

**ANIVERSARIOS CON LUCES
Y SOMBRAS: CONSTITUCIÓN
ESPAÑOLA, INTEGRACIÓN
EUROPEA Y «DEFECTOS
ESTRUCTURALES» DE LA UE**

ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. ALGUNOS PUNTOS DE PARTIDA. III. DE NUEVO SOBRE EL FEDERALISMO. IV. ¿DEFECTOS ESTRUCTURALES EN EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO? A. Constitucionalismo y método funcionalista. B. El impacto de la deficiente democracia europea en el constitucionalismo español. C. ¿Es realmente la UE una comunidad política pluralista, multinivel y compuesta de auténticas comunidades políticas menores?. D. Globalización, constitucionalismo europeo y constitucionalismo español. V. ¿HASTA DÓNDE PUEDE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA ADMITIR LA INTEGRACIÓN EUROPEA?

Fecha recepción: 21.03.2017
Fecha aceptación: 29.09.2017

ANIVERSARIOS CON LUCES Y SOMBRAS: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, INTEGRACIÓN EUROPEA Y «DEFECTOS ESTRUCTURALES» DE LA UE

ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT (USC)*

I. INTRODUCCIÓN

Sólo los vivos pueden celebrar aniversarios con luces y sombras; en ese sentido, España y la Unión están, en realidad, de enhorabuena, aunque haya sombras. La Constitución española ha sido un éxito y la integración europea, también; no obstante, podrían dejar de serlo, como toda obra humana.

En los últimos años, en Europa parecen haber proliferado de repente (en realidad no tan de repente, y según países) las posturas anti-europeas, o euroescépticas o, al menos, desilusionadas. Si procedieran de *Brexiters*, de Le Pen, o de otros grupos de opinión comparables, poca sorpresa sería. Pero últimamente no pocos de los que expresan posturas así son gente razonable y que en algunos casos está o ha estado comprometida con la causa europea. El ruido producido por el azaroso Brexit tiende a ocultarnos que Europa tiene deficiencias arquitectónicas y problemas constitucionales pendientes que no se remediarán fácilmente aunque los británicos decidieran mañana permanecer en la Unión.

En un trabajo como éste¹, destinado a hacer balance de los procesos constitucionales español y europeo, es necesario comenzar situando las cosas en su

* Departamento de Derecho Público y Teoría del Estado. Facultade de Dereito - Avda. Dr. Ángel Echeverri, s/n. Campus sur. 15782 Santiago de Compostela. Email: acp.menaut@usc.es

¹ Este artículo, balance de varios decenios, reposa sobre otros trabajos míos anteriores, como «Después de la soberanía», *Revista de Derecho Político* 50 (2001), 55-82; «Invitación al Estudio de la Constitución de la Unión Europea», *Revista de Derecho Político* 53 (2002), 201-239; «A Plea for

lugar. Tras cuarenta años de éxito constitucional, conviene recordar que, a pesar de las muy escasas reformas constitucionales formales, el paisaje constitucional español de hoy es bastante distinto del de 1978 e incluso de 1986, año de nuestro ingreso en las Comunidades Europeas, y es distinto tanto en la esfera interior (por ejemplo: generalización de la autonomía territorial, cambios en el Tribunal Constitucional) como en la exterior, que es la que aquí nos ocupa.

Allá por 1978 se encargó a unos arquitectos constitucionales un nuevo edificio, y ellos, equipados con los últimos gritos del momento, proyectaron uno estatista, soberano, perfecto, sin fisuras: un bloque de mármol piramidal, con un ordenamiento jurídico sistemático, encabezado por la Constitución y seguido en escalones descendentes por estatutos autonómicos, leyes, reglamentos, actos administrativos y sentencias. El impecable edificio no tenía fisuras, pero sí una pequeña ventana (el art. 93) abierta a la integración europea. Además, aunque sin abandonar el estatismo ni la autosuficiencia, se abría razonablemente al Derecho Internacional en sus artículos 10.2 y 96².

Pasaron casi 40 años (que para la historia constitucional española no es poco mérito), y esa Constitución fue un éxito sin precedentes, al menos hasta ahora. Porque hoy, aquel proyecto racional y geométrico está alterado. Por unos grandes agujeros en su pared (los arts. 93 y 135) escapa a chorros la soberanía y entra una

a Compound Res Publica Europaea: Proposals for Increasing Constitutionalism Without Increasing Statism», *TECLF (Tulane European & Civil Law Forum)*, 18 (2003), 75-98; «Three Critiques of the European Constitution», *The Federal Trust* (Londres, online paper 23/04) 2004, pp. 1-10; «Los desafíos del proceso de constitucionalización de la Unión Europea a la teoría constitucional», *Dereito* 15-1 (2006), pp. 7-16; «El Tratado de Lisboa en el proceso de constitucionalización de la UE», en A. SILVEIRA (coord.), *Direito da Uniao Europeia e Transnacionalidade*, Lisboa, 2010, 43-61; *Código Constitucional de la UE*, Santiago, 2011 (con Arias, Arribas y Míguez); *Resetting the EU Constitutional Engine*, Regensburg, 2012 (con C. CANCELA OUTEDA); «Constitución de la Unión Europea y constituciones de los estados miembros», *Revista de Derecho Público* de la U. de Chile, 75 (2011, 2.º semestre), 270-286; «A Pointless Legal Revolution? Constitutional Supremacy and EU Membership in Spain, 1978-2015», *TECLF* 30 (2015), 81-124; y «Os “Defectos de Fábrica” da UE», *Grial* 212 (2016), 67-73. No los citaremos salvo que el texto lo pida. Desde hace más de veinte años el autor de esas líneas viene sosteniendo la existencia de una Constitución material europea, no codificada, fragmentaria e incompleta.

Damos las gracias a dos revisores anónimos que han formulado diversas objeciones.

² Procede recordar que el 93 está situado en el mismo cap. III (Tratados Internacionales) que el 96. ¿Suponían los constituyentes que la integración europea iba a permanecer en el terreno del Derecho Internacional tradicional, sin traspasar la frontera de lo constitucional? Es interesante hacerse estas preguntas cuarenta años después, cuando no es raro oír hablar de un embrionario gobierno mundial (el propio presidente Rajoy lo ha hecho en el Congreso de los Diputados). En cuanto al artículo 10.2, era criterio de interpretación y no fuente de nuevos derechos conceptualmente autónomos.

masa incontrolada de normas, decisiones, sentencias y, últimamente, elementos como el Pacto Fiscal, el Tratado MEDE o el «Two Pack». Ciertas alas del edificio están vacías o poco usadas y su futuro es gris (economía, derechos sociales). La autosuficiente pirámide, con su orgullosa norma suprema que no admitía nada sobre ella, según la tantas veces citada frase de Ignacio de Otto³ convive ahora con otras 27 constituciones nacionales bajo el gran paraguas de la no codificada Constitución europea. Con la crisis, para los estados de la zona euro, la Unión ya no es un paraguas; es, quizá, más bien un corsé; para los rescatados (en particular, Grecia) es tal vez un super-estado del cual el país rescatado es algo no demasiado distinto de un protectorado, y su constitución, una carta no otorgada, pero sí condicionada, en la práctica, a que no la contradigan los Tratados Europeos, el Pacto Fiscal, el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza o un *Memo-randum of Understanding*.

Sostiene Joan Garcés que para 1986 la soberanía española ya estaba virtualmente enajenada, y que algunos lo consintieron⁴, pero el común de la gente no veíamos tan dramática subordinación ni imaginábamos que el despliegue de ciertos rasgos arquitectónicos que las Comunidades Europeas ya tenían (al menos, algunos), conduciría al actual condicionamiento constitucional.

Por el principio de acción y reacción, desde los comienzos estaba la Constitución española haciendo suya esa dimensión constitucional europea (esto es: con los hechos, estaba admitiendo que parte de su poder constituyente procedía de Europa), pero en la práctica siguió pasando inadvertida durante mucho tiempo. Nosotros entendemos que mientras las constituciones nacionales sigan siendo las originarias (no las derivadas), las más democráticas y las más legítimas, su articulación con la Constitución europea planteará problemas porque no se podrá resolver simplemente con criterios como la cláusula de primacía o *lex superior derogat inferiori*. Mientras las constituciones nacionales mantengan al menos mínimamente su identidad constitucional, estaremos ante un paisaje postmoderno, pluriconstitucional, como un *continuum*, más que como una pirámide. Para articular las relaciones entre los distintos niveles constitucionales podrían ser de

³ «La positividad {jurídica} significa que lo jurídicamente posible {para el legislador estatal español} no tiene límite alguno, ni temporal, ni social, ni material. Dicho en otros términos: la positividad expresa para el ordenamiento jurídico lo que la teoría política conceptualiza como soberanía [estatal]» (DE OTTO remarcaba, así, la autosuficiencia y el estatismo. Ver su *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, 1987, p. 22; cursivas en el original).

⁴ Joan GARCÉS, *Soberanos e Intervenidos*, Madrid, 1996. Sostiene ese autor que Carlos Westendorp, Secretario de Estado para la CEE, admitía que para superar los “demonios familiares” españoles era necesario un cierto sometimiento al exterior (entrevista en *El País*. 3-IV-1994, cit. en Garcés, p. 459, n. 54).

utilidad otros criterios, como la subsidiariedad, entendida como «no haga el mayor lo que pueda hacer el menor, a menos que lo haga intolerablemente mal»; interpretar restrictivamente los poderes implícitos; formular expresamente en los Tratados el principio de primacía, pero junto con él, su estricta limitación a las competencias centrales, y con la primacía estatal en todo lo no atribuido a la Unión; reconocer en los Tratados la inviolabilidad de los núcleos duros o cláusulas pétreas de las constituciones; que las constituciones (y los altos tribunales) sean como partes alícuotas del poder constituyente de la Unión (ya sucede así *de facto* en el caso alemán); reconocer en los Tratados que las constituciones estatales forman parte de la europea (similarmente al art. 52 de la *Constitution Act 1982* canadiense⁵), y expresar en los Tratados que, a efectos de interpretación, la Constitución europea vigente en cada estado miembro debe entenderse *lato sensu* como un todo formado también por la constitución nacional respectiva.

* * *

Decíamos que tanto la Unión Europea como la Constitución española han sido notables éxitos, pero, como toda obra humana, podrían dejar de serlo. Recordaremos también que la integración europea comenzó relativamente pronto a tomar cuerpo constitucional, aunque al principio lentamente. Pero a la larga, la existencia de una dimensión constitucional europea, producirá conflictos con las constituciones de los estados miembros, así que no es de extrañar que con el tiempo la UE se haya convertido en el primer agente de transformación/reforma/mutación constitucional de sus estados, en particular, de los de la zona euro, y más en particular de los rescatados, y en especial, de Grecia. Basta leer un memorandum de uno de los rescates, o el Pacto Fiscal, o el Tratado del MEDE, para percibir el impacto sobre la constitución del estado miembro⁶. Aparte de otras cosas, el Brexit ha puesto de relieve la tensión constitucional producida por

⁵ Este muy citado artículo, mientras que en su número 1 afirma la supremacía de la Constitución federal sobre «*any law*» (sin mencionar las constituciones estatales, al revés que la Cláusula de Supremacía americana) en el 52.2 nos informa de que esa Constitución suprema incluye las leyes y órdenes (y sus enmiendas) mencionadas en un anexo, en el cual resulta que están incluidas varias de las constituciones provinciales.

⁶ Ver, p. ej. *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality* con Portugal de 17 de mayo de 2011 (accesible en internet). No solo es duro sino que detalla mucho el cumplimiento de las obligaciones que contrae Portugal. Las políticas anticrisis atraviesan no solo la soberanía sino también la integridad constitucional portuguesa. Cuando descienden a los detalles de lo que se ha de llevar a cabo, lo hacen como si la Constitución de nuestros vecinos prácticamente no estuviera en vigor.

el avance cuantitativo y cualitativo de la integración en el terreno de lo constitucional e interno (ya desde Maastricht, pero ahora más abiertamente) y la dificultad para avanzar en la integración política desde el actual tamaño y diversidad de la Unión, sumados a su actual arquitectura. Sin duda que un *Spainexit* es extremadamente improbable, pero ello no se debe a que la Constitución europea no impacte en la nuestra, sino a la actitud española ante Europa, que aún hoy sigue siendo poco crítica; tal vez demasiado si hemos de preservar la integridad constitucional española.

En un paisaje multinivel, multiconstitucional y basado en el contrato, un paisaje en que la relación entre niveles constitucionales no es de superioridad o jerarquía, los resultados finales no dependen solo del nivel superior (el europeo) sino también del inferior (el de las otras partes contratantes), y hasta, en mucho menor medida, de las partes integrantes de esas partes contratantes, como mostró Wallonia en 2016. Si eso es así, con el mismo texto constitucional de 1978, la relación Constitución española-integración europea podría haber sido diferente. Aquí nos centraremos en aquellos aspectos del constitucionalismo europeo que *rebus sic stantibus* impactan en el español.

Excursus lusitano

En este punto, Portugal justifica un *excursus*, pero no sólo por vecindad y afecto sino como caso de estudio. Es un país rescatado que al mismo tiempo, y a pesar de las varias reformas europeizantes efectuadas en su Constitución (más que en España, y ya desde hace decenios), carece de un artículo como el 135 español, ni siquiera como el 109a alemán, lo cual, indirectamente, genera más problemas para su Tribunal Constitucional, que ha llegado a considerar inconstitucionales algunas de las medidas tomadas por el legislativo y ejecutivo portugueses al ejecutar las políticas europeas anti-crisis⁷. El artículo 8 de su Constitución dice:

«1. Las normas y los principios de derecho internacional general o común forman parte integrante del derecho portugués.

2. Las normas constantes de convenciones internacionales regularmente ratificadas o aprobadas tienen vigor en el orden interno tras su publicación oficial y en cuanto vinculen internacionalmente al Estado Portugués.

3. Las normas emanadas de los órganos competentes de las organizaciones internacionales de que Portugal forme parte están en vigor directamente en el

⁷ Ver, p. ej., los *acórdãos* (sentencias) 187, 474, 602 y 862 de 2013.

orden interno, siempre que así se encuentre establecido en los respectivos tratados constitutivos.

4. Las disposiciones de los Tratados que rigen la Unión Europea y las normas emanadas de sus instituciones, en el ejercicio de sus respectivas competencias, son aplicables en el orden interno, en los términos definidos por el derecho de la Unión, respetando los principios fundamentales del Estado de Derecho democrático»⁸.

A falta de unas precauciones como las de la Constitución alemana, el número 4, con su frase final, es lo que más se aproximaría a colocar la propia Constitución, o sus principios básicos, como criterio último. (El 135 español no tiene esa modesta salvaguarda.)

Generalmente el Tribunal portugués trata estos conflictos como problemas internos (leyes y medidas portuguesas por un lado, Constitución portuguesa por el otro), prácticamente sin plantear choques entre los requerimientos de la integración europea y los de la Constitución portuguesa, a diferencia de su homónimo alemán, que repetidamente ha hecho frente a ese espinoso problema.

No obstante, mención especial merece la matizada sentencia 574/2014⁹, que precisa que el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, no forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión (por lo que no se beneficia del artículo 8.4), y aunque sea Derecho internacional recibido en el ordenamiento interno portugués, no alcanza a tener, por tanto, valor constitucional. Los jueces constitucionales lusos hablan de que «en un sistema constitucional multinivel» (fund. 12) todas las normas legislativas internas deben ser conformes con la Constitución, siendo el competente para juzgarlo el Tribunal Constitucional. Además —añaden— el Derecho europeo respeta la identidad nacional y constitucional de los estados, por lo que en ese punto no hay divergencia entre Derecho europeo y Constitución lusa, pues la igualdad, la proporcionalidad y demás principios de ese género son comunes y vinculan también a la Unión (fund. 12 *in fine*).

Siendo discutible que el Derecho comunitario haya respetado las identidades constitucionales como la española, más discutible aun es que ahora lo esté haciendo con Portugal (no mencionaremos aquí a Grecia). Con todo, y aunque suene a recordatorio de obviedades, esa advertencia del Tribunal puede operar también como un faro que envía un aviso a los navegantes que se vean en un conflicto cuando surcan el proceloso (y apasionante) mar del constitucionalismo europeo multinivel.

⁸ El número 4 fue añadido en la sexta revisión constitucional (2004).

⁹ Ver esp. fundamentos 11 a 13.

II. ALGUNOS PUNTOS DE PARTIDA

Tomemos nota de los siguientes puntos de partida.

Primero: la existencia de la Unión está plenamente justificada (sólo garantizar la paz y reconciliar a Francia y Alemania ya la justificaría), pero tiene defectos, algunos de los cuales son genéticos y por ello más difíciles de arreglar aunque lo intentara (y está por ver que lo intente; el reciente documento de la Comisión no parece hacerlo en serio¹⁰). Al desplegar la Unión Europea su dimensión constitucional, esos fallos estructurales pueden amenazar la integridad constitucional de los estados miembros.

Segundo, la arquitectura constitucional y los principios de funcionamiento de la UE fueron adecuados para las antiguas fases de mercado común y de comunidad económica (fases de naturaleza básicamente pre-constitucional), en las que la integración europea fue el éxito sin precedentes que nadie discute, pero, superadas esas fases (aproximadamente hacia Maastricht¹¹) comenzaron los problemas políticos, que siguen yendo a más, hasta hoy. En particular, la UE parece ser poco menos que incapaz de avanzar en la unión política sin grandes traumas para ella y para las constituciones nacionales. El Brexit es el primero y más dramático de los problemas de este género pero podría no ser el último.

Tercero, aunque la Unión Europea es muy joven —y más aún su dimensión constitucional— parece haber sido alcanzada e incluso sobrepasada por la globalización, con la consiguiente repercusión (a menudo no formalizada) en su Constitución y, por lo mismo, en las de sus estados miembros.

Cuarto, no olvidemos que lo que ahora llamamos «defectos estructurales», inicialmente fueron virtudes que hicieron posible la paz, la integración europea y un espectacular desarrollo económico. Pero las virtudes se habrían convertido

¹⁰ Comisión Europea, *White Paper on the Future of Europe. Reflections and Scenarios for the EU27 by 2025*, Bruselas, 1 de marzo de 2017; disponible en internet.

¹¹ Es imposible dar una fecha precisa del paso de lo pre-constitucional a lo constitucional. Las sentencias alemanas *Solange I* y *II* son de 1974 y 1986, pero en este artículo partimos de que la integración europea asume claramente una dirección política y constitucional hacia principios de los 90 (Tratado de Maastricht, 1992; sentencia alemana sobre él, que fue casi un tratado de Derecho constitucional europeo, 1993). No ignoramos que el comienzo de una dimensión constitucional ya fue detectada tempranamente por Eric Stein en 1981 («Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution», *American Journal of International Law* 75 (1981), pp. 1-27, a lo que Joseph WEILER llamó «la casa que construyó Eric» («The Reform of European Constitutionalism», *Journal of Common Market Studies* 35 (1997), 97-131, p. 101). Debe precisarse que Stein hablaba, más que de una constitución formal, de un *constitutional framework*. Es *conventional wisdom* que el Tratado de Maastricht supuso un parteaguas y un “acelerador de constitucionalidad”.

en defectos al no cambiar las élites gobernantes su forma de gobernar, a pesar de que la Unión de hoy sea de naturaleza mucho más política y constitucional, que en 1960 o 1980. Nadie se puede escandalizar porque Europa, en sus primeras fases, no tuviera como máxima preocupación el respeto por las constituciones de sus miembros, pero no es menos cierto que cuando, hacia la época de Maastricht, en su viaje a la integración enfoca decididamente la ruta constitucional, no se puede seguir manteniendo la anterior actitud.

III. DE NUEVO SOBRE EL FEDERALISMO

El cuarto de esos puntos nos conduce a otra puerta (innecesario subrayar que partimos de que la integración europea es un caso de federalismo, aunque imperfecto, parcial y todavía *in fieri*).

La Unión no inició su vida por un procedimiento abiertamente político y federal, como los Estados Unidos en 1787 —de haberlo intentado, habría fracasado—, pero aquel método funcionalista que posibilitó la integración, hoy es una fuente de problemas constitucionales. No hay nada raro en que una comunidad política nazca bajo unos procedimientos pero después, al crecer, pase a otros. Para Maquiavelo, los procedimientos para fundar una república no serían los mismos que después para conservarla, y por eso escribió *El Príncipe* y los *Discursos*. La lección es que al avanzar en la integración europea y pisar terreno abiertamente constitucional, al tener que gestionar una comunidad política de comunidades políticas, una constitución de constituciones (por así decirlo), no tiene sentido continuar con el anterior método. Ahora, en mi opinión, deberíamos aproximarnos hacia unos Estados Federados de Europa¹² pero de matriz más bien norteamericana.

¿Estados Unidos de Europa, se preguntarán algunos, suponiendo con ello una Unión demasiado centralizada? Muchos españoles creen que «federalismo», para España, implicaría poco menos que ruptura, mientras que para Europa sería poco menos que centralización (si bien no todos la rechazan). Sí, pero unos Estados Unidos de Europa que garantizaran la integridad constitucional de sus estados miembros; unos Estados Unidos de Europa que, puesto que tienen ahora unos sesenta años de edad, tendrían poderes similares a los de los Estados Unidos de América a esa edad¹³. Un presidente, un ejército y una acción exterior

¹² Reconozco la inspiración de Guy VERHOFSTADT, *Los Estados Unidos de Europa*, Santiago, 2006, trad. de D. Blanch-AC Pereira Menaut.

¹³ Ese paralelismo es forzado y sería inviable en el siglo XXI. Tratamos solo de ilustrar la idea de enfocar la integración europea de una forma más americana.

con poderes claros y efectivos, pero, en lo interior, una Unión Europea relativamente débil y sin planes de centralización ni uniformización (que, por otra parte, vendrán solas; por eso no hay que buscarlas sino contrarrestarlas). No piense el lector que la escasa centralización americana en 1850, e incluso en 1880 (esto es, ya después de la Guerra de Secesión) no tenía mérito, o que el resto de las comunidades políticas eran más o menos así. Hacia 1880, tras cien años de independencia, los Estados Unidos no tenían Reserva Federal, no tenían plan de estudios centralizado, ningún programa como nuestro Erasmus entre los distintos estados, ni nada comparable a nuestro Plan Bolonia, ningún poder sobre las universidades, sobre los colegios profesionales; muy poca capacidad recaudatoria, muy pocos funcionarios públicos, ningún plan radial de comunicaciones, ninguna concentración de poder económico en Washington, y un control realmente escaso sobre la sociedad civil. España, aunque entonces era un estado débil y mal consolidado, tenía una Ley de Instrucción Pública desde 1857 (la famosa Ley Moyano, que duraría hasta 1970) y un cuerpo de funcionarios no pequeño. Francia tenía bajo control efectivo toda la educación de su territorio, desde la Sorbona hasta las escuelas primarias de aldea, se enorgullecía de tener cientos de miles de funcionarios públicos, y en ella no existían estados miembros ni regiones autogobernadas, y los entes locales tampoco tenían autogobierno.

Pero no es cuestión solo de la cantidad de competencias del gobierno central de esos Estados Unidos de Europa, sino del esquema de las relaciones interiores. La Constitución norteamericana marca un límite o techo completamente infranqueable para los estados miembros, pero en lo demás les dejaba (e incluso les deja hoy) mucha libertad. La UE, en cambio, es débil donde debería ser fuerte (defensa, inmigración) pero fuerte y excesivamente controladora donde debería ser débil.

Y una Unión que tuviera poderes efectivos e importantes, pero en pocos campos, ¿no sería menos competitiva que China o los Estados Unidos? Tal vez no lo podemos saber. Pero sabemos que el Derecho constitucional no se inventó para garantizar la competitividad ni la eficiencia (aunque muchas democracias constitucionales, y señaladamente los Estados Unidos, han sido ricas, innovadoras y competitivas).

El constitucionalismo en general, y con él la Constitución de 1978, nacieron porque la libertad, la democracia, el constitucionalismo, la sumisión del poder al Derecho y los derechos y libertades constitucionales no se pueden dar por supuestos más que en aquellos pocos países donde forman parte de su historia (y, últimamente, tal vez ni siquiera en esos). La Ilustración allanó el camino al constitucionalismo europeo continental, pero también hacia la racionalización,

la planificación, la uniformidad y el actual furor reglamentador. Y Europa continental es hija de la Ilustración, para bien y para mal.

Cuando la audaz aventura de la integración europea arrancaba, la preocupación principal, muy lógicamente, no era la libertad política ni la integridad de los estados miembros. Y ello no solo porque, a diferencia de España o Portugal, las Comunidades Europeas no estaban saliendo de unas dictaduras centralistas, sino porque estaban en la fase de crear una comunidad política con su correspondiente poder, y no en la fase de limitar al poder. Pero aquella mentalidad sigue relativamente viva hoy, cuando hace tiempo que la Unión tiene considerables poderes (más los nada despreciables poderes implícitos). Y tiene cierta razón de ser así, porque la comunidad política europea, aunque capaz —por ejemplo— de dejar a Grecia en una mera apariencia de soberanía, sigue siendo desequilibrada, débil y necesitada de mayor cohesión en otros aspectos. Estos defectos congénitos de la arquitectura de la Unión no han sido corregidos por el Tratado de Lisboa (ni era fácil que los corrigiera) y para nosotros ahora tienen el gran interés de ayudarnos a comprender cómo la progresiva integración europea, y en particular su constitucionalización, pueden chocar con la Constitución española y, en algunos puntos, ya han chocado. Sostenemos también que, vistas las escasas posibilidades de cambiar la arquitectura constitucional europea e incluso, simplemente, sus modos de hacer las cosas, posiblemente tendremos más problemas constitucionales a corto y medio plazo. Es natural haber comenzado la integración con el exitoso método Monnet, u otro equivalente, pero no es razonable mantenerlo cuando su abuso puede dejarnos en manos de tecnócratas no representativos, y cuando algunas —no pocas— de las competencias nacionales importantes están convertidas en carcasas semi-vacías o de mera ejecución delegada.

IV. ¿DEFECTOS ESTRUCTURALES EN EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO?

Comentaremos a continuación un puñado de esos defectos arquitectónicos que, aunque en su momento fueron aciertos, a la larga no podían dejar de impactar en las constituciones nacionales, como así ha ocurrido. La Unión, tal como la conocemos ahora, no fue encargada a un único grupo de arquitectos en un tiempo determinado (a diferencia de la Constitución española), pero es notable que varios de aquellos rasgos sigan mostrando notable persistencia. Tocaremos cuatro puntos.

A. *Constitucionalismo y método funcionalista*

Que el método funcionalista o «método Monnet» y el constitucionalismo obedezcan a distintas dinámicas, en principio no plantea ningún problema insalvable, mientras el primero no esté tan grabado en la genética de la UE que dificulte la corrección de los actuales errores. Pero, siendo las cosas como son, la UE no podrá fácilmente dejar de regular, homogeneizar, y centralizar, pues aquello que Bruselas regula, queda *eo ipso* centralizado.

Que la Unión regula demasiado, y demasiadas cosas, y con demasiado detalle, no es novedoso. Es como si no tuviera otra manera de hacer las cosas¹⁴. Pero su intenso *micromanagement* coexiste con la falta de competencias, o la falta de ejercicio de ellas, en cuestiones clave. Se regulan los litros de leche, pero en el problema de los refugiados no hay una política europea efectiva (las cuotas pueden no respetarse, unos estados miembros levantan vallas, unos dan asilo y otros expulsan...). No es necesario recordar que respecto de las graves cuestiones de Siria y Ucrania, las políticas de la UE han estado, como poco, desnortadas. Y la ausencia de orientación política no se arreglará dándole más competencias a Bruselas sin previamente decidir cómo queremos que sea la comunidad política llamada Unión Europea y su constitución.

Relacionado con el método funcionalista (regulación de cosas y actividades concretas) está otro típico *modus operandi* de la Unión: las competencias horizontales y transversales, del tipo de «en todas las acciones (sean las que sean, por tanto) se mantendrá» la igualdad hombre-mujer, o un alto nivel de sanidad, u otro objetivo, tal vez razonable, en principio¹⁵. Por eso decíamos que Bruselas

¹⁴ Ejemplo: la inmoderada regulación de minucias agrícolas y ganaderas con criterios de sanidad, mercado único, medio ambiente o bienestar animal, impide combatir el desempleo volviendo a trabajar en el campo, y contribuye a que los jóvenes de origen rural huyan masivamente del campo. En Galicia y Portugal, la Unión, indirectamente, ha contribuido a la despoblación rural, la cual a su vez contribuye al descuido de los montes y la propagación del eucalipto (pues apenas necesita cuidados), y a su vez el abuso del eucalipto deteriora la tierra, empobrece la fauna y hace más probables los incendios forestales, como se comprobó, trágicamente, en Portugal y en Galicia en 2017. En mucho menos que la vida de un hombre, un proyecto tecnocrático-rationalista ha mudado, indirectamente, hasta el paisaje.

¹⁵ En los Tratados abundan las cláusulas redactadas así: ver, por ejemplo, artículos 19 o 168.1 del TFUE. Con esa manera de redactar, la Unión Europea viene a adquirir un título competencial indirecto sobre condiciones del transporte de gallinas, higiene en el trabajo u orientación sexual (que parece haber abrazado últimamente), con independencia de los artículos 2-6 del TFUE (los dedicados a competencias), que son de alcance razonable y tienen una redacción clara. Aparte de esa forma de redactar, otros artículos del TFUE también tienden a ampliar las competencias centrales, como el famoso 352 (auto-atribución de competencias en ciertos casos y con ciertos requisitos) y los artículos 114 y 115 (mercado interior). Sobre el rompecabezas de las competencias

«centraliza lo que toca». Un reparto de competencias del tipo tradicional, que diga que la educación, o la pesca, son de la competencia de tal o cual nivel de gobierno, no tiene ninguna posibilidad de impedir su penetración por ese tipo de cláusulas transversales. La balanza del reparto de competencias se inclina casi siempre hacia el mismo lado, porque lo repartido no son materias o instituciones con límites discernibles (y que por ello admitirían un reparto relativamente claro), sino objetivos y metas expandibles hasta donde el intérprete quiera (salud, seguridad en el trabajo, igualdad, etc.). Tomemos la igualdad: como las desigualdades injustas nunca desaparecerán del todo a este lado de la eternidad, la lucha contra *toda* desigualdad siempre admitirá una nueva vuelta de tuerca, tal vez hasta desembocar en un perfeccionismo intolerante de ámbito continental.

El método funcionalista, especializado en lo concreto y cotidiano, detecta todo posible fallo o incorrección, por escondido que esté en los intersticios de las distintas actividades sociales. Siendo una variante de la tecnocracia, centrada en regular cosas concretas con la mayor eficiencia posible, tiende a no cuestionarse los aspectos constitucionales. Cada cosa regulada, aunque sea poco o nada relevante para el gran objetivo de la integración europea, tiende a quedar centralizada y uniformada. Como toda tecnocracia, dificulta afrontar los grandes problemas políticos, pero funcionó tan bien durante las primeras décadas que echó raíces. De esta manera, Bruselas está cómoda con la rutina y la administración técnica, pero ante los grandes problemas, su reacción natural es absorber una nueva competencia y dar otra vuelta a la misma tuerca. Es como si la Unión no fuese capaz de abandonar esa manera de actuar. En el fondo, nada realmente nuevo: bajo el Franquismo, los tecnócratas produjeron gran desarrollo económico, pero al fallecer Franco, y ante una tarea de la envergadura de un cambio de régimen y la elaboración de una constitución, no tenían mucho que ofrecer, ni siquiera para salvar el régimen bajo el que trabajaban. Históricamente, el método Monnet es lo más distinto de la formación de los Estados Unidos (un comienzo abiertamente político con una constitución clara y corta), que por una parte son el líder del mundo, mientras que por la otra su gobierno central carece de poder sobre muchas cosas del gobierno interior de los estados miembros.

europas, incluso tras el Tratado de Lisboa, ver Fernando MARTÍNEZ ARRIBAS, «El sistema de competencias de la UE previsto por el Tratado de Lisboa», en PEREIRA MENAUT, *Código Constitucional...*, cit., pp. 83-109. El MEDE y el Pacto Fiscal, aunque no formen parte de los Tratados europeos, también representan ampliaciones prácticas de las competencias, añadiendo un grado más de complicación al mapa competencial.

B. *El impacto de la deficiente democracia europea en el constitucionalismo español*

La realidad es que el déficit democrático no es nuevo, no tiene fácil arreglo y... no es, en principio, demasiado relevante. Los arquitectos europeos no buscaron una democracia; buscaron la paz y el desarrollo económico, pero preferían trabajar en la sombra y sin las molestias de la democracia. Ésta, además, no es posible en grandes tamaños. Lo realmente relevante es que la Unión Europea podría ser liberal¹⁶, podía no adoptar políticas antidemocráticas y, aún menos, anti-populares, así como podía respetar más la integridad constitucional de sus miembros. En la UE, hasta hace poco, no había mucha concentración de poder ni capacidad de imposición unilateral (mucho menos que en el seno de los estados miembros); ahora, las dos crecen rápido. Otros aspectos del liberalismo político que nunca se desarrollaron mucho fueron la *accountability* y la sumisión al *rule of law*, aunque Bruselas se aplique a someter a los demás al Derecho comunitario.

No menos relevante desde el punto de vista constitucional y democrático es, además, que la Unión proyecte su falta de democracia en el interior de los estados miembros, como sucedió en 2011, cuando cesaron los primeros ministros italiano y griego y fueron reemplazados por tecnócratas bien vistos por Bruselas. Añadiremos una cosa bien notable que ya señaló Peter Mair hace tiempo: la carencia de una oposición y, por lo mismo, de la típica dialéctica gobierno-oposición¹⁷ que es como la respiración de la democracia constitucional.

La tecnocracia funcionalista —por definición no democrática— ha estado en la integración europea desde siempre; la inexistencia de la dialéctica gobierno-oposición, también, pero el autoritarismo e incluso —últimamente— la imposición sin importar las constituciones estatales, bastante abiertamente en algún caso, son nuevos. Vista la forma que tiene la Unión de responder a los desafíos que se le plantean, cabe preguntarse si existe el riesgo de que esos vicios políticos estén aquí para quedarse. Que la integración europea sea un proyecto elitista tampoco es nuevo ni implica una descalificación radical, pues muchos proyectos políticos nacieron elitistas; lo que no es razonable es que con el tiempo se hagan más elitistas, incluso antipopulares. La Unión nunca fue democrática —decíamos— pero al combatir la crisis económica de la forma que lo ha hecho da un paso más e inyecta planteamientos antidemocráticos en el interior de la vida constitucional de los estados miembros, al obligarlos a seguir ciertas políticas

¹⁶ Con liberalismo político; dejamos ahora los espinosos liberalismos económico y ético, que han probado recientemente su compatibilidad con la involución autocrática.

¹⁷ MAIR, Peter. *Ruling the Void. The Hollowing of Western Democracy*. Londres, 2013.

sin haber sido sus gobernantes votados para eso, o tal vez habiendo sido votados contra eso, como en Grecia. Mencionaremos tres aspectos.

1. La UE, cuando enfiló decididamente la ruta política y constitucional, aproximadamente en los 90, comenzó a desarrollar planteamientos no democráticos o incluso antidemocráticos: forzar la repetición del referéndum en Dinamarca e Irlanda, hurtar el Tratado de Lisboa a la discusión popular, y demás; para no mencionar el secretismo con que se rodeó al Pacto Fiscal y al MEDE aunque implicasen mutaciones en la constitución europea y en las nacionales.

2. Con esa mutación constitucional causada por la crisis, la corriente no-popular y no-democrática llega a ser antipopular y antidemocrática en el indisoluble maltrato al primer ministro de Grecia en el Consejo Europeo de julio de 2015, momento en el que Grecia pareció dejar de ser tratada como un estado independiente y soberano, y a quien en adelante se le *imponen* no pocas políticas. Con la crisis, la Unión ya no pretende ser como una cooperativa, horizontal e igualitaria, sino que se está haciendo jerárquica, vertical e impositiva, especialmente en la zona del euro, y más en los países en apuros económicos.

3. Lo último merece comentario aparte, por implicar una seria inversión democrática. Pues, en efecto, diga lo que diga nuestra Constitución, nuestros representantes se convierten en los ejecutores de su voluntad, cada uno ocupando un lugar en una cadena de mando fáctica. Votamos al presidente estatal o autonómico, pero en la práctica ellos seguirán las políticas que apruebe Bruselas (ej.: objetivos de déficit), o sea que, si llega el caso, quizás lleguen a gobernar contra nosotros; por ejemplo, ejecutando un castigo o corrección decidido fuera de nuestro país. Votamos a los diputados en las Cortes para que aprueben un presupuesto tal vez antipopular, supervisado a dos mil kilómetros de aquí y con unos objetivos distintos, tal vez incluso contrarios, a los del electorado español. Así, las elecciones irían camino de convertirse en una condición formal de validez más que en un impulso político del electorado.

Es inevitable que a veces no coincidan el interés público europeo y el de cada estado (como sucede también dentro de España), y por eso existen dos, o más, niveles de gobierno, cada uno encargado de defender el suyo, y es extremadamente improbable que quienes definen el interés público europeo incorporen en equilibrada y perfecta síntesis todos los intereses públicos nacionales, que los traten a todos con idéntico respeto y en pie de completa igualdad.

Los gobernantes nacionales cuando imponen políticas quizá anticonstitucionales y contrarias al interés público de su país (por ejemplo, por aumentar el desempleo), suelen alegar que su estado debe cumplir los compromisos contraídos. Razonan como si ellos, o los parlamentos que les respaldan, tuvieran capa-

cidad jurídica para contraer compromisos anticonstitucionales, enajenar lo que no es suyo (como la constitución, o la riqueza y bienestar de las personas) o generar en su pueblo una obligación jurídica y moral de someterse a unas lejanas políticas que aumentarán la pobreza o la desigualdad¹⁸. Si los compromisos europeos contraídos por un gobierno nacional son tan sagrados, terminarán volviendo innecesarias las elecciones, pues, aunque las gane un partido contrario a esos compromisos, no podrá sino cumplir aquello a lo que su país se ha comprometido (idea expresada repetidamente por diversos miembros de las élites europeas). Así que a veces los políticos españoles parecen más pendientes de los demás líderes europeos que de sus votantes, y algunos parecen dar un paso más y en la práctica gobiernan casi como si su poder les viniera de la UE o del Fondo Monetario Internacional (ante quien, informal pero efectivamente, rinden cuentas).

Lo que estamos comentando representaría un cambio importante. El gobernante recibe su mandato del votante local, pero responde ante Europa por la ejecución de las políticas de Bruselas. Esto está también relacionado con las diferentes maneras profundas de concebir la política.

Veamos. Desde el origen de los tiempos se suponía que la potestad pública debía ser un servicio a aquellos sobre los que se ejercía (de ahí *salus populi suprema lex*, etc, expresando esa antiquísima idea del poder como servicio). Con Maquiavelo, la política se hizo cratología, el arte de obtener y mantener el poder como sea. Ahora, con la política concebida como gestión técnico-financiera, la potestad se convierte en un servicio a los objetivos de déficit y deuda¹⁹; su objetivo ya no es *salus populi suprema lex* sino *salus Eurozonae* (o quizás salvación de los bancos),

¹⁸ La sentencia lusa 353/2012 menciona los memorandos firmados por Portugal, el reglamento del Consejo de la UE 407/2010 (que establece el MEEF), el artículo 122.2 del TFUE y el 8 de su Constitución, y se contenta con la conformidad formal con su Constitución. Otra, la citada 574/2014, menciona los compromisos del estado portugués y no los pone en cuestión, aun consciente de ser un tema problemático (fund. 13 *in fine*). Es evidente que *rebus sic stantibus* la Constitución lusa ha quedado seriamente condicionada por esos memorandos. El argumento de que los gobernantes nacionales no pueden haber dado válidamente lo que no es suyo, por correctas que hayan sido las formas, lo desarrolla brillantemente Stith polemizando con Weiler, en Richard Stith-Joseph Weiler, *Dos Visiones Norteamericanas de la Jurisdicción de la Unión Europea*, Santiago, 2000.

¹⁹ Recuérdese el nuevo artículo 135 de la Constitución española: «2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos [...] por la UE [...] 3. [...] Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta». Es contrario al art. 10.1, a la cláusula genérica del Estado Social (art. 1.1), a los derechos sociales (arts. 30 y ss.) y a la autonomía de las comunidades autónomas (art. 2), de las entidades locales y de las universidades públicas (art. 27). Si quienes creen en el estado creen en quienes gobiernan el estado (Chesterton), podría ser que quienes sirven a la economía estén sirviendo a quienes gobiernan la economía.

suprema lex. Votamos en las elecciones pero la UE puede vetar el programa electoral que elijamos (así, Irlanda, Grecia, Portugal), o imponer *a posteriori* unos ajustes para el déficit que convertirán a nuestros electos en nuestros guardianes. Para los parlamentos nacionales, el hecho de que los presupuestos —cuyo control está vinculado al corazón del constitucionalismo desde siempre— hayan de pasar antes por Bruselas, no puede dejar de representar un serio impacto. La llamada *cum grano salis* «rebelión de las élites» puede ayudarnos a comprender estos problemas (a no ser que los ruidosos populismos reviertan el sentido de la marcha en una dirección tal vez desorientada).

Debe notarse, por último, que, al combatir la crisis, también están despuntando algunas políticas que implican negar el *Rule of Law* o sumisión del poder al derecho; por ejemplo, los ya célebres artículos 32-37 del Tratado del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), comparables al conocido Edicto de Saint Germain en el que el rey absoluto, entonces Luis XIII, se auto-eximía, a él y a todos sus servidores, de someterse al derecho común y a los jueces comunes. Véanse los artículos del MEDE:

«Artículo 32: [...] 3. El MEDE, sus bienes, sus recursos financieros y sus activos, [...] gozarán de inmunidad frente a cualquier forma de procedimiento judicial [...] 4. Los bienes, los recursos financieros y los activos del MEDE, [...] no podrán ser objeto de investigación, requisa, confiscación, expropiación o cualquier otra forma de embargo, incautación o ejecución resultante de una acción ejecutiva, judicial, administrativa o legislativa. 5. Los archivos del MEDE [...] serán inviolables. 6. Los locales del MEDE serán inviolables. [...]

Artículo 35: Inmunidad de las personas. 1. [...] el presidente del Consejo de Gobernadores [y los demás directivos y personal del MEDE] gozarán de inmunidad de jurisdicción [...] y disfrutarán de inviolabilidad de todos sus escritos y documentos oficiales.

Artículo 36: Inmunidad fiscal...»

Y véase el famoso Edicto absolutista:

Se imponen a los tribunales «muy expresas inhibiciones y prohibiciones de tomar conocimiento alguno de los asuntos y procesos de los que su Majestad hubiere retenido y reservado el juicio para sí, y para su Consejo, so pena de incurrir en su indignación» (Edicto de Saint Germain de 1641, dictado por Luis XIII y reforzado por Luis XIV en 1661).

C. *¿Es la UE una comunidad política pluralista, multinivel y compuesta de comunidades políticas menores?*

Hemos visto que aun siendo Portugal un país particularmente centralista, su Tribunal Constitucional ha hablado de «un sistema constitucional multinivel», lo que solo puede decirse con propiedad si los niveles inferiores están formados por algo más que unidades administrativas, por descentralizadas que estén. Esto nos lleva a preguntarnos qué clase de comunidad política es realmente la Unión Europea

Por un lado, los tipos principales de arquitecturas políticas no son demasiados; por otro, se nos dice con frecuencia que la Unión no tiene precedentes y es completamente nueva, lo cual no tiene mucha justificación fuera de las comprensibles declaraciones de políticos y encargados de comunicación. Está claro que no es un estado, aunque últimamente está presentando un moderado pero creciente número de rasgos estatistas (que suministran munición a los diversos euroescepticismos y al Tribunal Constitucional alemán). Conserva todavía (tal vez para siempre) importantes aspectos jurídico-internacionales, y al mismo tiempo presenta rasgos «imperiales»²⁰, confederales y federales (los que más nos interesan aquí y los que más crecen a expensas de los otros). Lo importante es que tanto los imperios como las confederaciones o las federaciones son comunidades políticas *composées*, pluralistas, multinivel, y formadas a su vez por pequeñas comunidades políticas, no por meras unidades administrativas o de planificación.

Nuestra pregunta se responde mejor teniendo presente el contra-ejemplo más importante: los Estados Unidos. Nacieron gobernando comunidades políticas menores, con sus respectivas constituciones y gobiernos y, al principio, apenas gobernaba Washington directamente a los ciudadanos, que se relacionaban muy poco o nada con el poder central (con el tiempo, cada vez más, sobre todo con presidentes intervencionistas como Obama).

²⁰ Solo en un sentido muy amplio, aunque no enteramente incorrecto, procede aquí la palabra imperio. La conocida ingeniosidad que sostiene que la UE es la versión actual del Sacro Imperio Romano Germánico —si bien ya no sacro ni romano—, tiene solo parte de razón. Además, la existencia del imperio americano y la incapacidad defensiva de la Unión Europea, sugieren unos imperios sectorializados que se solapan. Así, nosotros estaríamos bajo un imperio militar norteamericano, otro económico, alemán; otro cultural, de Hollywood, el de las comunicaciones, que es de Google, e incluso la ONU estaría últimamente intentando jugar un cierto papel imperial, pero no tanto en cuanto a la paz o las migraciones como, p. ej., en el rediseño de los derechos universales. El neomarxista, biopolítico y postmoderno *Imperio* (Michael Hardt y Antonio Negri, Barcelona, 2005; originalmente, *Empire*, 2000) tiene agudas aunque descomedidas observaciones sobre el paso al nuevo imperio.

Esto ayuda a comprender lo que sucede a las constituciones de nuestros estados miembros europeos. Mientras la Unión Europea sea «una comunidad política de comunidades políticas», gobernará sobre todo a los estados, dejando a éstos el gobierno de sus ciudadanos y, en general, el amplio capítulo del *micromanagement*. Pero en parte precisamente por el método funcionalista, que actúa muy por lo menudo, la UE ya no gobierna solo estados. Al regular detalladamente diversos sectores de la economía y actividades profesionales, regula lo que hacen las personas que trabajan en ellos; al operar con normas y objetivos transversales que atraviesan todo, y al dedicarse tanto al *micromanagement*, la Unión prohíbe u ordena cosas reales y cotidianas a las personas concretas: no destilar aguardiente, recoger los berberechos de determinada talla, y así sucesivamente; muchas veces, cosas razonables; otras, no tanto, pero a menudo negativas para el peso específico de la Constitución española.

Últimamente Bruselas, además de los terrenos más técnicos, ya toma partido en las «guerras culturales» (como los últimos presidentes americanos). Al asumir la promoción de conflictivos bio-derechos y derechos de última generación (temas delicados, generalmente de competencia estatal, y en los que los Tratados europeos no prevenían entrar), que afectan a ámbitos profundos de lo humano (modelos de matrimonio, cuestiones LGBT), terminaría por dibujar el «negativo» de un modelo antropológico europeo. La propia Carta de Derechos Fundamentales, aunque no muy innovadora por el fondo ni por los derechos que realmente protege²¹, habla poco de libertades políticas y no diseña un modelo político, pero no deja de reflejar algunos grandes rasgos de ese modelo antropológico europeo básico. Resultado: la Unión va mucho más allá de colocar un nuevo nivel constitucional sobre los anteriores, así que las constituciones de los estados miembros no pueden dejar de resentirse. La integración europea no nació con una finalidad antropológica sino económica y política; no es su misión crear una cultura europea ni un tipo humano europeo, que ya existen y son muy anteriores a ella. Hay que recordar que la creación o modificación de un tipo antropológico, aunque ya la estén haciendo muchos poderes públicos hoy en día, no se puede efectuar en poco tiempo si no es de una manera forzada y rozando, en algunos aspectos (alterar *the hearts and minds* de la gente), el totalitarismo.

Así que, tanto por el funcionalismo, como por los valores²², como por los «nuevos derechos» de la personalidad, como por el insuficiente respeto a las

²¹ Cfr. artículo 51 y ss.

²² Artículo 2 del TUE: «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, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los

constituciones de los estados, la UE ahora no gobierna solo comunidades políticas menores sino directamente actividades humanas, e indirectamente, a los hombres y las mujeres que las llevamos a cabo, y que formamos los *demoi* de esas constituciones. De seguir por ese camino, tendería a uniformar a las personas (si bien no siempre ni en todos los estados por igual), diluiría o debilitaría las comunidades políticas (tampoco a todas por igual) e incluso las culturas, el folklore y las formas de vida (desaparición de oficios populares o espontáneos; cambios hasta en el paisaje y la fauna). Y como los valores, por definición, una vez proclamados no entienden de fronteras ni escalones constitucionales, juegan aquí un papel especial (añádase que la UE los ha tomado como misionera²³). El cáustico John Gray habla de un «tipo de imperialismo liberal basado en los derechos humanos» (a propósito de la intervención americana en Irak) y de que en los últimos veinte años Occidente ha estado exportando los valores liberales²⁴.

Acabamos de señalar que ese papel uniformador no es siempre idéntico. Efectivamente, pues la actitud de las otras partes pactantes no es siempre la misma. No todos defienden su «integridad constitucional» por igual. Y no se piense solo en el Tribunal de Karlsruhe; he ahí al parlamento regional de Wallonia bloqueando por un tiempo el acuerdo de libre comercio con Canadá (octubre de 2016): estas grandes cosas, de dimensión continental, también dependen de los pequeños, incluso de los muy pequeños, y de cuánto aprecien su identidad constitucional.

En todo caso, solo podremos hablar con propiedad de «*constitucionalismo multinivel*» si las constituciones de los niveles medios y bajos no dejan de ser verdaderas constituciones, avance lo que avance la integración. El fenómeno no es tan raro, pues la UE está lejos de ser el primer caso de integración en la historia. Una gobernación multinivel deja de ser multinivel cuando lo más importante que hacen los niveles medios y bajos es ejecutar lo decidido en la cúspide. Para que el esquema sea realmente multinivel, el gobierno de cada escalón tiene que gobernar conforme a la constitución de ese nivel y gobernar no solo pero ante todo, para nosotros, el pueblo —*we, the people*—, la gente, de ese nivel. Las constituciones estatales no pueden convertirse prácticamente en una especie de super-estatutos de autonomía, aplicables solo mientras no contradigan al Pacto Fiscal o, en los países rescatados, al correspondiente *Memorandum*. Las *politeiai* medias e inferiores, así como sus magnas cartas, no justifican su existencia por

Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

²³ TUE, artículo 3 [...] 5: «En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores».

²⁴ *Misa Negra*. Barcelona, 2007, pp. 217 e 257.

hacer de correa de transmisión de las más altas, sino por servir y representar cada una a su respectivo *demos*, sin excluir una eventual resistencia contra los niveles superiores en caso de conflicto entre constituciones (el Tribunal de Karlsruhe es fuente de inspiración en este punto).

Caeteris paribus, el tamaño importa. Cuanto mayor y más alta es la esfera de poder donde se toman las decisiones, si adopta una política injusta o errada —y ambas han abundado durante esta crisis—, mayor y más difícil de corregir será el daño. Tarde o temprano, todo gobierno tomará decisiones injustas o erradas, y la experiencia sugiere que para reducir su impacto, deberíamos ser gobernados por una pluralidad de gobiernos, por imperfectos que sean, sometidos ante todo a sus propias constituciones, y actuando como frenos y contrapesos los unos para los otros. Es muy importante que la Unión no trate a cualquier precio de eliminar toda imperfección, toda incorrección, todo riesgo ni toda inseguridad, pues en el nivel teórico esa pretensión también tiene algo de totalitario, y en el práctico, el gobernante perseguidor de la imperfección al fin y al cabo nunca dejará de ser una persona y tal vez no exenta de toda corrupción.

D. *Globalización, constitucionalismo europeo y constitucionalismo español*

He aquí un problema que no se debe estrictamente a la arquitectura original de la integración, pero relacionado con ella y que crece últimamente.

Primero, la globalización no es un dogma del constitucionalismo. Tampoco es un destino fatal ni una meta situada más allá de toda discusión y ante la cual un demócrata deba rendirse de antemano. Como todo, tiene aspectos buenos, regulares y malos. Segundo, ni el constitucionalismo europeo ni el español son *a priori* incompatibles con la idea de la globalización ni con esta globalización en concreto (que, además, dista de ser la primera²⁵). Estamos ante un problema de articular y acomodar sin uniformar, lo cual, para algunas culturas políticas y formas de gobernar, puede resultar difícil. Si por un lado partimos, como condición previa, de mantener la integridad constitucional de las partes pactantes, y si por otro los poderes superiores no cesan de crecer en objetivos y competen-

²⁵ Innecesario recordar que Roma se veía a sí misma como un caso de lo que hoy llamamos globalización. Los emperadores se consideraban titulares del *imperium totius orbis* o gobernantes «de la *ecumene*». El galaico-romano Paulo Orosio, coetáneo de Agustín de Hipona, escribió: «En todas partes es mi patria, en todas partes mi Derecho y mi religión... [soy] un romano entre romanos, un cristiano entre cristianos, un hombre entre los hombres» (*Historiae adversus Paganos*, 5.2.1, 5.2.5). Pero bajo Roma, como bajo los otros imperios mencionados, la supervivencia de lo local no corría peligro, cosa que no puede asegurarse hoy.

cias, esa acomodación resultará conflictiva. El problema era menor en los imperios romano, medieval o británico porque no tenían que combatir el terrorismo global ni las enfermedades globales (y eso no era mérito suyo), pero ellos, por su parte, tampoco se preocupaban de formular un modelo antropológico global, ni aspiraban a regular ni uniformar todo, que es la *forma mentis* del tecnócrata europeo medio. *Nihil humanum a me alienum esse puto*, podría decir la Unión hoy.

Algunas personas parecen suponer que la integración europea y la globalización son como fases de un mismo impulso o movimiento, como si la integración europea condujera necesariamente a una integración mundial y nunca hubiese de chocar con ella. La realidad es que no hay una armonía preestablecida entre la integración europea y la globalización, el gobierno mundial o la posible constitución mundial; ni siquiera hay tal armonía entre, por ejemplo, California y Washington, y los americanos lo saben: para eso es el federalismo. No hubo ninguna armonía preestablecida entre las integraciones nacionales, que produjeron los estados-nación, y la posterior integración europea (todo lo contrario), y no se puede descartar que la nueva comunidad política europea obligue quizás a poner frenos o condiciones a la globalización.

El Derecho romano y el *common law* no parten de la armonía sino del conflicto, y a continuación buscan cómo arreglarlo; nuestro Derecho, en cambio, parte de que una buena ley (o constitución, o tratado) prevendrá los conflictos; idea ya presente en la Ilustración. En realidad, es virtualmente imposible definir un bien público universal (excepto lo muy básico) cuya ejecución no perjudique a nadie. Por tanto, de cuando en cuando habrá conflictos como los hay dentro de la UE o de España. Y tampoco será fácil garantizar que un gobernante mundial —un Señor del Mundo, como diría Benson— lo busque sinceramente. Por ello, a veces la Unión tendrá que defender su constitución, sus estados miembros, sus ciudadanos y sus constituciones nacionales. En ese escenario de *one world*, que suena como los *Catorce Puntos* de Wilson de 1918, la ley de hierro de las oligarquías no dejará de cumplirse, y esos gobiernos continentales o mundiales no siempre buscarán el interés general, igual que en España o en Europa, y no estarán libres de caer un día en manos de gobernantes autoritarios o corruptos. Y si las constituciones son necesarias en un mundo no globalizado porque son garantías de libertad y frenos al poder, todavía podrían resultar más necesarias ante un poder global.

¿Está siendo la Unión alcanzada, o superada, por la globalización? Y en caso afirmativo, ¿lo aceptan los gobernantes europeos y españoles? Desde los Pactos de Familia con Francia (s. XVIII), las élites gobernantes españolas, sin excluir a González, Zapatero y Rajoy, mostraron más de una vez aceptar la subordinación de España y su Constitución al exterior. Los gobiernos españoles no parece que

esperen recuperar la libertad («España no tiene esa libertad», dijo Rajoy en las Cortes a propósito de las reformas económicas impuestas; y no anunció ninguna medida para la rectificación del rumbo)²⁶.

Consideremos estas cuestiones por partes. La superación del estado está clara hace tiempo: tras unos tres siglos de aceptación indiscutida, el estado comenzó a ser superado en materia de defensa con la primera Guerra Mundial. En nuestros días, la cantidad y calidad de cosas cotidianas que no dependen ya del estado sino de la UE (o bien, depende del estado la ejecución pero de la UE la decisión) son muchas, importantes y van creciendo. No es preciso insistir en esto. Pero estado y constitución no son lo mismo, y por tanto la crisis del estado no debe llevar aparejada una crisis idéntica y paralela del constitucionalismo²⁷. El constitucionalismo —sumisión del poder al Derecho, división del poder, derechos y libertades, responsabilidad de los gobernantes— no está superado, ni la superación del estado lo vuelve innecesario.

Respecto a la posible superación de la Unión Europea por la globalización, con el tiempo podría también producirse, al menos parcialmente. ¿Cuántas actividades y tareas no dependen ya de la Unión sino de los Estados Unidos, de la ONU, FMI, OTAN, OMC, del CEDH? Muchas menos que en el caso de la superación del estado, pero son de peso y también van creciendo: comercio, inmigración, *lex mercatoria* y contratos internacionales, nuevo terrorismo, defensa, medio ambiente, tribunales internacionales, *soft law*, nuevos derechos de la ONU, «ideología de género»²⁸, Principios de Princeton sobre Jurisdicción

²⁶ Ver Joan GARCÉS, pp. 459, 461 y *passim*. Sostiene que González admitió y hasta protagonizó el sometimiento de España al exterior, y que ya el importante congreso del PSOE de Suresnes, en 1974, un verdadero parteaguas en la historia de ese partido político, tuvo mucho de operación de sumisión. Según Garcés (pág. 459), Ralf Dahrendorf avisó a González del altísimo precio que iba a pagar España si aceptaba las condiciones que Alemania y Francia le ponían en 1985. Y en 1994, el ministro alemán de Exteriores, Klaus Kinkel, dijo estar dispuesto a «romperle el espinazo» a España (GARCÉS, pp. 457; se remite a unas declaraciones del embajador francés en Roma, François Scheer, ante unos periodistas; *El País*, 19-III-1995, e *International Herald Tribune*, 30 del mismo mes). U. KROTZ y J. SCHILD (*Shaping Europe*, Oxford, 2013, p. 269 n. 49) también mencionan esa amenaza de Kinkel.

²⁷ Nos remitimos a «Los desafíos del proceso de constitucionalización...», *Dereito* 15-1 (2006), pp. 7-16, cit.

²⁸ Si algún día la globalización avanza tanto, en lo cultural, lo económico u otro terreno importante, que ser o no ser miembro de la UE deja de implicar diferencias serias, la integración específicamente europea perderá la mitad de su justificación. Es discutible que la «ideología de género» sea una *ideología* en sentido ordinario; si usamos esa expresión es por ser corriente, aunque podría utilizarse «perspectiva de género» o «*mainstreaming* de género», por ejemplo. Personalmente no creemos que el *género* (que es una creación o descubrimiento cultural) pueda reemplazar al práctico y palpable *sexo*, pero si lo mencionamos aquí es porque su reciente difusión muestra un

Universal... Así, en materias tan distintas como lucha contra el blanqueo de dinero o derechos de tipo LGTB puede verse el peso de la dimensión global; por ejemplo, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha creado un encargado de supervisar el respeto a los nuevos derechos LGTB en todo el mundo²⁹. Aun suponiendo que la UE acepte todo eso porque lo profesa, pero el fondo de nuestro argumento no cambia. A día de hoy, la supremacía del Derecho constitucional europeo puede darse por supuesta frente a España, pero frente a las fuerzas globalizadoras, ya no está tan clara, y en parte se debe a la propia actitud europea.

En el caso del blanqueo de dinero es obligado mencionar la controvertida ley norteamericana FATCA, que obliga a los bancos extranjeros a informar sobre los titulares de cuentas de esa nacionalidad en cualquier lugar del mundo, y que en la práctica llega a tener vigencia real incluso en la orgullosa Suiza. En realidad, la capacidad jurídica de un funcionario de la ONU para supervisar y obligar a los estados europeos respecto de unos derechos ausentes de la Declaración de la ONU, es por lo menos discutible. En cuanto a la FATCA, según ella un banco español donde abra una cuenta un nacido americano pero residente en España desde su infancia (p. ej., hijo de emigrantes retornados), está obligado a informar a las autoridades norteamericanas. La legitimidad del legislativo norteamericano para poner en vigor en España una ley suya, es discutible según el Derecho español y el europeo³⁰.

ejemplo de cómo la UE se ve inmersa en un fenómeno más amplio. De ser así, pertenecer o no a la UE no marcaría una diferencia decisiva.

²⁹ Algo parecido podrá decirse si la globalización avanza tanto que la ONU, u otra organización supra-europea, se dota de cargos con atribuciones sobre todo el mundo, incluso dentro de las fronteras de la Unión. En este caso es el Prof. tailandés Vitit Muntarbhorn, primer *UN Independent Expert on violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, nombrado por el Consejo de Derechos Humanos en septiembre de 2016. El ejemplo es significativo también porque los derechos que Muntarbhorn va a supervisar no son aceptados por todos, como podrían ser el debido procedimiento jurídico o la libertad de asociación, sino derechos recientes, implantados con no escasas discusiones.

³⁰ El Derecho norteamericano, como en su día el romano y después el inglés, se define extra-territorial. La jurisprudencia norteamericana lo ha avalado repetidamente, sobre todo en terrenos como el Derecho penal: «[E]stá fuera de duda que [...] el Congreso tiene la autoridad para “aplicar sus leyes más allá de las fronteras territoriales de los Estados Unidos”» (*US v. Yousef y otros*, Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, 2003, 6597, citando *EEOC v. Arabian Am. Oil Co.*, 499 US 244, 248 (1991)). En principio las leyes americanas se ceñirán a su territorio, pero esa presunción *iuris tantum* puede ser superada por el legislativo. «[A] diseñar el alcance de nuestro Derecho penal, “el Congreso no está vinculado por el Derecho internacional”» (*US v. Yousef*, 6597, citando *US v. Pinto-Mejía*, Segundo Circuito, 1983).

Aunque un día llegue a existir un auténtico constitucionalismo global, la Constitución europea no debe diluirse en él, como no debe la española diluirse en la europea, y la Unión, cuando proceda, debe defender a sus estados miembros y sus ciudadanos contra cualquier poder global, por bienintencionado que sea, que carezca de una base jurídica para tomar decisiones sobre Europa. De lo contrario, si se obstina en regular a Grecia hasta casi ahogarla mientras se deja diluir en la globalización, perderá parte de su no excesiva legitimidad.

V. ¿HASTA DÓNDE PUEDE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA ADMITIR EL AVANCE EN LA INTEGRACIÓN EUROPEA?

El edificio constitucional español de 1978, por un lado, y la expansiva arquitectura europea, por otro, ¿hasta dónde pueden convivir sin problemas?

El hombre tropieza dos veces en la misma piedra; en este caso, de nuevo parecemos haber olvidado a los clásicos.

Desde Grecia y Roma sabemos que la libertad y el constitucionalismo no caen del cielo como la lluvia en Santiago, y menos aun en comunidades políticas grandes. Locke advertía que los reinados de los buenos príncipes han sido siempre los más peligrosos para las libertades de sus súbditos; Montesquieu decía que la libertad política no es el estado natural de toda sociedad humana dejada al albur. Y lo mismo sucede en la dimensión territorial: fundar la Unión Europea no fue fácil, pero una vez alcanzado un punto de inercia, sus poderes han tendido a crecer como todos. Por ello, es, como poco, arriesgado, proclamar sin matices que la integración europea debe ser *ever closer*³¹, cada vez más estrecha, sin indicar terrenos, objetivos, límites o fronteras tras los cuales no sea preciso buscar una mayor integración.

Es obligado en este punto acudir, una vez más, al consabido ejemplo ciclista, atribuido a Delors, pues a diario nos repiten que la Unión Europea es como una bicicleta que no admite más que avanzar o caer. Pero en realidad no es así: vehículo por vehículo, se parece mucho más a un gran tren de casi treinta vagones (los actuales estados miembros), muy estable y dotado de mucha inercia; tanta, que abandonar la Unión resulta lento y difícil, como muestra el Brexit. Pero el ejemplo de la bicicleta cuajó, y con él esa idea, tan dada por supuesta que no precisa demostración, de que la Unión debe ser siempre «cada vez más estrecha». Teniendo en cuenta que la identidad y la integridad constitucionales de los estados miembros no deben desaparecer, cabe preguntarse cómo puede la integración ser *ever closer*, sin fin. Pocas cosas en la vida social deben carecer

³¹ Artículo 1 del TUE.

de fin, delimitación o frontera. ¿Debe la integración acabar en fusión, generando así una comunidad política única y homogénea? Si dejamos a un lado defensa, relaciones exteriores, seguridad, derecho penal y algunas otras materias, la Unión se está convirtiendo en competente para decir quién es competente y en qué (la famosa *Kompetenz-Kompetenz*). Bruselas no es una oscura cueva de conspiradores que solo tiene eso en la cabeza; simplemente, es que la lógica de la «unión siempre más estrecha» impregna las políticas y la *forma mentis* dominante.

Nótese que los americanos no buscaron una unión *ever closer* sino *more perfect*, más perfecta que la frágil Confederación de la que habían salido. El Tribunal Constitucional alemán produjo varias sentencias magistrales poniendo los puntos sobre las *ies* (*Solange I y II, Maastricht, Lisboa*), pero la tendencia a la *Kompetenz-Kompetenz* no cesó, y, excepto por Alemania y algún otro país en menor medida, ni siquiera es combatida (en España, no lo es). Y no hay que decir que la presente crisis la reforzó, sin consideración a los principios constitucionales europeos de atribución y subsidiariedad.

Nadie ignora que muchas medidas anticrisis se basaron en los nuevos tratados de 2012 (y más de una vez se basaron en lo que deseaba la Troika), con escasa atención a las constituciones nacionales afectadas. ¿Qué deben hacer, entonces, los tribunales constitucionales (e incluso los ciudadanos), cuando un gobierno, presionado por los controles europeos de déficit y deuda, cede y toma medidas contrarias a su Constitución? En España, ¿puede el artículo 135 —¿un sacrificio ofrecido el año 2011 en el altar de la integración?— legitimar ese amplio recorte constitucional, desde las prestaciones sociales hasta la autonomía de las universidades, pasando por la de los territorios? ¿Cómo solucionaremos el problema: buscando un equilibrio? Sí, pero también partiendo de que habrá conflictos, arbitrando procedimientos para resolverlos, buscando las soluciones menos malas, y conviviendo con la imperfección o la insuficiente competitividad que resulte (aceptar la imperfección, es una gran asignatura pendiente del proyecto racionalista europeo).

Hay gente que parece haber olvidado que las constituciones federales, sobre todo si el federalismo es dual, también protegen a las partes pactantes y frenan, con mejor o peor fortuna, el centralismo. México y Argentina estarían todavía mucho más centralizados si ni siquiera existieran sus «entidades federativas» y «provincias». Como hemos propuesto en varios de los trabajos citados al principio, sugerimos aceptar que ya existe una constitución europea no codificada, asegurar, reformando los Tratados, que no sea una constitución estatista, jerárquica ni piramidal, y, alejándonos del modelo federal alemán, caminar hacia un federalismo más americano, con pocos poderes centrales pero importantes,

dejando el resto en manos de las constituciones nacionales, que siempre serán las constituciones originarias (no derivadas), las más democráticas y las más legítimas.

La pregunta sobre hasta dónde son compatibles la integración con la constitución nos retrotrae a la cuestión de los núcleos duros constitucionales, pero la Constitución española no tiene un equivalente al famoso artículo 79.3 de la alemana, ni unas sentencias constitucionales que hayan hecho las precisiones que hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia sobre el Tratado de Lisboa³². Pero no por ello deja de tener núcleos duros y partes de las que no puede disponer el legislador ni, menos aun, el ejecutivo, y es responsabilidad de las autoridades españolas que la Unión no la ignore. Con o sin un artículo como el 79.3 alemán, resultarán indisponibles aquellas partes de la magna carta que ella declara anteriores, o superiores, o más fundamentales que ella misma, o bien que *reconoce* pero no *crea* (así, arts. 10.1, 2, D. A. primera, D. T. primera...). Por tanto, la capacidad de las Cortes Generales y del Gobierno para enajenar esas partes de nuestra Constitución al asumir compromisos como los derivados del Pacto Fiscal, el Tratado del MEDE, o cualquier parte del Derecho europeo (sin excluir los Tratados), es limitada; y, como ciudadanos titulares de la soberanía originaria, nuestra obligación de cumplir con tales compromisos quedará relativizada por nuestra mayor obligación para con la Constitución, al amparo de la cual ingresamos en Europa.

* * *

Concluimos. El artículo que acabamos de ofrecer es un artículo arriesgado porque intenta juzgar justamente lo que nos está pasando hoy, la hierba que está deslizándose bajo nuestros pies ahora. Además, el sujeto conocedor está demasiado implicado con el objeto conocido. Y no es posible tomar altura para ganar perspectiva. El lector soberano juzgará.

³² Sentencia de 30 de junio de 2009. Ver, entre otros, los apartados 249 y 252. El Tribunal va mucho más allá de los temas irreformables del artículo 79.3 y dice (sintéticamente) que Alemania siempre deberá retener competencia sobre las áreas que conforman las condiciones de vida de los ciudadanos; sobre seguridad social y política, derechos fundamentales, decisiones políticas que se basen en percepciones culturales, históricas y lingüísticas; ciudadanía, monopolio del uso de la fuerza civil y militar, ingresos y gastos, Derecho penal, idioma, familia y educación; libertades de opinión, prensa y asociación, libertades de religión e ideología, así como comunidades religiosas.

Title:

Anniversaries with Mixed Feelings: the Spanish Constitution, European Integration, and the «Genetic Defects» of the EU (1957-2017 and 1978-2018).

Summary:

I. By way of an introduction. II. Some points to start with. III. On federalism, once again. IV. Has European constitutionalism some structural failures? A. Constitutionalism and the functionalist method. B. The impact of the insufficient EU democracy on Spanish constitutionalism. C. Is the EU a pluralistic, multilevel political community composed of smaller, yet real, political communities? D. Globalisation, European constitutionalism, and Spanish constitutionalism. V. How much European integration is the Spanish constitution apt to admit of?

Abstract:

On the whole, one may safely say that both the EU and the 1978 Spanish Constitution have been runaway successes that are now about celebrating their anniversaries, yet both have problems that should be addressed to. In the case of the EU, there seems to exist a handful of structural failures that are not easy to remove and make very difficult to cope with the democratic deficit and the full constitutionalising of the Union. The same inbuilt failures pose the question of how far may European integration go while at the same time maintaining, or not menacing, the integrity of the Spanish Constitution. Our leanings go towards abandoning the functionalist method, embracing a fully political, constitutional rule, and making for a pluralistic, rather dual, American-like, kind of federalism.

Resumen:

En conjunto puede decirse que tanto la UE como la Constitución española de 1978 han sido grandes éxitos que ahora celebran sus aniversarios, pero ambas tienen problemas que deben ser resueltos. En el caso de la UE, parece haber un puñado de defectos estructurales difíciles de eliminar y que dificultan mucho solucionar el déficit democrático y la plena constitucionalización de la Unión. Los mismos defectos estructurales plantean la cuestión de hasta dónde puede llegar la integración europea, manteniendo, al mismo tiempo, la integridad constitucional española, o al menos no amenazándola. Nos inclinamos por abandonar el método funcionalista, pasar a un tipo de gobierno

plenamente político y constitucional, y encaminarnos hacia un federalismo pluralista, más bien dual y del tipo del americano.

Palabras clave:

Integración europea Constitución española, fallos estructurales, límites de la integración.

Key words:

EU integration, EU constitution, Spanish Constitution, inbuilt failures, integration limits.