubo que esperar a la primera mitad del siglo XX para que, tras la conciencia generada tras el desastre del primer conflicto bélico mundial, tomaran cuerpo esas primeras realizaciones prácticas de unidad europea, en el período de entreguerras. Efectivamente, el siglo XX se caracteriza por ser una etapa en que se pasa del discurso a los hechos, la «idea europea» no sólo como objeto de profundización teórica, sino asimismo de realización práctica. En ese período entre las dos guerras mundiales, las élites políticas e intelectuales mostraron su preocupación por la idea europea, lógicamente guiada una vez más por la consecución de la paz.

Destacó así la figura del austriaco conde Coudenhove Kalergi, quien retomó el proyecto de una federación europea expuesto en su obra *Panuropa* (1923) y que tuvo gran influjo en medios intelectuales y significó el germen para el renacer del movimiento intelectual-político a favor de la unificación europea. Según su propuesta, en 1924 se formó el movimiento «Unión Paneuropea», asociación de personas, fundamentalmente del mundo de la política y la cultura (Konrad Adenauer, Eduard Herriot, Paul Valéry, Miguel de Unamuno) en apoyo de su ideal, y cuya presidencia de honor fue aceptada por el Ministro de Asuntos Exteriores francés de la época (Aristide Briand).

³³ El término «Estados Unidos de Europa» fue usado en reiteradas ocasiones por Víctor Hugo, incluido en un discurso en el Congreso Internacional de la Paz que tuvo lugar en París en 1849 y después en la Asamblea Nacional Francesa el 1 de marzo de 1871.

Precisamente, en la estela de ese movimiento, la iniciativa más espectacular de la época corresponde a Aristide Briand (fundador de la «Comisión de Estudios para la Unión Europea»), quien propuso ante la Asamblea de la Sociedad de Naciones, el 5 de septiembre de 1929, crear un vínculo federal entre los Estados europeos³⁴. Ese proyecto, como es sabido, no prosperó, debido a la crisis económica (gran depresión de 1929) y el surgimiento de los fascismos que condujeron al estallido de la Segunda Guerra Mundial³⁵.

En cualquier caso, si una cuestión quedaba de manifiesto en el período de entreguerras era la crisis del Estado nacional que, entrado en su fase más aguda durante la primera conflagración mundial, se veía forzado a configurarse como un espacio político que cedía ante ese movimiento de opinión que apoyaba acciones a favor de la unidad europea. No sin dificultades, puesto que el fracaso de la reseñada propuesta de Briand vino marcada por la controversia entre Briand y los ingleses, que apostaban por una colaboración intergubernamental. Así, en la estela de dicha controversia, en Francia surgió durante los años treinta una contestación colectiva y global del orden nacional impregnada de filosofía «personalista» (defendida sobre todo por un grupo de jóvenes intelectuales en torno al denominado *Ordre nouveau* —Robert Aron, Denis de Rougemont, Alexandre Marc, entre otros—), que reclamaban un federalismo vivido no sólo en el plano institucional sino también en las relaciones socio-económicas; paradójicamente, fue en cambio Inglaterra —opuesta a los proyectos de unidad europea— el escenario del desarrollo de un gran movimiento político federalista creado en 1938 a iniciativa de Lord Beveridge (*Federal Union*).

En España, destacó la proyección europeísta de Ortega y Gasset quien, por ejemplo, en el «Prólogo para franceses» de su famosa obra *La rebelión de las masas* ya en 1937 evocaba la existencia de una sociedad europea, de una opinión pública europea, de costumbres europeas, de usos europeos, de derecho público europeo y de derecho europeo que debían conducir a una más que «probable unidad estatal de Europa», a unos «Estados Unidos de Europa», a un «Estado general europeo» o a un «Estado supernacional» asentado en la «tradición europea», siendo —decía el filósofo español— «sumamente improbable que una sociedad, una colectividad tan madura como la que ya forman los pueblos europeos, no

³⁴ Esta idea fue desarrollada más profundamente en un Memorándum del Gobierno francés, enviado a las cancillerías europeas y presentado ante la Sociedad de Naciones el 1 de mayo de 1930, en el que se trataba de crear una federación fundada sobre la idea de unión, en el respeto de la independencia y soberanía nacional de cada uno de sus Estados.

³⁵ Léanse las ilustraciones ofrecidas al respecto por PAYNE, S. G.: *La Europa revolucionaria. Las guerras civiles que marcaron el siglo XX*, Madrid, Planeta, 2011, especialmente la primera parte («La primera guerra mundial y la era de los conflictos internos»), pp. 33 a 205.

ande cerca de crearse su artefacto estatal mediante el cual formalice el ejercicio del poder público ya existente».

4. EL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO DESDE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL HASTA EL TRATADO DE LISBOA

Dejando de lado propuestas institucionales creadas con claro pragmatismo (como la OECE, como organismo encargado de coordinar la gestión de los fondos de ayuda del Plan Marshall preparando al tiempo la liberalización de los intercambios comerciales intraeuropeos) o que no prosperaron (como la Comunidad Europea de Defensa; lo que explica los débiles perfiles de la política de defensa común en la actualidad) o sí tuvieron éxito (pero confirmaron el método confederal —Consejo de Europa), deben destacarse dos hitos: por una parte, el ya citado discurso de Churchill en la Universidad de Zurich (9 septiembre 1946), que alentó el desarrollo de los movimientos europeos y la necesidad de crear los «Estados Unidos de Europa», como unidad estratégica de paz y estabilidad económica para «las Islas»³⁶; y, por otra parte, la también mencionada Declaración Schuman de 9 mayo 1950 como primera piedra del edificio de la Unión Europea actual que se concretó en el Tratado de la CEEA de 1951³⁷.

En lo que se refiere a los padres fundadores de Europa, debe destacarse *prima facie* la persona de Jean Monnet (nacido en la localidad francesa de Cognac, el 9 de noviembre de 1888), inspirador del Plan Schuman, a través del cual lanzó su proposición de compartir los intereses económicos (primero en la industria del carbón y del acero —economía vertical— y más tarde en el resto de ámbitos financieros —economía horizontal—) como fundamento para conseguir una convivencia pacífica y un entendimiento más amplio, extensible a las demás esferas de la vida, entre los ciudadanos y los pueblos de Europa. Su talante visionario le mereció ocupar el cargo de primer presidente de la Alta Autoridad (la actual Comisión) y le impulsó a crear el Comité de Acción para los Estados Unidos de Europa, acometiendo la tarea de regenerar las estructuras políticas y

³⁶ «(...) Tenemos que construir una especie de Estados Unidos de Europa, y sólo de esta manera cientos de millones de trabajadores serán capaces de recuperar las sencillas alegrías y esperanzas que hacen que la vida merezca la pena. El proceso es sencillo. Todo lo que se necesita es el propósito de cientos de millones de hombres y mujeres, de hacer el bien en lugar de hacer el mal y obtener como recompensa bendiciones en lugar de maldiciones».

³⁷ Como ha destacado MARISCAL, N.: *Más allá de Lisboa: horizontes europeos*, Madrid, Tecnos, 2010, p. 16: «La puesta en común de esa producción de base —el carbón y el acero— y la nueva institución común vinculante —la alta autoridad— ponen las primeras bases de una futura federación europea, indispensable para garantizar la paz».

socio-económicas de Europa para trazar unas nuevas relaciones entre los Estados europeos, con el fin de forjar esas solidaridades de hecho que debían tener su reflejo en unas instituciones que dotaron de solidez y permanencia a la unificación europea: esas primeras solidaridades y ámbitos de entendimiento económico, así como el primer diseño institucional, vino de la mano de los tres tratados constitutivos.

En este orden de consideraciones, el *Movimiento Europeo* aglutinó a todos los organismos y tendencias que, conscientes de la debilidad continental para hacer frente a los embates del nazismo durante el segundo conflicto bélico mundial como consecuencia de la insolidaridad trasnacional³⁸, propiciaron realmente que fraguaran las dos organizaciones europeas actuales por excelencia, una de cooperación (Consejo de Europa) y la otra de integración (la actual UE): como se sabe, fue fundado formalmente el 25 de octubre de 1948, cuando el Comité Conjunto Internacional para la Unidad Europea decidió cambiar su nombre³⁹. En particular, se menciona como primer logro importante del Movimiento Europeo justamente el establecimiento del Consejo de Europa en mayo de 1949, así como la creación posterior, en el seno de la actual Unión Europea, del Colegio de Europa en Brujas y el Centro Europeo de Cultura en Ginebra, sin olvidar su presión en su día a favor de la elección directa del Parlamento Europeo por la ciudadanía o del conocido como proceso de constitucionalización de Europa.

La reflexión en el seno de esos foros políticos y culturales ha servido para generalizar la legitimación democrática en el continente europeo⁴⁰, como condición necesaria para activar un proceso constituyente europeo e intentar influir con ese enfoque democrático en otros continentes: como ilustración, merece la pena traer a colación que Salvador de Madariaga fue uno de los cofundadores del citado Colegio de Europa de Brujas y en 1962 fue asimismo uno de los princi-

³⁸ Cabe mencionar, entre otros, la *Unión Europea de Federalistas*, el *Comité por los Estados Unidos de Europa* (socialista), los *Nuevos Equipos Internacionales* (democratacristiano), el *Movimiento por la Unidad Europea* (interpartidario y promovido por Winston Churchill), aglutinándose en mayo de 1948 en torno al Movimiento Europeo, que anticipó como objetivos de la acción política del europeísmo, entre otros, la redacción de una Carta de derechos humanos, la instauración de un Tribunal de Justicia como garante continental de esos derechos, el establecimiento de una unión económica europea y el fomento de la cultura europea.

³⁹ Duncan Sandys fue elegido Presidente y Léon Blum, Winston Churchill, Alcide De Gasperi y Paul-Henri Spaak fueron nombrados Presidentes Honorarios.

⁴⁰ Con ese espíritu, ha destacado PÉREZ ROYO, J.: «Prólogo» a la obra *La Unión Europea en perspectiva constitucional* (ed. A. M. CARMONA CONTRERAS), Cizur Menor, Aranzadi, 2008: «La generalización del principio de legitimación democrática en todos los países europeos es lo que ha puesto en marcha el proceso constituyente europeo. Hasta la caída del Muro de Berlín era inimaginable hablar de una Constitución europea. Desde la caída se ha convertido en algo inevitable».

pales organizadores de la reunión de diferentes sectores antifranquistas en el marco del Congreso del Movimiento Europeo en Múnich (reunión que el régimen franquista denominó el Contubernio de Múnich); además, el propio Mada-riaga redactó un interesante prólogo al libro testimonial de Ștefan Baciú *Cortina de hierro sobre Cuba*, en donde el escritor rumano narra las miserias de la Revolución cubana⁴¹.

En el mismo plano de las ideas asociadas al Movimiento Europeo, conviene resaltar como más interesantes (dejamos al margen otros, como el de Oreja y el de Colombo) los proyectos constitucionales de Spinelli (1984; implica de algún modo un resurgir de los movimientos federalistas europeos y propone como cuestión novedosa la adhesión de la Unión a la Carta Social Europea del Consejo de Europa, y no sólo al Convenio Europeo de Derechos Humanos) y de Herman (1994; incluye un catálogo de derechos, pero más preocupado por el juego político, siendo interesante sobre todo la organización del poder legislativo a escala de la Unión). Como reflexión, podemos recalcar que en ambos casos se trató de meras Resoluciones del Parlamento Europeo, a diferencia de la pretenciosa «Convención» como nuevo método «constituyente» para la Carta de los Derechos Fundamentales de 2000 y para el Tratado constitucional de 2004.

5. LA UNIÓN EUROPEA COMO CONFEDERACIÓN EN FORMA MODERNA

La Europa de hoy, la Unión Europea regulada en y por el Tratado de Lisboa, se presenta ante el jurista como una organización de Estados, cuya verdadera naturaleza jurídica resulta difícil de determinar y por ello controvertida. En todo caso, lo que resulta indiscutible es que dicha organización se inspira y se vertebra sobre los valores y principios del federalismo. La Unión Europea presenta numerosos rasgos propios de un esquema federal de articulación del poder: las instituciones comunitarias ejercen directamente potestades normativas y jurisdiccio-

⁴¹ Al efectuar esa crítica a la opresión de las libertades en Latinoamérica (de manera más general en su obra BACIU, S.: *Semblanza y explicación de Latinoamérica*, Los Ángeles, California, Ediciones de la frontera, 1966), Baciú tenía sin duda en mente la formulación de una crítica trasladable a un continente europeo asolado y desolado por el segundo conflicto bélico mundial. A este respecto, bien conocida en la literatura es esta crítica desde parámetros latinoamericanos a los regímenes opresores europeos: por poner un ejemplo, baste citar la obra de Gabriel García Márquez *El otoño del patriarca* (1975), que como bien se ha relatado, pese a desarrollarse en un país ficticio a orillas del Mar Caribe gobernado por un anciano dictador que recrea el prototipo de las dictaduras latinoamericanas del siglo XX, realmente fue redactado por el escritor colombiano coincidiendo en parte con su estancia en los últimos años de la España franquista.

nales sobre los particulares; existe un orden de distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros; los mecanismos de resolución de conflictos encajan también en el esquema federal. Admitido esto, el problema surge cuando se trata de determinar a cuál de las manifestaciones estructurales históricas de éste se adscribe la nueva comunidad política europea. Y ello porque la Unión Europea tal y como está actualmente configurada por el Tratado de Lisboa, no responde de manera total, plena y absoluta ni al concepto clásico del Estado Federal ni al de Confederación de Estados. La Unión Europea presenta rasgos y elementos de uno y de otra.

Entre los grandes teóricos del federalismo, Georg Meyer fue quien formuló la distinción entre las dos manifestaciones del fenómeno federal de la forma más tenue y menos intensa habida cuenta que, según él, la celebración del Tratado por el que se crea la Confederación de Estados, supone ya la renuncia por parte de sus integrantes a su *status* de Estados soberanos e independientes, sujetos del Derecho Internacional, en beneficio de la nueva entidad política. Confederación y Estado Federal quedan así, aparentemente, equiparados. Y decimos, aparentemente, porque para G. Meyer entre una y otro existen dos diferencias fundamentales. En primer lugar, el procedimiento en virtud del cual puede verificarse la reforma de su norma fundacional, es diferente según nos encontremos en un Estado Federal o en una Confederación. Mientras que en la Confederación la reforma de su texto fundamental requiere, con carácter general, la unanimidad de los miembros, en el caso del Estado Federal, es suficiente con que el proyecto de revisión sea aprobado por una mayoría cualificada. Y, en segundo lugar, diferentes son también los efectos que las normas jurídicas emanadas de los órganos centrales producen sobre los ciudadanos según nos encontremos en un Estado Federal o en una Confederación. En el Estado Federal, las normas jurídicas de la Federación son directamente aplicables a todos los ciudadanos y no necesitan de ninguna convalidación por parte de las autoridades de las colectividades miembros. En la Confederación, por el contrario, las normas confederales sólo pueden ser aplicadas a los ciudadanos en la medida en que han sido transformadas en derecho interno por las autoridades de las colectividades miembros.

Atendiendo a la primera diferencia, la Unión Europea en la medida en que sus normas fundacionales deben ser siempre reformadas por unanimidad, se situaría en la órbita de la Confederación de Estados. Pero si nos atenemos a la segunda de las diferencias acuñadas por la clásica Teoría del Estado, la Unión Europea dada la aplicación preferente y directa de sus normas en el seno de los Estados miembros estaría mucho más próxima a la forma de Estado Federal.

Son las anteriores consideraciones las que nos llevan a compartir la tesis de los profesores La Pégola y Ruipérez, en el sentido de afirmar la necesidad de

reformular las categorías clásicas sobre el federalismo de la Teoría del Estado⁴². De lo que se trataría es de diferenciar, dentro de la Confederación, entre una forma antigua o arcaica y una forma moderna. A la primera responderían los modelos históricos por todos conocidos: la Unión de las trece antiguas colonias americanas desde el 5 de noviembre de 1779 hasta la puesta en marcha de la Convención de Filadelfia; la Confederación Helvética desde 1803 a 1848; o la situación de los *Länder* alemanes hasta la creación del Imperio guillermino y la aprobación de la Constitución de 1871. A la segunda opción se adscribiría la Unión Europea. Su principal característica sería la de que no siendo aún un Estado Constitucional en su manifestación de Estado Federal, se encuentra mucho más centralizado de lo que lo estuvieron las Confederaciones históricas.

Desde esta óptica, aunque la Unión no tenga una Constitución, puesto que su existencia se fundamenta en un Tratado Internacional, el Tratado de Lisboa, es cierto que encontramos en ella en tanto que Comunidad de Derecho, una serie de elementos: declaración de derechos, división de poderes (horizontal y vertical), principio de primacía de los Tratados y del derecho europeo sobre el derecho nacional), que permiten hablar de la «sustancia constitucional» del Tratado. El principal de ellos es la Carta de Derechos a la que vamos a dedicar nuestra atención.

En todo caso, todos estos elementos —declaración de derechos, reparto competencial, división de poderes, equilibrio institucional, primacía— se configuran como la prehistoria del Derecho Constitucional Europeo en formación. El tránsito de la prehistoria a la historia, por utilizar los términos empleados en el contexto del presente proyecto de investigación, se producirá cuando entre en acción el poder constituyente cuya titularidad corresponde al pueblo europeo. A esta cuestión dedicaremos el último epígrafe de la exposición.

6. SUSTANCIA CONSTITUCIONAL DEL TRATADO DE LISBOA: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El respeto a los derechos fundamentales constituye una de las señas de identidad del proyecto de integración europea. La Unión Europea ha sido definida como una Comunidad de Derecho en la que todos sus miembros comparten unos mismos valores. Ello implica que sólo pueden ingresar en la Unión aquellos

⁴² Vid. RUIPÉREZ ALAMILLO, J.: *La «constitución europea» y la teoría del poder constituyente: algunas reflexiones críticas desde el derecho político*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000. LA PEGOLA, A.: *Los nuevos senderos del federalismo*, CEC, Madrid, 1994. GARCIA GESTOSO, N.: *Soberanía y Unión Europea. Algunas cuestiones críticas desde la Teoría de la Constitución*, Atelier, Barcelona, 2004.

Estados que asumen un concreto orden material de valores: «respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos»⁴³. No debe quedar ninguna duda de que si un Estado no supera el test de efectividad respecto a los principios de la democracia constitucional no puede ingresar en la Unión, y si está ya dentro puede ser sancionado con la suspensión en sus derechos⁴⁴.

El proceso de integración europea ha prestado por ello siempre una muy especial atención a los derechos fundamentales, tanto en su vertiente *ad intra*, exigiendo a sus Estados miembros el respeto a aquellos, como *ad extra*, condicionando su actuación exterior. Sin embargo, ha tardado mucho en ver la luz un texto que recogiera una tabla de Derechos Fundamentales y es mérito del Tratado de Lisboa el haber otorgado pleno valor jurídico (similar al de los Tratados) a la Carta de Derechos Fundamentales.

⁴³ BAR CENDÓN, A.: «La Unión Europea como unión de valores y derechos: teoría y realidad», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 33, 2014, p. 110: «La UE y sus Estados miembros atraviesan por una etapa de crisis; crisis que tiene dimensiones diversas —económica, política, social— y que, desde luego, afecta de manera diferente a cada uno de los Estados. En lo que se refiere a la Unión de manera específica, podría decirse que su crisis es, además, de falta de definición clara de un proyecto político a largo plazo, lo que le provoca un caminar desorientado, con claros vaivenes, avances y retrocesos, determinados por las variaciones —de manera principal— en la coyuntura económica, pero también por las variaciones en la composición política de los gobiernos de los Estados miembros, tras cada proceso electoral. En todo caso, lo que sí es común es que esta crisis ha puesto —pone— en cuestión los valores de la UE, que se han visto afectados de manera grave, en algún caso, sin que, sin embargo, se haya llegado a activar el mecanismo previsto en el Art. 7 del TUE, en ninguno de sus dos procedimientos, en ningún momento».

⁴⁴ Lamentablemente, numerosos ejemplos, de muy diverso alcance y trascendencia, ponen de manifiesto que en los últimos años los derechos humanos han sufrido ataques de cierta consideración por parte de Estados miembros de la Unión: desde las cárceles secretas o la complicidad con los vuelos de la CIA, hasta la legislación polaca discriminatoria contra las personas homosexuales o contra los que colaboraron con el régimen comunista, pasando por la discriminación de la población de origen ruso en algunas Repúblicas Bálticas. Y recordamos las recientes amenazas al Estado de Derecho en Hungría: sobre el particular, véanse los dictámenes CDL(2011)016, CDL(2011)001, CDL-AD(2012)001, CDL-AD(2012)009, CDL-AD(2012)020 y CDL-AD(2012)004 de la *Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia)* sobre la nueva Constitución de Hungría, sobre tres cuestiones jurídicas derivadas del proceso de elaboración de la nueva Constitución de Hungría, sobre la Ley CLXII de 2011 sobre el estatuto jurídico y la remuneración de los jueces de Hungría y la Ley CLXI de 2011 sobre la organización y la administración de los tribunales de Hungría, sobre la Ley CLI de 2011 sobre el Tribunal Constitucional de Hungría, sobre las leyes orgánicas sobre el poder judicial que fueron modificadas a raíz de la adopción del dictamen CDL-AD(2012)001 sobre Hungría, y sobre la Ley sobre el derecho a la libertad de conciencia y religión y el estatuto jurídico de las iglesias, las confesiones y las comunidades religiosas de Hungría.

Ante la ausencia de un catálogo o tabla de Derechos Fundamentales a nivel comunitario europeo, fue el Tribunal de Justicia el que elaboró una importante jurisprudencia sobre esta cuestión, concluyendo ya en 1969 que la protección de los derechos fundamentales constituía un principio básico del derecho comunitario europeo. Principio que fue incluido expresamente en el Tratado de Maastricht de 1992.

En este contexto, en junio de 1999 el Consejo Europeo de Colonia consideró que era necesario dotar a la Unión de una Carta de derechos fundamentales, que podía consistir en una recopilación de los derechos contenidos tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, así como de los que se derivaban del conjunto de las Constituciones de los Estados miembros, los derechos de los que gozaban los ciudadanos de la Unión, los contenidos en la Carta Social y en la Carta comunitaria de derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, y los establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de la Corte de Estrasburgo. De lo que se trataba era de recoger «la esencia misma del acervo europeo común en materia de derechos fundamentales». El Consejo Europeo de Colonia encargó el proyecto a un órgano nuevo, de naturaleza mixta, puesto que su composición presentaba una dimensión política y otra técnica, que se constituyó como Convención. La Convención tras nueve meses de trabajo redactó un proyecto de Carta que fue aprobado por el Consejo Europeo de Biarritz en octubre de 2000. Ahora bien, dada la oposición al texto manifestada por varios Estados miembros y singularmente por el Reino Unido, la Carta sólo fue proclamada solemnemente y se le privó de valor jurídico expreso.

Desde el punto de vista de su contenido, debemos subrayar las importantes novedades materiales de la Carta⁴⁵. La doctrina ha destacado el avance que la Carta representa respecto a otros instrumentos similares consistente en la equiparación de derechos de primera, segunda y tercera generación, superando así la tradicional priorización de los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y los nuevos derechos. Sin embargo, en las explicaciones elaboradas por el Praesidium de la Convención, criterio pretendidamente interpretativo vinculante de la Carta, se hace una distinción nítida, insostenible desde la perspectiva del principio de indivisibilidad, entre cuáles son derechos a salvaguardar y cuáles meros principios que han de guiar la actuación de las instituciones afectadas.

⁴⁵ Entre la abundante y meritoria bibliografía existente sobre la Carta, quisiéramos recordar, entre otros muchos, ALONSO GARCIA, R.: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Cizur Menor, Civitas, 2006; o BURGORGUE-LARSEN, L., y LEVADE, A. (dirs.): *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Tome 2: La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union, Bruxelles, Bruylant, 2005.

La estructura de la Carta consta de seis títulos que contienen derechos más un séptimo con disposiciones generales relativas al alcance de la misma. Según su artículo 51, la Carta sólo es de aplicación «a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión». Todas las personas residentes en la Unión son titulares de los derechos contenidos en la Carta, con la única excepción de algunos de los previstos en el Título V (ciudadanía) que únicamente se reconocen a los ciudadanos comunitarios. El Tratado de Lisboa mantiene la decisión de la CIG de 2004 de incluir las explicaciones del Praesidium de la Convención, elaboradas al mismo tiempo que la Carta como criterio interpretativo de ella. La mejor doctrina ha criticado esta opción por la razón evidente de que las interpretaciones en cuestión son claramente restrictivas del contenido de la Carta.

Los seis títulos de contenido material recogen derechos fundados en la dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia. Esta misma clasificación consistente en agrupar los derechos en torno a un valor que les confiere una unidad de sentido es de por sí innovadora. Así en el Título I referido a la «Dignidad» se incluyen la inviolabilidad de la dignidad de la persona, el derecho a la vida, el derecho a la integridad de la persona, la prohibición de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes, y la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado. En el Título II que lleva por rúbrica «Libertad» se regulan los derechos a la libertad y a la seguridad, el respeto a la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal, el derecho a contraer matrimonio y a formar una familia, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión y de información, la libertad de reunión y de asociación, la libertad de las artes y las ciencias, el derecho a la educación, la libertad profesional y el derecho a trabajar, la libertad de empresa, el derecho de propiedad, el derecho de asilo, y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición. Por su parte el Título III referido a la «Igualdad» recoge la igualdad ante la ley, el principio de no discriminación, la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad entre mujeres y hombres, los derechos del niño, los derechos de las personas mayores y la integración de las personas discapacitadas. El Título IV está dedicado a los derechos fundados en la «solidaridad» y así recoge los siguientes: el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, el derecho a la negociación y acción colectiva, el derecho de acceso a los servicios de colocación, la protección en caso de despido injustificado, las condiciones de trabajo justas y equitativas, la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo, la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, el derecho a la Seguridad Social y a la ayuda social, el derecho a la protección de

la salud, el derecho de acceso a los servicios de interés económico general, la protección del medio ambiente y la protección de los consumidores. El Título V que lleva por rúbrica «Ciudadanía» recoge los derechos vinculados básicamente a la condición de nacional de un Estado miembro de la Unión, a saber: el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones del Parlamento Europeo, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, el derecho a una buena administración, el derecho de acceso a los documentos, el derecho de dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo, el derecho de petición, la libertad de circulación y de residencia y la protección diplomática y consular. Finalmente el Título VI está dedicado a los derechos vinculados al valor «Justicia» y son: el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia, los derechos de la defensa, los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas, y el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción.

El proyecto de Carta de Derechos Fundamentales fue aprobado por unanimidad en el Consejo Europeo de Biarritz y transmitido al Parlamento y a la Comisión que dieron su visto bueno. A partir de entonces se inició un intenso debate político sobre el valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales. En el Consejo Europeo de Niza se acordó mencionar la Carta en el Tratado de la Unión Europea, pero minimizando su valor jurídico. Y ello porque algunos Estados eran y son reacios a sentirse vinculados por la Carta de Derechos Fundamentales. Actitud esta que explica —aunque no justifica— el sorprendente sistema de integración diferenciada previsto en el Tratado de Lisboa⁴⁶. En este sentido hay que subrayar que Lisboa supone un importante avance respecto a Niza, pero como vamos a ver el precio pagado ha sido también alto. La Carta de Derechos adquiere el mismo valor jurídico de los Tratados, pero no se incorpora a ellos, con lo que pierde visibilidad y se mutila al Tratado de su dimensión más auténticamente constitucional. Y lo que resulta jurídicamente inaceptable y políticamente inconsecuente es que se establezca expresamente la no vinculación a la Carta de determinados Estados (Reino Unido y Polonia en un primer momento, y República Checa después) con lo que en un ejercicio de esquizofrenia normativa se está negando el carácter fundamental de los derechos que se proclaman.

En todo caso, el rechazo del Consejo Europeo de Niza a dotar a la Carta de naturaleza jurídica vinculante mediante su incorporación a un Tratado no significó —en contra de lo que a veces se sostiene— que la Carta se viera entonces

⁴⁶ Cfr. KÖLLIKER, A.: «Bringing Together or Driving Apart the Union? Towards a Theory of Differentiated Integration», *West European Politics*, n.º 24(4), 2001, pp. 125-151.

privada de todo valor o eficacia jurídica. Antes al contrario, el examen de numerosas Conclusiones presentadas por los Abogados Generales al Tribunal de Justicia en aquella época pone de manifiesto como ha señalado Menéndez que se pueden distinguir dos etapas en tanto que los «Abogados Generales del Tribunal de Justicia han establecido como práctica habitual la referencia a la Carta como fuente de conocimiento del derecho comunitario. Una buena parte de las ocasiones en las que han citado la Carta lo han hecho atribuyéndole un valor jurídico limitado (como “autoridad secundaria”)), mientras que «una segunda serie de opiniones (...) atribuyen un valor jurídico más relevante a la Carta»⁴⁷.

Así los Abogados Generales han sostenido que «como se desprende de la solemnidad de su forma y del procedimiento que llevó a su adopción, la Carta debe constituir un instrumento privilegiado para identificar los derechos fundamentales. Esta contiene indicios que contribuyen a revelar la verdadera naturaleza de las normas comunitarias de Derecho positivo»⁴⁸. De forma más rotunda y clara se pronunció el Abogado General en las conclusiones del *Asunto Advocaten loor de Werld VZW contra Leden van de Ministerraad* al afirmar lo siguiente: «En el año 2000 ocurrió un hecho difícil de soslayar: la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este documento carece de fuerza vinculante, dada la inexistencia de un pronunciamiento con eficacia asumiendo su contenido. Aquella proclamación se articula en una mera declaración política, huérfana de valor jurídico (...). Pero esta constatación no induce a pensar que nada ha cambiado, como si la Carta fuese papel mojado. En primer lugar, no surge en el vacío, sin conexión con el entorno; al contrario, se inserta en una etapa del proceso evolutivo que he expuesto, codificando y reafirmando según expresa su Preámbulo, unos derechos que derivan del acervo común a los Estados miembros, en los planos nacional e internacional, por lo que la Unión ha de respetarlos y el Tribunal de Justicia tutelarlos, según disponen los artículos 6 UE y 46 UE letra d), *cualesquiera que sean la naturaleza jurídica* y la capacidad del texto aprobado en diciembre de 2000 (...) En segundo lugar, la Carta figura en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pues los abogados generales la han interpretado, trascendiendo su talante meramente programáti-

⁴⁷ MENÉNDEZ, A. J.: «Fundamentando Europa. El impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea» en FERNÁNDEZ SOLA, N.: *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 93 y ss; ROLDÁN BARBERO, J.: «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, septiembre-diciembre 2003, pp. 948-949.

⁴⁸ Conclusiones del Asunto *Consejo/Heidi Hautala* de 10 de julio de 2001, C-353/99, Párr. 80 y ss. En el mismo sentido, Conclusiones del Asunto *Arben Kaba/Secretary of State for the Home Department*, de 11 de julio de 2002, C-466/00, nota a pie 74.

co y declarativo; además el Tribunal de Primera Instancia la ha utilizado en algunas de sus resoluciones»⁴⁹.

De acuerdo con esas opiniones, la Carta no crea derechos nuevos, no innova, pero sí declara, enumera derechos que ya vinculan a los Estados porque forman parte del acervo comunitario. Es aquí donde reside su valor. Lo que quiere decir que a pesar de no ser un instrumento obligatorio por su exclusión del Tratado de Niza, no ya como parte del articulado sino ni siquiera como Protocolo, es un texto declarativo sumamente útil para la interpretación de los derechos y para la constatación de su presencia en el ordenamiento comunitario⁵⁰.

Ahora bien, resultaba imprescindible para avanzar en su reconocimiento normativo su inclusión en un Tratado. Este fue el avance fundamental que supuso el Tratado Constitucional. Hasta el punto de que fue precisamente la inclusión en el mismo de la Carta de Derechos Fundamentales, el elemento más auténticamente constitucional de aquel Tratado *non nato*. El Tratado Constitucional previó la inclusión de la Carta como Parte II del mismo, con plenos efectos jurídicos. Existía unanimidad en valorar esa inclusión como uno de los avances fundamentales, desde la perspectiva de la profundización de los fundamentos democráticos de la Unión, en el proceso de integración europea⁵¹. La doctrina, por su parte, concluyó también que dicho avance era uno de los elementos decisivos para atribuir al Tratado carácter constitucional⁵². Y es que, efectivamente, la incorporación al Tratado de un catálogo de Derechos Fundamentales tiene un alcance constitucional evidente en la medida en que éstos quedan consagrados como límites a los poderes públicos europeos y configurados así como fundamentos de la legitimidad de la Unión⁵³.

⁴⁹ Conclusiones del *Asunto Advocaten loor de Werld VZW contra Leden van de Ministerraad* de 12 de septiembre de 2006, C-303/05. Párr. 76 y ss.

⁵⁰ MANERO SALVADOR, A.: «El valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales: De Niza a Lisboa», en *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 120.

⁵¹ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, 12 de enero de 2005 (Ponentes: Iñigo Méndez de Vigo y Richard Corbett). Punto 5.

⁵² QUERMONNE, J-L.: «La traité constitutionnel européen, est-il un acte refondateur?», *Politique Etrangère*, n.º 2, 2005, p. 245.

⁵³ En este sentido, Aldecoa subraya que «La Carta constituye un elemento esencial de la explicitación del modelo político europeo: recoge y define su esencia, pone una cara a los valores europeos constitutivos del modelo europeo de sociedad. La Carta ayuda a la explicitación del proyecto político europeo, en cierta medida a su “legibilidad” para el ciudadano, y al definir el DNI de lo europeo, puede ser la base para el desarrollo de una futura identidad europea. En paralelo se constituye en el baremo para constatar el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos fundamentales tanto de los Estados miembros como de los candidatos o de los terceros con los que la Unión tiene relaciones». ALDECOA, F. y GUINEA, M.: *La Europa que viene. El Tratado de Lisboa*, Madrid, Marcial Pons, 2008. p. 147. Igualmente, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Los

Las resistencias de algunos países a dicha inclusión determinaron que tras el bloqueo del Tratado por los referendos francés y holandés, se alcanzara una solución de compromiso. La alcanzada en el Tratado de Lisboa consistió en establecer la obligatoriedad de la Carta aunque la misma no formara parte del Tratado. En principio, esto no afecta a su obligatoriedad jurídica, pero evidentemente dificulta su visibilidad por la ciudadanía⁵⁴. Así el artículo 6 TUE establece: «1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal y como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal y como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del Título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones. 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales».

El apartado primero del artículo 6 TUE es, con relación a Niza, por un lado, el más novedoso y, por otro, el que permitió desbloquear la situación creada tras los rechazos francés y holandés al Tratado Constitucional. Al otorgar a la Carta el mismo valor jurídico que a los Tratados, ésta pasa a ser parte del Derecho originario de la Unión. Se convierte, como sostienen algunos autores, en una suerte de Tercer Tratado⁵⁵.

Si la cosa hubiera quedado así, a pesar del retroceso político que supone extirpar la Carta del cuerpo del Tratado, aún hubiéramos podido compartir el juicio entusiasta de quienes afirman que en Lisboa se recoge el noventa por ciento del Tratado Constitucional y que la sustancia de éste pervive en aquél. Pero,

Derechos Humanos en el Proyecto de Constitución Europea: breve nota introductoria», *Revista General de Derecho Europeo*, Iustel, n.º 3, 2004.

⁵⁴ Las instituciones europeas quisieron paliar esta circunstancia mediante la proclamación solemne de la Carta el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, un día antes de la firma del Tratado de Lisboa. Esa proclamación recoge su forma definitiva tras las modificaciones que introdujeron en la misma la Convención Europea y la CIG de 2004.

⁵⁵ GIL ROBLES, J. M.: «Prólogo» a ALDECOA, F., y GUINEA, M.: *La Europa que viene...*, *op. cit.*, p. 14.

lamentablemente, el periplo de la Carta de Derechos Fundamentales no acabó así. En la negociación previa a Lisboa, dos de los Estados miembros, Reino Unido y Polonia, consiguieron incluir en el Tratado un Protocolo que contiene un régimen excepcional relativo a la aplicación de la Carta por sus Tribunales. Dicho Protocolo, que analizaremos después, parece entrañar a juicio tanto de una buena parte de la doctrina como del Parlamento Europeo, una excepción⁵⁶. En su virtud, los Derechos Fundamentales contenidos en la Carta no serán vinculantes para los Tribunales británicos y polacos, con lo que se niega la fundamentalidad de aquellos que, inexcusablemente exige su universalidad.

Con la inclusión de un régimen de integración diferenciada en materia de Derechos Fundamentales, este Protocolo destruye la hipotética dimensión constitucional de la Carta y aunque pueda resultar un poco duro el juicio, lo cierto es que desde una perspectiva jurídica y política democrática, la Unión no sólo no avanza en su constitucionalización sino que, conscientemente o no, erosiona de forma grave y notoria, los fundamentos de su propia legitimidad. No cabe hablar de rescate constitucional alguno⁵⁷, si de lo que se trata es de establecer disposiciones cuyo contenido repugna a los principios constitucionales clásicos. Y, desde esta perspectiva, esto es lo que hace el Tratado de Lisboa: disponer que los Derechos Fundamentales carecerán de eficacia para casi una cuarta parte de los ciudadanos europeos. Por otro lado, si al final se estaba dispuesto a pagar tan alto precio por mantener en el seno de la Unión a dos Estados cuya política claramente antieuropea dificulta notablemente cualquier avance en el proceso de integración, se entiende todavía menos por qué la Carta fue expulsada del Tratado y reemplazada por una mera disposición remisoria.

Los apartados 2 y 3 del nuevo artículo 6 TUE, por su parte, reproducen los párrafos 2 y 3 del artículo I-9 del Tratado Constitucional. Con ellos se satisface un deseo ampliamente compartido por los defensores de la coherencia en materia de derechos humanos⁵⁸. Coherencia que sólo será posible, en un primer momen-

⁵⁶ Para otros no se trata de un *opt-out* sino que tan sólo contiene disposiciones interpretativas relativas al significado y alcance del TUE y de la Carta.

⁵⁷ Vid. ALDECOA LUZARRAGA, F. y GUINEA LLORENTE, M.: *El rescate sustancial de la Constitución Europea a través del Tratado de Lisboa: la salida del laberinto*, Madrid, Real Instituto Elcano (Working Paper n.º 9), 2008. Véase asimismo, ZILLER, J.: «Il Trattato modificativo del 2007: sostanza salvata e forma cambiata del Trattato costituzionale de 2004», *Quaderni costituzionali*, n.º 4, 2007, pp. 875-892.

⁵⁸ La adhesión al Convenio de Roma ha sido una cuestión ampliamente debatida por la doctrina y en el seno mismo de la Unión. Durante años, el dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, ha sido la pieza clave sobre esta controvertida cuestión. En este dictamen el Tribunal de Justicia analizó la competencia de la entonces Comunidad Europea para adherirse al CEDH y la consideró incompetente en virtud de «la falta de competencia material de la Comunidad en materia de

to, mediante la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de 1950. Adhesión que el Tratado de Lisboa no sólo permite, sino que dada la utilización del verbo adherir en tiempo futuro contiene un mandato. Y es que políticamente no resultaría aceptable que teniendo la facultad de adherirse al Convenio, la Unión no lo hiciera⁵⁹. Como subraya Martín y Pérez de Nanclares «se da en suma, un importante paso adelante en materia de derechos humanos (...) La introducción de una atribución de competencia para permitir la adhesión de la Unión Europea al CEDH corona un antiguo anhelo que contribuirá a una mejor y mayor coherencia y coordinación entre las jurisprudencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Carta y adhesión son dos caras de la una misma moneda: la eficaz y armónica protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea»⁶⁰. Por supuesto, esa adhesión (de momento truncada tras el Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014, del Tribunal de Justicia de Luxemburgo), sólo es el primer paso para la futura adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea, siendo así consecuente con el principio de indivisibilidad de todos los derechos y, en la misma línea, de la democracia política y de la democracia social⁶¹.

Como conclusión de todo lo expuesto, podemos afirmar que en materia de Derechos Fundamentales, en relación con el Tratado de Niza, y desde la óptica de este ensayo, lo dispuesto en el Tratado de Lisboa constituye, en cierta medida, un avance, pero dicho avance queda desnaturalizado gravemente por las dos razones expuestas: a) por un lado, por la expulsión de la Carta del cuerpo del Tratado, lo que implica que la Unión Europea ha renunciado a incluir en su Texto Fundamental sus propias señas de identidad, la traducción jurídica de sus valores fundacionales, el principal símbolo de integración política de sus ciudadanos⁶²; b) y por otro, por las políticamente incomprensibles y jurídicamente

derechos humanos», al mismo tiempo que destacó «la necesidad de proceder a una reforma previa de los Tratados para que la adhesión pueda tener lugar». El Tribunal declaró inadmisibile la cuestión relativa a la compatibilidad del CEDH con el TCE.

⁵⁹ Sobre esta cuestión, PASTOR RIDRUEJO, J. A.: «La adhesión de la UE a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y libertades fundamentales», en *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008.

⁶⁰ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *Estudio Preliminar del Tratado de Lisboa*, Real Instituto Elcano, Madrid, 2007, p. 21.

⁶¹ DE SCHUTTER, O.: *L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne*, Bruxelles, 8 July 2014, Université Catholique de Louvain, 54 pp. (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/PublicationCSEUEODESchutterJuly2014_en.pdf; visitado el 6 de agosto de 2014).

⁶² BONNEMAISON, J. L.: «L'identité européenne à travers la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Civitas Europa*, n.º 21, 2008, p. 173.

inconsistentes disposiciones que expresamente rechazan el valor de la Carta para el Reino Unido y Polonia (y, finalmente, también para Chequia)⁶³.

El Reino Unido, desde que se redactó la Carta, se opuso siempre a su obligatoriedad jurídica. De hecho, lideró el grupo de Estados que en el Consejo Europeo de Biarritz de octubre de 2000 consiguió impedir que la Carta tuviera valor jurídico vinculante. Su posición se basaba en estas tres razones: a) el hecho de que ésta incluyera derechos de contenido social; b) el rechazo a la creación de una suerte de «superlegalidad» a nivel europeo; c) el rechazo al espíritu constitucional-federal subyacente en la Carta⁶⁴. Por ello, tanto durante los debates en la Convención como en la CIG de 2004 intentó por todos los medios mantener la situación prevista en Niza de una Carta de valor meramente político. En el curso de esas negociaciones logró que se dispusiera expresamente que las explicaciones elaboradas por el Praesidium de la primera Convención constituían un elemento vinculante para la interpretación de la Carta. Su interés obedecía al hecho de que estas explicaciones eran de carácter restrictivo. Especialmente con relación al contenido del Título que lleva por rúbrica «Solidaridad», se opera una distinción de cuáles son derechos a salvaguardar y cuáles meros principios que han de guiar la actuación de las instituciones afectadas.

En este contexto, en las negociaciones previas al Consejo Europeo de junio de 2007 tendentes a desbloquear la crisis constitucional de la Unión, Toni Blair logró un régimen excepcional para el Reino Unido en lo referente a la aplicación de la Carta que sería recogido en un Protocolo anexo. Durante la CIG Polonia se adhirió a ese mismo Protocolo⁶⁵. Y de forma absolutamente extemporánea, dos años después, el Presidente checo V. Klaus, exigió en el Consejo Europeo del 29 de octubre de 2009, como condición para firmar el Tratado, la extensión de los efectos de ese Protocolo a la República Checa. Lo de menos es recordar que no era ese el momento de plantear el tema, puesto que importa más subrayar la muy estrambótica justificación de su demanda: evitar que los alemanes expulsados de los Sudetes al término de la Segunda Guerra Mundial reclamaran los bienes que les fueron expropiados. El Consejo cedió al chantaje, auténtico acto

⁶³ Desde esta perspectiva, se ha denunciado que el Protocolo n.º 30 genera una situación de clara inseguridad jurídica: DE SCHUTTER, O.: «Les droits fondamentaux dans l'Union européenne», *Journal de droit européen*, n.º 148, 2008, p. 127.

⁶⁴ Díez-PICAZO, L. M.: *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, p. 22.

⁶⁵ Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al Reino Unido y Polonia. Protocolo número 4 anexo al Tratado de Lisboa. El título del Protocolo induce claramente a error. Su contenido pone en evidencia que se trata de un Protocolo sobre la «no aplicación».

de agresión a la Unión, para lograr la firma de Klaus y que el Tratado pudiera entrar en vigor el 1 de diciembre de 2009.

En su primer artículo, el Protocolo dispone que: «La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias, o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma». Su segundo párrafo es expresión del tradicional recelo británico hacia el reconocimiento de los derechos sociales, y dice así: «En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el Título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional». En términos similares y con carácter general el artículo 2 del Protocolo establece por su parte que: «En la medida en que una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, sólo se aplicará en Polonia o en el Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas del Reino Unido y de Polonia». Entiéndase que debe añadirse «y de Chequia»⁶⁶.

El principal objetivo del gobierno británico era evitar que la Carta otorgara al Tribunal de Justicia o a los Tribunales británicos facultades para derogar o reinterpretar su derecho nacional, y en particular su legislación laboral y social. El Protocolo satisface plenamente esa pretensión. En esta línea, el principal temor del Reino Unido era que la Carta pudiera servirle al Tribunal de Justicia para expandir su jurisdicción y ampliar eventualmente con su jurisprudencia los derechos de los ciudadanos británicos y las obligaciones de los poderes públicos del Reino Unido. En relación con lo primero, la ampliación de las competencias de la Unión y de la jurisdicción del Tribunal de Justicia, el temor era, en parte, injustificado dado que la propia Carta contiene ya una serie de disposiciones horizontales que incluidas a instancias del Reino Unido impiden que de la Carta puedan derivarse nuevas competencias para la Unión. Ahora bien, el Protocolo era necesario si de lo que se trataba era de negar la posibilidad de que los ciudadanos del Reino Unido pudieran reclamar derechos derivados de la Carta.

⁶⁶ Según la Declaración del Consejo Europeo de 29 de octubre de 2009, la extensión de efectos del Protocolo se incluirá expresamente en el Tratado mediante otro Protocolo que será firmado con ocasión del próximo Tratado de Adhesión de un nuevo miembro (probablemente Croacia). En definitiva, un brindis al sol.

Polonia decidió unirse a este Protocolo⁶⁷. Y Chequia logró ese objetivo extemporáneamente, como ya vimos, un mes antes de que el Tratado entrara en vigor.

Examinado el contenido del Protocolo fácilmente se concluye que no es un Protocolo de aplicación como eufemísticamente es oficialmente denominado, sino más bien de «no aplicación». Buena parte de la doctrina⁶⁸ y el Parlamento Europeo⁶⁹ sostienen que el principal efecto del mismo es la menor protección jurídica de los ciudadanos de Polonia y del Reino Unido respecto a los nacionales de los otros Estados miembros. Con el Tratado de Lisboa, afirma Gros-Verheyde, la Carta se convierte en un instrumento «de valor jurídico variable»⁷⁰.

El Protocolo pretende comportar la desvinculación jurídica de los órganos jurisdiccionales de esos países respecto a la Carta, así como del Tribunal de Justicia en la aplicación de la Carta a los ciudadanos de esos países (o de otros residentes en ellos). Dicho con otras palabras, lo que el Protocolo persigue establecer es que la Carta no resultaría jurídicamente vinculante ni para el Reino Unido ni para Polonia. Ello implicaría admitir que los Derechos contenidos en ella y cuya fundamentalidad se proclama, no protegen a los ciudadanos británicos y polacos. De esta forma y dado que uno de los elementos definidores de los derechos fundamentales es su universalidad, el Tratado a través de un Protocolo, negaría el carácter fundamental de aquellos derechos que ha proclamado en el articulado.

⁶⁷ Sus razones fueron diferentes. Esto es al menos lo que se deduce de la Declaración de la República de Polonia relativa al Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y Reino Unido, Declaración número 62 anexa al Tratado de Lisboa. En ella, Polonia expone que respeta plenamente los derechos sociales y del trabajador, según se establecen en el Derecho de la Unión Europea y en el título IV de la Carta. Junto a ella, introdujo otra en la que sostiene que la Carta «no afecta en modo alguno al derecho de los Estados miembros a legislar en el ámbito de la moral pública, del derecho de familia, así como de la protección de la dignidad humana y del respeto de la integridad humana, física y moral». Estas Declaraciones son expresión de las preocupaciones del partido ultraconservador *Ley y Justicia* al que pertenecían los hermanos Kaczynski, entonces máximos dirigentes polacos. Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el valor de estas Declaraciones es muy escaso y lo realmente importante es el Protocolo al que Polonia se adhirió sin reserva alguna.

⁶⁸ FERNÁNDEZ TOMAS, A.: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su alcance y eficacia generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia» en *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis...*, *op. cit.*, pp. 119-149; PASTOR PALOMAR, A.: «La regla *inclusio unius, exclusio alterius* y la Carta de los derechos Fundamentales: Polonia, Reino Unido y otros», en *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis...*, *op. cit.*, pp. 159-178.

⁶⁹ PARLAMENTO EUROPEO: Resolución sobre el Tratado de Lisboa, 20 de febrero de 2008 (A6-0013/2008), punto 6.

⁷⁰ GROS-VERHEYDE, N.: «Une Charte à valeur juridique variable», *Europolitique*, n.º 3407, 7 de noviembre de 2007, p. 13.

Nos encontraríamos así ante un caso muy notable de «esquizofrenia normativa». En el mismo Tratado se proclama una cosa y la contraria. Los derechos contenidos en la Carta o son fundamentales y entonces vinculan a todos los Estados, o no lo son, y por tanto, sólo vinculan a quienes quieren vincularse, con lo que carecen de dimensión constitucional. Y, sin embargo, en sede política y académica no es extraño escuchar voces que afirman que ambas cosas son posibles a la vez. Esto es, se sostiene que la Carta tiene una dimensión constitucional al mismo tiempo que se defiende la validez jurídica del Protocolo.

Desde un punto de vista político resulta aberrante que haya Estados que no quieran vincularse por la Declaración de Derechos, y desde un punto de vista jurídico, el Tratado incurre en una flagrante contradicción: ¿Cómo puede un Estado ser al mismo tiempo respetuoso con los derechos fundamentales —condición esencial para el ingreso y permanencia en la Unión— y no querer quedar vinculado u obligado por la Declaración de Derechos?

La Carta de Derechos Fundamentales es el único texto capaz de generar un sentimiento de pertenencia colectiva, por lo que se configura como el principal factor de integración política de Europa. La atribución a la misma de pleno valor jurídico es un paso adelante en el proceso de constitucionalización. Ahora bien, la no inclusión de la Carta en el propio Tratado, y la aceptación de un régimen de integración diferenciada en materia de Derechos Fundamentales, pone de manifiesto que se ha ido demasiado lejos en la construcción de la denominada Europa a dos velocidades. Una cosa es aceptar que haya Estados que no quieran renunciar a su moneda o a determinados controles fronterizos, y otra muy distinta tolerar en el seno de la Unión a Estados no comprometidos con los derechos fundamentales⁷¹.

En nuestra opinión, esto supone admitir la integración diferenciada en un ámbito al que por su propia naturaleza la rechaza. Los que han aplaudido, con razón, el avance que el Tratado de Lisboa supone respecto al Tratado de Niza en

⁷¹ Como advierte Alcoceba Gallego: «También es cierto que las integraciones diferenciadas deben administrarse con prudencia si lo que se desea es mantener el sistema de integración actual. La amenaza no procede tanto del sistema de cooperaciones reforzadas que desde 1997 recoge el TUE (por cierto que hasta ahora no se han puesto en marcha) como de las cláusulas de excepción que se introducen mediante Protocolos y que vienen incrementándose a modo de goteo en distintos ámbitos desde el TUE de 1992. El Tratado de Lisboa ha confirmado esta tendencia y ha dado en este sentido un paso más, al introducir un sistema de integración diferenciada en el marco de los Derechos Fundamentales. La amenaza de la que hablamos es especialmente grave cuando se abre la puerta a la integración diferenciada en ámbitos que consideramos clave y esencia del sistema europeo de integración». ALCOCEBA GALLEGO, M. A.: «La integración diferenciada en el Tratado de Lisboa o la ampliación de la Europa a la Carta: Sobre la construcción de una nueva Unión Europea», en *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas...*, op. cit., p. 312.

materia de Derechos Fundamentales han preferido no enfatizar más la importancia de estos Protocolos. Y sin embargo, su gravedad y trascendencia pueden ser notables. Y ello porque al mismo tiempo que en el articulado se proclama el pleno valor jurídico de la Carta de Derechos, en los Protocolos quiere negarse la fundamentalidad jurídica de los mismos en la medida en que se prevé su no aplicación, su no vinculación, esto es su inexistencia, en relación con dos Estados. Creemos oportuno por ello concluir este epígrafe con la contundente denuncia realizada por la profesora Alcoceba. Denuncia que compartimos y transcribimos a continuación: «Quisiera poner el acento en la relevancia de esta excepción dado que los Derechos Fundamentales forman parte del “núcleo material” de la Unión, son parte integrante de su “Acervo esencial”, del contenido imprescindible inherente a su propia identidad, de su núcleo duro, sin el cual la Unión Europea quedaría desnaturalizada, completamente adulterada. La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, tal y como enuncia el artículo 2 TUE. Sin embargo, *a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la Unión Europea aparecerá fragmentada en uno de sus elementos básicos*. Además, no deja de resultar paradójico que *ad intra* la Unión Europea se fragmente en este ámbito al tiempo que su acción exterior “se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación”, fomentando «la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional»⁷².

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en la Unión Europea, ésta parece quedar fragmentada en uno de sus elementos básicos (constitucionales): los Derechos Fundamentales. Y semejante fragmentación es incompatible *per se* con el concepto mismo de integración. La supervivencia de la Unión Europea como una auténtica Comunidad de Derecho, como una comunidad de valores, exige la vinculación plena de todos los Estados a la Carta de Derechos. Si, por el contrario, aceptamos que determinados Estados queden desvinculados de ella, conscientemente o no, estamos dinamitando los fundamentos mismos de la Unión. Lamentablemente, esta es la apariencia que se ha generado con el Protocolo analizado. En definitiva, esta integración diferenciada en un ámbito (los Derechos Fundamentales) en el que la diferenciación es jurídicamente imposible y políticamente inaceptable, confirma lo que todo europeísta teme: el exceso de

⁷² ALCOCEBA GALLEGU, M. A.: «La integración diferenciada», en el *Tratado de Lisboa o la ampliación de la Europa a la Carta...*, *op. cit.*, pp. 316 y 317.

flexibilidad ha puesto en peligro la integración europea. Por lo demás, el propio Tribunal de Justicia se está mostrando excesivamente circunspecto o poco entusiasta con una parte «diferenciada» de esos derechos fundamentales, a saber —y como se indicaba—, los derechos sociales⁷³.

7. LAS PERSPECTIVAS DE CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO. HACIA UN PODER CONSTITUYENTE EUROPEO

De todo lo anterior se deduce que en su realidad actual la Unión Europea es una entidad política que ha alcanzado un grado de centralización mayor que el que es propio de una Confederación de Estados, pero no ha dado todavía el paso de convertirse en un Estado Federal. Ese paso exige, inexcusablemente, un momento constituyente. Desde esta óptica, la Teoría del Estado Constitucional es sumamente útil para indicarnos cómo proceder a esa transformación (de Confederación en Federación). La Unión política sólo puede ser establecida mediante la aprobación de una Constitución europea por un poder constituyente igualmente europeo. Es también la Teoría de la Constitución la que nos indica cuál debe ser el contenido necesario del Texto Constitucional europeo.

Desde esta óptica, la sustitución del Tratado Internacional por la Constitución es el paso ineludible para dejar atrás la senda de la Confederación. Por lo demás, la experiencia histórica nos muestra con meridiana claridad que el destino de todas las Confederaciones que en el mundo han sido, o bien ha consistido en su disolución o bien en su transformación en un Estado Federal. El dilema en el que hoy se encuentra la Unión Europea es el mismo: o bien se fragmenta, echando por la borda los logros alcanzados durante los últimos sesenta años y desaparece definitivamente del escenario de la historia, o bien se convierte en una Unión política federal.

En Alemania, la objeción principal a la pretensión de generar y activar un Poder Constituyente europeo, se concreta en la afirmación de que no existe «un pueblo europeo» al que se pueda considerar como titular de ese Poder Consti-

⁷³ Véase ese enfoque restrictivo del Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 15 de enero de 2014 (*Association de médiation sociale*, asunto C-176/12), así como en su Auto de 16 de julio de 2015 (*Sánchez Morcillo*), en cuyo apartado 39 declara: «en contra de lo señalado por ese órgano jurisdiccional, esa disposición de la Carta no garantiza el derecho a la vivienda sino el «derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda» en el marco de las políticas sociales basadas en el artículo 153 TFUE».

tuyente. Subyace en ese argumento el trasfondo filosófico romántico de la escuela histórica alemana. Y resulta hasta cierto punto irónico que se recurra hoy a la propia idea de «espíritu del Pueblo» (*Volksgeist*), para negar la existencia de una identidad europea, cuando en el pasado la misma idea fue puesta al servicio de la construcción de una nueva identidad colectiva. En este sentido debemos a Habermas, una observación fundamental: «El carácter genuinamente natural de una conciencia nacional diseñada por historiadores y difundida a través de los modernos medios de comunicación de masas nos hace pasar por alto lo artificiosa que es la creación de ese estado de conciencia. La entonces nueva identidad colectiva llenaba en efecto el concepto, de índole jurídica y abstracta, de la solidaridad entre la ciudadanía estatal con intuiciones, emociones y convicciones. Por ello no hay ningún motivo para suponer que la formación de un sentimiento político de copertenencia tenga que pararse en los límites del Estado nacional. ¿Por qué no llenar de una forma similar la cáscara de la ciudadanía estatal europea, introducida hace mucho, con la conciencia de que todos los ciudadanos europeos participan del mismo destino político?». Esta es ciertamente la tarea principal que hay que afrontar para que el pacto social europeo sea posible. Crear un «sentimiento constitucional» europeo a través de la exposición de las razones objetivas que justifican la necesidad de una Constitución europea. Crear un sentimiento constitucional en un marco en el que se carece de Constitución, pero ésta se presenta como un ideal a alcanzar. Corresponde a todos llevarla a cabo: partidos políticos, medios de comunicación, organizaciones cívicas, universidades, centros de enseñanza, intelectuales y académicos...etc. Y, en última instancia, desde la perspectiva democrática, corresponde a toda la ciudadanía europea pronunciarse sobre la creación del pacto social europeo.

Sea de ello lo que fuere, llegados a este punto, de lo que se trata es de determinar cómo podría plasmarse un pacto social europeo que permitiera alumbrar un acto constitucional igualmente europeo. Debemos al insigne filósofo alemán, Habermas, una muy interesante propuesta al respecto. *El pacto social podría verificarse mediante la convocatoria y realización de un referéndum a escala europea*. Se trataría de celebrar un referéndum simultáneamente en toda Europa y con una ley electoral común, en el que se preguntase a los ciudadanos si quieren una Europa políticamente constituida (como una unidad de acción y de decisión *ad intra* y *ad extra*), con un Presidente directamente elegido, con una armonización de sus políticas fiscales y una equiparación de sus sistemas sociales. El proyecto sería aceptado si recibiese una doble mayoría de los Estados y de los ciudadanos. Ello no obstante, el resultado sólo vincularía a los Estados donde una mayoría de los ciudadanos hubiera votado afirmativamente.

La mera convocatoria de un referéndum tal sería la espoleta de un auténtico debate europeo. Debate que hoy por hoy brilla por su ausencia, y no porque no sea de interés y trascendencia sino porque a los partidos políticos no les interesa colocarlo en su agenda.

Como advierte Habermas, impulsor de tan interesante propuesta: «los mismos partidos que en el gobierno operan prudentemente tendrían que dar a conocer abiertamente sus intenciones tan pronto como la cuestión del futuro de Europa no se decidiera ya en los gabinetes, sino en la plaza pública». Este referéndum sería el punto de partida de un auténtico proceso constituyente europeo. Su aceptación conllevaría la celebración de unas elecciones al Parlamento Europeo de carácter constituyente. El Parlamento así elegido adoptaría un proyecto de Constitución que sería sometido a la aprobación de los ciudadanos de los distintos Estados y que tal y como ocurrió en el proceso de creación de los Estados Unidos, se consideraría aprobado en el caso de contar con el apoyo de una mayoría cualificada de ellos. Desde la perspectiva democrática, un proceso como el descrito sería inobjetable. Desde el punto de vista de su realización práctica, aunque la propuesta esté formulada con una notable dosis de optimismo e incluso de utopía, lo cierto es que los obstáculos conducentes a su verificación pueden ser superados con voluntad política. Ahora bien, esta voluntad política no se producirá si no viene impulsada y respaldada por una fuerte presión ciudadana. El flanco débil de esta propuesta es el relativo al órgano legitimado para convocar este referéndum. En principio, y según la lógica implícita en el Tratado de Lisboa una decisión de esa trascendencia correspondería al Consejo Europeo por unanimidad. Y evidente resulta que en la medida en que allí se sientan representantes de Estados claramente hostiles al proceso de integración, el Consejo Europeo probablemente nunca convocará ese referéndum. Por eso debemos defender la posibilidad de que sea convocado por el Parlamento Europeo. Al fin y al cabo, el resultado positivo del referéndum implicaría la disolución del Parlamento de Estrasburgo y la subsiguiente celebración de unas elecciones constituyentes, por lo que es el Parlamento el órgano directamente afectado por el resultado de la consulta. Por otro lado, y según el propio Tratado de Lisboa (art. 10. 2 TUE) es el órgano depositario de la legitimidad democrática de la Unión, esto es, el órgano que por representar directamente a los ciudadanos europeos, puede y debe configurarse como la única institución legitimada para poner en marcha un proceso constituyente.

Frente a esa legitimidad indiscutible e indiscutida, los gobiernos de los Estados miembros no podrían, democráticamente, impedirlo. Todo lo más podrían trabajar para obtener un resultado negativo. Pero los gobiernos anti-

Europeos no podrían evitar que los Estados comprometidos con la integración iniciaran un proceso cuyo resultado final sería la culminación de aquella. Ciertamente es que la convocatoria por el Parlamento Europeo de un referéndum cuyo resultado sería la apertura de un proceso constituyente implicaría una ruptura de la legalidad vigente, una digamos «extralimitación competencial». Pero no menos cierto es que todo proceso constituyente supone una ruptura con la legalidad anterior. Y no menos cierto es que si algo podemos aprender de la Historia del parlamentarismo que es tanto como decir del constitucionalismo, es que a ningún Parlamento se le ha regalado nada, sino que todas sus prerrogativas y atribuciones las han logrado siempre merced a duras batallas políticas frente a otros órganos (fundamentalmente, el Rey). En la hora presente, el Parlamento Europeo debería atribuirse el ejercicio de una competencia que corresponde al Consejo Europeo. Y que en todo caso, sirve para que seamos los ciudadanos y ciudadanas quienes tomemos la decisión política fundamental relativa a si queremos o no alumbrar una Unión Política europea. En definitiva, el referéndum en cuestión se configuraría como el instrumento para la verificación del pacto social europeo. El acto constitucional correspondería llevarlo a cabo al Parlamento Europeo.

La Constitución (europea) debe emanar del poder constituyente, poder éste que aún no se le ha reconocido a la Asamblea de Estrasburgo pero que, de acuerdo con la lógica constitucional habrá que concedérsele si de verdad se quiere aprobar una Constitución democrática. Según la tradición constitucional europea, que difiere en esto de la norteamericana, la potestad constituyente puede delegarse, por lo que el Parlamento que elaborase la Constitución recibiría de la ciudadanía un poder especial para ello. El texto elaborado por esta Asamblea Constituyente debería después ser ratificado por el Pueblo europeo en un referéndum convocado al efecto. En este contexto, ninguna duda debe albergarse sobre el carácter auténticamente constitucional de un Texto Fundamental así elaborado y aprobado.

En suma, para comprender el proyecto constitucional o la consolidación constitucional de la Unión Europea actual, no resultan nada desdeñables las enseñanzas de esa pre-historial constitucional sobre las que hemos pretendido reflexionar en las páginas que anteceden. Y ello es así porque la constitucionalización de Europa pasa por seguir perfilándose como una utopía, una aspiración, por cuanto una Constitución (no sólo material, sino también formal) para Europa sigue siendo una necesidad técnica en doble sentido (legislativo —simplificar Tratados— y para la libertad), una oportunidad histórica (adecuación al mandato actual de integración) y una necesidad simbólica (el valor simbólico integrador de la Constitución).

Title:

PREHISTORY AND HISTORY OF EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW (A PARALLEL ESSAY WITH THE COURSE OF NATIONAL CONSTITUTIONAL LAW)

Summary:

1. Introductory remarks: building a constitutional Europe from remote paths. 2. The European constitutional prehistory: from the Middle Ages to the Eighteenth Century. 3. The European constitutional history: Since the Eighteenth Century until the Second World War. 4. The European Constitutional Law from the Second World War to the Lisbon Treaty. 5. The European Union as a modern Confederation. 6. Constitutional substance of the Lisbon Treaty: the fundamental rights. 7. Prospects of consolidation of European Constitutional Law: towards a European constituent power.

Resumen:

Los autores mantienen que la historia reciente de la integración europea tras las Segunda Guerra Mundial ha estado marcada, de manera análoga a como ha sucedido durante la «prehistoria» europea, por proyectos de unidad que perseguían un pacto social a nivel continental en donde la estabilidad económica (incluso monetaria) y política debían significar la consecución de la paz. Desde esta perspectiva, aunque los proyectos anteriores al segundo conflicto bélico no estuvieran fundados en intentos pacíficos y vías jurídicas (al contrario que la actual Unión Europea, con origen en la propuesta pacífica de la Declaración Schuman de 1950 y los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas), las experiencias «preconstitucionales» europeas proporcionan elementos de interés para comprender mejor la debilidad del actual proyecto constitucional europeo. En efecto, el ensayo concluye que las virtudes de la idea de la «Europa a varias velocidades» (para hacer compatible la clásica dinámica de la *ampliación* y de la *profundización*) son todavía menos importantes que las grandes dificultades derivadas de las asimetrías de la Constitución económica (gobernanza económica y moneda única) y otros aspectos sustanciales de la «Constitución europea» (tanto en el plano institucional como en el terreno de los derechos fundamentales).

Abstract:

The authors hold that the recent history of European integration after the Second World War has been marked, similarly to what it hap-

pened during the European «prehistory», by projects of unity pursuing a social pact at continental level where economic (including monetary) and political stability should mean the consolidation of peace. From this perspective, although the projects preceding the second war consisted of the lack of both peaceful attempts and legal basis (as opposed to the current European Union arising from the peaceful proposal submitted by the Schuman Declaration of 1950 as well as the founding Treaties of the European Communities), European «pre-constitutional» experiences provide interesting elements to better understand the weakness of the current European constitutional project. Indeed, the essay concludes that the virtues of the idea of «multi-speed Europe» (to reconciling the classical dynamics of *enlargement* and *deepening*) are still less important than the great difficulties caused by asymmetries deriving from the economic Constitution (economic governance and common currency) and other substantial aspects of the «European Constitution» (both at the institutional level and in the field of fundamental rights).

Palabras clave:

Proyecto constitucional europeo, paz perpetua, Constitución material, estabilidad económica y política, derechos fundamentales, poder constituyente, sentimiento constitucional europeo.

Key words:

European constitutional project, perpetual peace, material Constitution, economic and political stability, Fundamental Rights, constituent power, European constitutional feeling.