

CONSTITUCIÓN Y ORDEN CONSTITUCIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA UNIÓN COMO SISTEMA FEDERAL SIN CONSTITUCIÓN. III. LA SINGULARIDAD DEL ORDEN CONSTITUCIONAL EUROPEO: SU RANGO NORMATIVO Y LEGITIMACIÓN NO NACIONALISTA. IV. LOS ÁMBITOS A LOS QUE PUEDE REFERIRSE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN: A) El sistema competencial de la unión: finalismo, centralización y subsidiariedad. B) La Carta de los derechos fundamentales y la constitucionalización de la unión.

I. INTRODUCCIÓN

En vísperas de la ampliación de la Unión Europea a 25 miembros, recién aprobada una Declaración de Derechos Fundamentales y en pleno proceso de elaboración de una “Constitución europea”, parece llegado el momento de reflexionar sobre las bases y, especialmente, sobre las posibilidades de la Unión. La cuestión a plantearse no sólo ha de referirse a la dirección en que camina Europa (*Quo vadis Europa*) sino que, en un plano más profundo, ha de indagar su identidad (*Qué y cómo es Europa*) afectando a su propia definición o estructura¹.

A mi juicio lo crucial del momento actual no depende de la urgencia de las adecuaciones institucionales para hacer gobernable, en términos de efi-

* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Un planteamiento general de esta problemática en el informe de Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE e Ingolf PERNICE “European Union Law and National Constitutions”, a partir de diferentes contribuciones nacionales. La española corrió a cargo de J. MARTIN y A. LOPEZ CASTILLO. Puede verse también el Informe de trabajo “Perspectivas actuales del proceso de integración europea” de E. ALBERTI y E. ROIG en Europafutura.org. Fundación Carles Pi i Sunyer. Barcelona 2002.

ciencia y de legitimidad, una organización política que está a punto de duplicar el número de sus integrantes y que presenta graves problemas de articulación y control democráticos. La cuestión está en que se impone un “repensamiento” (seguramente como primer paso de una “reconstrucción” de la Unión) clarificando sus bases políticas y jurídicas, esto es, sus supuestos constitucionales, especialmente referidos a la idea de la forma de Estado de derecho, democrático y social.

Lo paradójico es que la crisis de la Unión se plantea en un momento de éxito de ésta, cuando la misma se ha acreditado como comunidad jurídica particularmente eficiente, en cuanto amplio y próspero espacio económico y ámbito asegurado de la paz entre los pueblos europeos², y un número considerable de Estados, rebasando en el sentido geográfico y cultural el núcleo fundador, algo así como sus socios naturales, y, por así decirlo, lógico de la Unión, solicitan entrar en ella³.

Desde este punto de vista lo que se suscita, insistimos, a partir de las deficiencias de articulación y legitimación de la organización institucional, es la superación del principio tácito en que reposa la Unión que es el funcional y que acabó por imponerse frente a los problemas que conllevaba la construcción europea desde la franqueza de los esquemas federales de los padres fundadores.

II. LA UNIÓN COMO SISTEMA FEDERAL SIN CONSTITUCIÓN⁴

Desde luego el que no hubiera reconocido un Estado federal no impedía considerar a la Comunidad y después a la Unión Europea como una federación, pues, según se sabe, el federalismo, como dice Laenerts⁵, tiene “muchas

² J. ISENSEE, “Nachwort-Europa- die politische Erfindung eines Erdteils”, pág.128, en P. KIRCHHOF, H. SCHÄFER y H. TIETMEYER, *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, Berlín, 1994.

³ H. SHÄFER “Europa´s Einheit:Herkunft,Ziel,Form”, pág. 34, en P. KIRCHHOF, H. SCHÄFER y H. TIETMEYER, *op. cit.*

⁴ Véase como referencias básicas respecto del particular, E. STEIN, *Un nuevo diritto per l'Europa*. Milán, 1991. W. HERTEL, “Formen des Föderalismus” y M. HACKEL “Subnationale Strukturen in im supranationalen Europa” en *Europäischer Föderalismus*, herausgegeben von W. GRAF VITZTHUM, Berlín, 2000. K. LENAERTS, “Constitutionalism and the many faces of Federalism”, *American Journal of Comparative Law* 38(1990).

⁵ K. LENAERTS, “Constitutionalism and the many faces of Federalism”, *loc. cit.*

caras". Europa no tiene una constitución federal, pero es una federación, esto es, un sistema político federal⁶.

En Europa, como en otras formas políticas próximas, se dan los rasgos propios de un sistema federal que llevan a cabo los dos propósitos básicos de esta forma política, a saber, la articulación institucional del pluralismo territorial y la maximización de la democracia. La Unión Europea es, en efecto, un sistema político compuesto en el que coexisten dos niveles de autoridades diferentes con su propio ámbito territorial, actuando también sus respectivas competencias y sobre cuya observancia decide una instancia jurisdiccional independiente.

1. Institucionalmente, si se comparan las diversas formas de federalismo, en el caso europeo resalta el peso de las unidades integrantes. Ello sin duda resulta primeramente, de las propias bases y también de los objetivos de la Unión. Así mientras el pluralismo a conservar en el caso americano es un pluralismo local, más relacionado con las virtudes del autogobierno y división de poderes (en definitiva *democracia*), en la Unión Europea el pluralismo es más bien nacional, pues la variedad de los integrantes está bien enraizada, y, frente a lo que ocurre en los Estados Unidos, no se da la existencia de una nación global o general. Falta, de otra parte, en estas dos formas de federalismo, la propuesta de un ideal de homogeneización, contra lo que sucede en el caso alemán donde hay una exigencia para forzar la igualdad en las condiciones de vida, según el artículo 72.2 de la *Grundgesetz*⁷.

La atribución, en el caso de Europa, de un mayor protagonismo de los Estados en la constitución y funcionamiento de la federación, superior al de los Estados Unidos y Alemania, en donde por ejemplo la administración central goza de considerable envergadura, permite incluir a la Unión Europea en los que podemos llamar federalismo de integración. Como se sabe, en la teoría del federalismo suele distinguirse entre el *federalismo de integración* en el que se acuerda la unión federal partiendo de entidades antes independientes o que formaban una Confederación, como ocurre en los casos de Suiza o los Estados Unidos, siendo entonces el problema asegurar la unidad sobre la pluralidad, esto es, afirmar los rasgos e instituciones centrales sobre los centrífugos. Y el *federalismo de devolución*, de manera que las instituciones territoriales reciben competencias de las centrales, siendo la principal preocu-

⁶ Por utilizar la contraposición de Kenneth C. WHEARE, *Federal Government*, 4ª ed., Londres, Oxford University Press, 1963.

⁷ K.HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2ª Auflage, págs.104 y ss., Heidelberg, 1999

pación asegurar la diversidad en la unidad, como es el caso de Canadá, Bélgica y España⁸.

2. En los sistemas compuestos, una vez establecida su planta institucional, el *quid questionis* es el reparto competencial entre las instituciones centrales y las instancias territoriales. Como se sabe la delimitación competencial no siempre se establece en términos de suficiente claridad, debido, en primer lugar, al carácter consensual de las constituciones, especialmente marcado en las de tipo federal, y, en segundo lugar, al hecho de que dicha indeterminación facilita la vigencia constitucional prolongada, lo que sin duda atribuye una dimensión dinámica a la problemática competencial federal.

El reparto competencial se hace en Europa, como veremos luego con más detalle, de acuerdo con un dispositivo categorial común. Así, como en otros sistemas, es posible distinguir las competencias por su especificidad o generalidad, permitiendo las cláusulas más generales la deducción de poderes o atribuciones implícitas, como ocurre en el supuesto de la competencia de la federación para la regulación del comercio "interestatal" en los Estados Unidos. También cabe distinguir entre las atribuciones sustantivas y las instrumentales o subordinadas, necesarias para verificar las principales.

Pero la asignación competencial en Europa presenta algunas diferencias. Así, mientras que en el caso de los Estados Unidos y Alemania, la atribución de facultades se lleva a cabo estableciendo ámbitos materiales de actuación, en el caso de la Unión Europea se señalan objetivos a la misma, ciertamente a perseguir de acuerdo, en principio exclusivamente, con las atribuciones específicas conferidas en los Tratados. Las posibilidades expansivas de esta fórmula han reducido la significación de dos características del federalismo de integración que la Unión Europea compartía, a saber, el carácter residual de las competencias, de modo que la Constitución federal se limita a establecer las competencias de la federación, y la presunción de competencia de los Estados miembros.

De manera que la Unión, sobre todo a partir de una interpretación constitucional de los Tratados por parte del Tribunal de Justicia, ha ido ampliando sus funciones, basándose en los títulos de intervención finalista y generales de los Tratados a favor de la Unión, así como en la supremacía del derecho europeo sobre los nacionales, utilizando al tiempo la técnica de las normas incompletas de las directivas o interviniendo a través de los reglamentos. Por ello, al

⁸. K.LAENERTS, *op. cit.*, págs. 206 y 207.

igual que sucede en otros ejemplos federales, tampoco la Unión Europea ha renunciado a la capacidad de liderazgo del derecho de la federación.

Es en el marco de esta tendencia a la comunitarización del reparto competencial, tan preocupante quizás en su caudal como en la incertidumbre jurídica que la acompaña, donde hay que situar, seguramente no por casualidad en paralelo con lo que ocurre en los Estados Unidos con el *new federalism*, el principio de subsidiariedad que se reconoce en el Tratado de Maastricht. Seguramente tal principio, sobre cuya virtualidad y difícil aplicación hablaremos luego, ha de entenderse como una reacción de los Estados (y especialmente de las entidades incluidas en estos) frente a las pulsiones centralizadoras operantes en la Unión.

3. La Unión Europea dispone asimismo de un Tribunal encargado de resolver los conflictos competenciales entre la Unión y los Estados. Ello, como se sabe, es inevitable en toda federación, en la que la disputa territorial no se agota en el momento de la delimitación constitucional, sino que puede suscitarse asimismo posteriormente en la actuación o despliegue de las competencias. La imprescindibilidad de una jurisdicción materialmente constitucional en los Estados compuestos no hace, de otro lado, sino subrayar la condición de estos sistemas, primeramente, como Estados de derecho, en los que las disputas políticas se juridifican en la medida de lo posible y, después, como formas políticas moderadas en las que el poder se ejerce siempre de acuerdo con competencias determinadas de antemano y cuya observancia garantiza un tribunal superior e independiente.

La actuación del Tribunal de Justicia ha sido esencial en la legitimación de la expansión de los poderes de la Unión, de manera que se ha confirmado la función centrípeta de estos tribunales, llevada a cabo normalmente controlando la constitucionalidad de la legislación de los Estados. Suele recordarse la frase del juez Holmes: “No creo que los Estados Unidos se acabarían si no pudiésemos declarar nula una ley del Congreso. Pero pienso que la Unión estaría en peligro si no dispusiésemos de ese poder en relación con las leyes de los Estados”⁹. Esa es la razón de que el Tribunal Supremo de Suiza pudiese anular leyes de los cantones y no las leyes de la Confederación, sin que por ello pueda considerarse que los cantones quedan sin defensa, al menos política, de su autonomía, dada su presencia en la actuación del gobierno central y el control del pueblo a través del referéndum que puede convocarse a petición de una minoría de ocho cantones sobre veintitrés.

⁹ En STEIN, *op. cit.*, pág.131.

Ahora bien tengamos en cuenta dos particularidades de la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión, referente una al objeto del control y otra al parámetro de constitucionalidad de dicho control. En primer lugar, efectivamente, en la Unión Europea, el control por el Tribunal de Justicia de las legislaciones de los Estados no se produce inmediatamente, en virtud de la impugnación ante él por la vía del recurso directo o de modo incidental, sino a través de la cuestión prejudicial, dando ocasión al Tribunal de la Unión a que se pronuncie sobre la interpretación o validez de la norma comunitaria decisiva par el caso.

En relación con la segunda cuestión, mientras el Tribunal Supremo de los Estados Unidos utiliza para la anulación de las leyes de los Estados, sobre todo el parámetro de las leyes federales, en aplicación del principio de que el “derecho de la federación rompe el de los Estados”, en cambio en la Unión Europea tienden a emplearse referencias constitucionales, sin duda por la menor legitimación del órgano legislativo de la Unión, que es el Consejo de los Gobiernos, en relación con el Congreso de los Estados Unidos, directa representación del pueblo¹⁰.

III. LA SINGULARIDAD DEL ORDEN CONSTITUCIONAL EUROPEO: SU RANGO Y LEGITIMACIÓN NO NACIONALISTA

El caso es que se está en una situación en la que, como decíamos antes, las insuficiencias funcionales del *status* político existente se consideran como manifestación de carencias de más hondo calado que afectan a las propias bases de la organización de la Unión, a lo que podríamos llamar sus supuestos políticos y jurídicos, identificados algo tosca aunque gráficamente cuando se señala que Europa carece de Constitución.

Esto quiere decir, en primer lugar, que la organización política de la Unión no admite una lectura constitucional, o que es, a pesar de que se haya podido pensar otra cosa, una organización internacional, con base en unos Tratados que han sido acordados soberanamente, de acuerdo con sus prescripciones constitucionales nacionales, por los Estados. No debe olvidarse que ha sido muy frecuente, especialmente, pero no sólo, por el Tribunal de Justicia de la Unión atribuir carácter constitucional a los Tratados, y aun el propio orden comunitario institucional es visto desde esta perspectiva: así se habla en la jurisprudencia de dicho órgano del principio democrático o “equilibrio institu-

¹⁰. En STEIN, *op. cit.*

cional”, se le llama al Parlamento legislador de la Comunidad y el Tribunal de Justicia de la Unión se autoatribuye la condición de juez constitucional¹¹. Frente a esta actitud es frecuente rechazar que en el caso europeo pueda hablarse de Constitución, que es algo más que una simple ordenación del poder público o cualquier “institucionalización del dominio político”, insistiéndose en reservar la denominación de la norma suprema para el orden fundamental del Estado.

Evidentemente no se trata de una simple batalla de nombres, como si se ignorase que ha habido constituciones que han sido meramente institucionales o procedimentales y que algunos Estados tienen su Constitución en un tratado¹². Lo que se quiere hacer cuando se contraponen la base constitucional de los Estados y el origen contractual de la Unión es señalar la existencia de dos formas políticas diferentes, reservando al Estado la condición de asociación política perfecta, en el sentido de ilimitada o general, soberana y democrática y considerando a la Unión como una organización política derivada, limitada y deficientemente democrática.

Según este planteamiento sólo el Estado es un verdadero orden constitucional en el que el derecho, la democracia y la solidaridad pueden establecerse efectivamente. La Unión, por contra, es una forma política no general (una asociación de Estados, nunca un Estado federal) de articulación democrática deficiente que sólo dispone de un orden jurídico derivado al recibir sus atribuciones y legitimación de los Estados que la integran¹³.

Lo que hay detrás de estas posiciones es la creencia en la legitimación nacionalista como única justificación del poder. Efectivamente si se concibe la Constitución como el orden jurídico básico querido por un pueblo, culminando sus características nacionales, la Constitución ha de reservarse para el Estado y negarse a una comunidad política más amplia. Partiendo de la legitima-

¹¹. P. M. HUBER, “Europäisches und nationales Verfassungsrecht” en las *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (2001), pág.200.

¹². Informe de J. DUTHEIL DE LA ROCHERE e I. PERNICE “European Union Law and National Constitutions”, ya citado, pág.5.

¹³. Modélicamente en P.KIRCHHOF, “Euroäisches Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland” en P. KIRCHHOF, H. SCHÄFER y H. TIETMEYER, *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, Berlín,1994. Pero se trata de una posición hoy por hoy dominante en la doctrina alemana; como se deduce de los planteamientos de autores como BÖCKENFÖRDE, o GRIMM, pero de muchos más constitucionalistas. Véase, en prueba de ello, gran parte de las intervenciones reflejadas en el coloquio de la reunión de profesores de Derecho constitucional del año 2000.

ción nacionalista de la Constitución, ésta aparece como la prolongación de un cierto orden jurídico existente en la nación (algo así como una “idea material” dulcificada) de manera que sólo la referencia nacional de la Constitución da firmeza al orden institucional que establece. Esa base “nacional” o comunidad cultural y social falta en el caso de Europa. Por ello la democracia, el imperio del derecho, la solidaridad, como principios que la Constitución condensa, están mejor aseguradas en los Estados que en la Comunidad, según lo prueba la suerte en la Unión Europea de algunos principios jurídicos como el de legalidad, el recurso en su sistema de fuentes a normas tan imprecisas como son las finalistas que hace sufrir la seguridad, por no hablar de la incapacidad de la Comunidad para afirmar unas condiciones sociales homogéneas en todo el territorio de la Unión. De manera que a la postre Europa no puede garantizar un verdadero orden constitucional que sólo puede ser, apriorísticamente, en su plenitud estatal, pues no hay una nación europea, esto es un pueblo definido, animado por la misma voluntad de orden y con una vida solidaria¹⁴.

En realidad, estas tesis son, al menos en buena parte, severamente discutibles. En primer lugar parece cuestionable la centralidad del Estado, como supuesto y objeto del concepto de Constitución, confiriendo a la misma un lastre decimonónico o clásico, por decirlo así, que, aunque sea muy común, quizás no esté del todo justificado. Ciertamente, al menos en sentido amplio, podemos hablar de las constituciones de los Estados miembros de una federación o considerar que los estatutos de autonomía son cuasiconstituciones, aunque aquellas, si bien proceden de un poder originario no denotan, a la vista de sus límites e incompletitud, una soberanía incondicionada, y éstos no se remitan a un poder constituyente propio sino derivado. Desde esta óptica no cabría negar una condición “constitucional” a los Tratados constitutivos al contener la ordenación del dominio público europeo, pues establecen el sistema institucional y competencial de la Unión, esto es, su *plan of government*.

Indudablemente, en segundo lugar, la determinación del *plan of government* de la Unión se lleva a cabo en los Tratados en unos términos novedosos respecto de lo que es sólito en el derecho constitucional tradicional (un Parlamento que no legisla ni controla, una Comisión que no dirige sino que impulsa y ejecuta, un órgano de gobierno nuevo como es el Consejo fundamentalmente legislador y un Tribunal de Justicia que culmina una organización judicial que no es propia) ocurriendo además que las instituciones operan a través de unas formas o instrumentos de denominación no convencional (directivas, reglamento, decisiones, etc.) para cumplimentar unas competencias que, en los tér-

¹⁴ KIRCHOFF, *op. cit.*, pág. 93.

minos que sabemos y que comentaremos más adelante, son atribuidas expresamente por los Estados¹⁵. Pero, en tercer lugar y como más importante a la hora de determinar el carácter constitucional de los Tratados, sucede que el ejercicio por los órganos de la Unión de las competencias cedidas por los Estados, tiene lugar de acuerdo con el orden jurídico comunitario y no según los requisitos de los sistemas constitucionales de los Estados miembros. Efectivamente, “una organización supranacional cuyos estados miembros hubieran transferido poderes soberanos para su ejercicio común, se desmoronaría inmediatamente si cada miembro pudiera someter el ejercicio a su propio sistema jurídico específico”¹⁶.

Finalmente el carácter constitucional de los Tratados depende de su rango en relación ya no sólo con el (resto del) derecho comunitario, sino con los derechos nacionales, constitucionales o no. La fundamentación de la prevalencia del derecho constitucional comunitario (como de las demás normas de dicho sistema) tiene antes que nada una justificación funcional, pues sin su afirmación no puede garantizarse la aplicación general y homogénea del mismo, de modo que sólo la observancia de la primacía comunitaria permite hablar de una verdadera comunidad política, asegurando un orden político europeo general y unos mismos derechos de todos los ciudadanos de la Unión con independencia del territorio en el que estén¹⁷. De la supremacía del derecho constitucional de los Tratados se sigue necesariamente la anulación en el caso del derecho comunitario contrario a los mismos y la inaplicación, por desplazamiento, del derecho nacional anticomunitario. Además el derecho nacional ha de ser interpretado conforme a los Tratados europeos, como exige, de otra parte, el principio de lealtad comunitaria¹⁸.

Esta es una idea del orden constitucional que podríamos llamar normativa y funcional a la que se atenderían convencionalmente tanto los Tratados como las Constituciones. Habría, con todo, algunas matizaciones del orden constitucional europeo que desde luego lo singularizarían.

Me refiero, evidentemente, al hecho de que el orden constitucional europeo no se puede presentar como lo que es una auténtica Constitución, a saber,

¹⁵ T.C. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, Londres, 1994, Capítulos 7,8 y 9

¹⁶ D.GRIMM “¿Necesita Europa una Constitución?”, *Debats*, núm. 55, Marzo 1996.

¹⁷ T.SCHILING, “A new dimension of Subsidiarity: Subsidiarity as a rule and a principle”, *Yearbook of European Law*, núm.14, 1994, pág.229.

¹⁸ P. M. HUBER, “Europäisches und nationales Verfassungsrecht” en las actas de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (2001), pág.211 y ss.

como la decisión fundante de un pueblo sobre su configuración política, sin que, al menos hasta el presente, tampoco quepa atribuir a ningún titular homogéneo la disposición posterior sobre dicho orden constitucional. No hay entonces un pueblo europeo que incondicionadamente decida sobre su organización política en un acto constituyente: lo que hay son Estados que acuerdan crear originariamente mediante un tratado una organización para el ejercicio de determinadas competencias, no pudiendo ser modificado ese orden común después sin el asentimiento unánime de sus miembros, conferido según su propio sistema constitucional. La dependencia estatal del orden constitucional europeo, por lo demás, no se limita al momento constituyente del mismo, sino que alcanza a la propia articulación institucional de la Comunidad, pues el órgano básico de la Unión es el Consejo, donde se sientan los delegados de los Estados y no el Parlamento, en cuanto órgano de representación democrática.

Sin embargo la mediación estatal en la constitución y organización de la Unión ni invalida la condición democrática de ésta, pues los Estados que se integran en la Unión y ocupan determinadas instituciones en ella, son ellos mismos democráticos, ni cuestiona una indudable homogeneidad espiritual que subyace a formaciones políticas que comparten los mismos valores constitucionales y corresponden a pueblos, diversos pero pertenecientes a un ámbito cultural relativamente uniforme como es Europa¹⁹.

Por tanto ha de estarse en guardia cuando se contraponen las legitimidades democráticas del Estado y de la Unión o se hace referencia a sus bases, en un caso y otro, respectivamente, de carácter nacional o plural. Evidentemente no estamos hablando de la Constitución europea como la decisión fundante y soberana, en el sentido de libre e ilimitada, de un pueblo sobre su forma política. Pero no se trata de un orden sin justificación democrática, como estructura política ajena o insuficientemente querida. Por el contrario la Unión remite a una base democrática, a la decisión de los pueblos de los Estados, que actúan a través de sus órganos de representación, constitucionalmente establecidos.

Tampoco es correcto, en el caso europeo, deducir de la falta de sustento nacional la inexistencia de un soporte espiritual correspondiente al plano institucional. Evidentemente si los pueblos de Europa no admiten su disolución en una nación europea, sí que ofrecen suficientes puntos en común, a saber la misma idea del valor de la Constitución y la voluntad de afrontar un destino político compartido, para dotar de suficiente homogeneidad sociológica y es-

¹⁹ H. SHÄFER "Europa's Einheit: Herkunft,Ziel,Form", pág.26, en P. KIRCHHOF, H. SCHÄFER y H. TIETMEYER, *op. cit.*

piritual a la organización política de todos. Así a la condición democrática de la Unión se añadirían determinados elementos que significarían su legitimación, a saber, su dependencia respecto de los pueblos de los Estados y su relación con una identidad emergente que sería la europea, basada en una experiencia común histórica, no necesariamente armónica, pero inevitable y a la postre definidora de los pueblos que compartieron el mismo espacio geográfico. Se trata de una identidad preferentemente orientada hacia el futuro y a perfeccionar progresivamente por la acción institucional de la organización política común²⁰.

La dependencia estatal de la Unión se muestra en el origen de la misma y en el aseguramiento de los Estados como elemento insuperable del orden europeo, por no hablar del engarce en las instituciones europeas de dichas unidades políticas. Pero también podría pensarse en la dependencia de la Unión respecto del pueblo europeo, que se iría logrando, además de impulsando una auténtica opinión pública europea como espacio de discusión de los asuntos de tal ámbito²¹, reconociendo al cuerpo electoral europeo la competencia para elegir alguna institución de la Unión o poniendo a su disposición la decisión—por ejemplo de modo simultáneo a la ratificación de cada Estado— de la modificación de los Tratados.

Incrementar la homogeneidad espiritual de la Unión es muy importante en la medida en que ello contribuye a asegurar la solidaridad que puede hacer soportable el cumplimiento de las decisiones de los órganos de la Unión acordadas sin el asentimiento de nuestros representantes²². La cuestión está en que la construcción de esa homogeneidad no puede llevarse a cabo sobre una base etnicista, la que suministraría un mismo origen o la misma lengua, sino, como decíamos antes, sólo a partir de la asunción de los mismos valores constitucionales y la solidaridad generada en los ciudadanos de la Unión por la participación en las instituciones en las que se practica la democracia (democracia *discursiva*)²³.

²⁰ Sobre Europa como democracia posnacional, J. J. SOLOZÁBAL, “Los derechos colectivos desde la perspectiva constitucional” en *Cuadernos de Derecho Público*, núm.12, Madrid, 2001.

²¹ Sobre esta problemática, D.GRIMM, “Vertrag oder Verfassung” en *Staatswissenschaften und Staatpraxis*, 6, 1995, pág. 521.

²² H. H. WEILER, “Problems of Legitimacy in Post 1992 Europe”, *Aussenwirtschaft* (1991) Heft III IV, págs.188 y ss.

²³ J.HABERMAS, *La constelación nacional*, pág.131, Madrid, 2000.

De cualquier manera al orden constitucional europeo no le caracteriza sólo ese privativo (al menos hasta cierto punto) sistema de legitimación no nacionalista, aunque, insistimos, no prescinda de una referencia de justificación, si bien no realizada en la clave acostumbrada. Singulariza especialmente a dicho orden constitucional su propia limitación en lo que se refiere a su propósito fundante y legitimador y por tanto su disposición a la integración con otros órdenes o sistemas constitucionales que son los de los Estados que la componen²⁴. No hay un orden constitucional total referible, a pesar de su complejidad, a un poder constituyente único, como ocurre en el sistema federal, fuera del que quede excluida cualquier manifestación de dominio: lo que hay, en la Unión, son dos sistemas constitucionales, autónomos, que se complementan, pero que no pueden reducirse a una unidad.

La legitimidad estatal de la Unión que explica su nacimiento y su propia articulación institucional, opera también como límite de protección de sus integrantes: los Estados siguen existiendo hasta que ellos mismos decidiesen su disolución convirtiéndose por ejemplo en órganos de la Unión, pudiendo también en términos jurídicos abandonar dicha organización²⁵. Y ello aunque se refuerce la legitimidad, nacional, de la Unión, admitiendo la intervención del cuerpo electoral europeo, de acuerdo evidentemente con los procedimientos constitucionales nacionales, en la ratificación de la modificación de los tratados.

Es cierto que este “dualismo” constitucional existe en los Estados federales, pero con un alcance menor, pues la dimensión constitucional nacional prima sobre la de los estados. Las constituciones estatales son, en efecto, sobre todo normas de organización; mientras que las competencias, como facultades de los estados, y los derechos de la federación, como límites de dichos estados, se establecen en la Constitución de la federación. Como se sabe, las cláusulas de supremacía, por su parte, extienden la superioridad de la Constitución a la legislación federal en relación con el derecho de los Estados.

La Constitución europea claramente renuncia a una regulación constitutiva y exhaustiva, a la normación primera de las relaciones de dominio²⁶, y re-

²⁴. Este es el planteamiento capital de I. PERNICE, en su influyente intervención en la Reunión de Profesores de Derecho Constitucional, titulada “Eurpäisches und nationales Verfassungsrecht” en las actas de la *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (2001).

²⁵. Th. OPPERMAN, *Europarecht*, 2.ª edición, München, 1999, pág. 339; J. J. SOLOZÁBAL, *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, Madrid, 1998, pág. 155.

²⁶. D. GRIMM, “Vertrag oder Verfassung” en *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 6, 1995, págs. 510 y ss. También L. M. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Tratados y Constitución”, en *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid, 2002.

quiere de la integración de los otros órdenes constitucionales, no subordinados, aunque limitados precisamente en beneficio de la Unión y abiertos a ella. Mientras en los Estados federales la dualidad constitucional es sólo aparente, pues se produce una ordenación jerárquica entre la federación y los Estados miembros establecida en la Constitución federal, en la Unión Europea, en cambio, la dualidad es irresoluble, pues se trata de una organización limitada en sus fines y sin capacidad de disponer de sus integrantes, separada de ellos y que se conduce según un orden jurídico-político privativo²⁷.

IV. LOS ÁMBITOS A LOS QUE PUEDE REFERIRSE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN

A) El sistema competencial de la Unión: finalismo, centralización y subsidiariedad

La modificación constitucional de la Unión presenta diversos planos de análisis posibles. Vamos a prescindir del que se refiere al modo de elaboración de la reforma (esto es la representatividad de la Convención²⁸) o los procedimientos que podrían atañer a la ratificación de los Tratados en los diferentes ordenamientos, para centrarnos exclusivamente en los aspectos materiales de la misma, que además reduciremos a la problemática competencial y la regulación de los derechos, pues el plano institucional depende en buena medida de los que se decida en relación con las competencias y además está, quizás como ningún otro ámbito, sujeto a consideraciones políticas, incluso de carácter personal, difíciles de calibrar y, por tanto, sumamente aventuradas de formular²⁹. Con todo conviene advertir que extremaremos esta limitación temática, pues no nos propondremos sugerir modificaciones en estos ámbitos sino sólo tratar de advertir líneas tendenciales implícitas que una reforma “constitucional”, sea cual sea su alcance, no puede evitar tomar en consideración al actuar en tales materias.

²⁷. Así la Comunidad no es un punto de tránsito en el camino de la fundación de un Estado europeo, sino una unión de Estados (*Staatenverbund*), donde “los pueblos de Europa organizan su unión cada vez más estrecha, adecuándose a las exigencias rápidamente cambiantes económicas, sociales y ecológicas” P. M. HUBER, *loc. cit.*, pág.241.

²⁸. Informe de J. DUTHEIL DE LA ROCHERE e I. PERNICE “European Union Law and National Constitutions”, págs.15 y ss.

²⁹. Un inventario de posibilidades al respecto en “Europäisches und nationales Verfassungsrecht” de G.LÜBBE-WOLFF en las actas de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (2001).

La descripción convencional del sistema competencial de la Unión suele poner de manifiesto sus diferencias respecto de otros sistemas de descentralización: y así se contrasta, en primer lugar, el recurso a listas de materias común a las federaciones y la determinación de los poderes de la Unión en relación a fines. Mi tesis no es favorable a esta línea de argumentación, de manera que, en concreto en el punto que se acaba de señalar, la verdad es que ni la Unión puede actuar sin atribuciones concretas ni los Estados centrales de las federaciones carecen de las facultades que necesiten, aunque se tomen de títulos competenciales mas bien discutibles. Ocurre además, sobre todo, que en el ejercicio concreto de las competencias, debido principalmente a la interpretación de las máximas instancias jurisdiccionales, acaban operando las mismas tendencias centripetas, recurriéndose a cláusulas o principios del mismo significado. Como lo muestra la reacción del nuevo federalismo en los Estados Unidos o la introducción del concepto de subsidiariedad en la Unión Europea tampoco son muy diferentes las perspectivas de futuro de los diversos modelos federales.

Aunque el principio básico del sistema competencial de la Unión es el de atribución, las competencias de la Comunidad se establecen en función de sus fines, por lo que lo cierto es que la disposición efectiva de las mismas depende del cumplimiento de los objetivos a los que tales competencias se encuentran ordenadas. Así el sistema competencial constitucional ha pasado de basarse en la presunción de la competencia estatal a justificar la expansión de poderes de la Unión³⁰.

Pero lo que significa al sistema constitucional europeo de competencias sólo aparentemente es la referencia a fines del mismo. Sin duda es más relevante en dicho sistema la superfluidad del concepto de exclusividad, desde luego en la Unión (limitada a las competencias sobre comercio exterior, aduanas u autoorganización), pero sobre todo en los Estados. Compárese al respecto el modelo de distribución de competencias de la Comunidad y el suizo. "Mientras el sistema suizo se basa en competencias legislativas que se excluyen mutuamente de los respectivos niveles de gobierno, el modelo comunitario se funda en competencias dadas para alcanzar determinados fines, siendo así que estas competencias no cubren específicas áreas de legislación".³¹

³⁰. H. D. JARASS, "Die kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten" *Archiv für öffentliches Recht* (121) 1996.

³¹. T. SCHILLING "A new dimension of Subsidiarity: Subsidiarity as a rule and a principle", *op. cit.*, pág. 221.

Ciertamente se parte, y ello queda corroborado por la jurisprudencia comunitaria, del principio de la exclusiva competencia de la Comunidad de acuerdo con los poderes que le han sido transferidos por los Estados. Pero este principio de la exclusividad de los poderes enumerados debe contemplar las posibilidades que se deducen, primeramente, de la prohibición a los estados de medidas que restrinjan el libre mercado (arts. 30 y 37 del Tratado) y, en segundo lugar, de la capacidad de la Unión en virtud de la correspondiente decisión del Consejo (primero unánime y tras el Acta de Unión no necesariamente) de dictar directivas de armonización para favorecer el mercado común (art. 100 del Tratado), lo que ha permitido a la Unión imponer regulaciones mínimas o máximas sobre materias de la competencia de los Estados. El resultado final es que una Constitución que permite a las autoridades federales imponer a los Estados una política en lo relativo al comercio interestatal “no puede ser seriamente considerada un ejemplo de las que enumeran los poderes legislativos de la Comunidad³²”.

Si estas competencias claramente “abiertas” no fuesen suficientes queda todavía el recurso a la cláusula de redondeo que permite la autoatribución de competencias (art. 235) por parte de la Comunidad. Nótese, con todo, en relación con las posibilidades de este precepto, que el abuso de esta cláusula puede conllevar una modificación no formal del Tratado y que, de todos modos, estamos hablando de una autoatribución que completa las existentes y del ejercicio de una competencia necesaria³³.

La tendencia a la centralización de la Unión queda subrayada teniendo en cuenta el uso que el Tribunal de la Comunidad hace del principio de efectividad (consistente, según sus palabras, en “que las previsiones del Tratado alcancen la mayor efectividad”) así como de la afirmación por su parte del carácter dinámico del ordenamiento comunitario.

La justificación es diferente en cada uno de estos casos. La maximización de la efectividad de las competencias de la Unión, que puede llevar asimismo a la admisión de las implícitas o conexas o más relacionadas con las principales, permite el enlace con algún tópico de la interpretación constitucional³⁴; pero el dinamismo centrípeto no tiene un encaje constitucional, pres-

³² BERMANN, *op.cit.*, pág. 356.

³³ H.P. IPSEN “Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinchaften”, en ISENSEE-KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII, Heidelberg, 1992, pág. 785.

³⁴ Me refiero al principio de unidad de la constitución de K.HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, págs. 33 y ss, edición de Pedro CRUZ VILLALÓN, Madrid, 1983.

cindiendo de que dicho dinamismo puede poner en cuestión algunos valores ciertamente estimables como son el de la estabilidad y la seguridad jurídica.

De todos modos el centripetismo de la Unión no puede hacer olvidar dos tipos de fenómenos de significado concreto. En primer lugar que las competencias de los Estados quedan resguardadas, normalmente, por su veto para oponerse en el Consejo a la legislación que no les guste, así como de excepcionar, alegando supremos intereses nacionales y de orden público, la ordenación comunitaria sobre la libertad de mercado (art.30 del Tratado).

En segundo lugar es conveniente tener en cuenta algunos límites en el ejercicio de las competencias de la Unión. Me refiero antes que nada a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del artículo 5 del Tratado, sobre los que nos ocuparemos con algún detalle en seguida. La subsidiariedad limita la actuación de la Unión en asuntos no exclusivos cuando sea capaz de asegurar una eficacia superior a la de los estados. De dicho principio se deduce, sin duda, una presunción competencial a favor de los Estados y la obligación de la Comunidad de justificar su actuación. La proporcionalidad, por su parte, servirá para determinar el alcance de la medida a adoptar por la Comunidad, de manera que, en este caso concreto, al menos, los subprincipios de la necesidad y de la adecuación parecen rebajar su importancia, pues la proporcionalidad viene a identificarse con su componente convencional, a saber, el de la intervención mínima³⁵.

También es un principio de limitación el de la lealtad: se trata de un principio doble, de modo que ha de recabarse tanto de la Unión como de los Estados. Sin duda en el caso de la Unión la lealtad exige atención no sólo a las competencias sino a la propia estructura interna de los Estados.³⁶

La confluencia de los modelos se aprecia en la aparición de dos fenómenos hasta cierto punto paralelos y de significación parecida en ambos sistemas: me refiero al nuevo federalismo en los Estados Unidos y la subsidiariedad en la Unión Europea. En los dos casos se trata de un intento de hacer frente a las tendencias centrípetas que amenazan con poner en peligro el equilibrio institucional de todo federalismo.

³⁵ Referencia a los subprincipios de la proporcionalidad en M. Ch. JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismaßigkeit*, págs 59 y ss., München, 1985.

³⁶ H. D. JARASS, *Grunfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts*, Köln, 1994, págs. 6 y ss.

Aunque la defensa de la posición de los intereses de los Estados en la federación americana se ha considerado que es sobre todo política, deducible al tiempo de la convicción de las ventajas del autogobierno territorial y de la base representativa de los miembros de ambas Cámaras del Congreso³⁷, constitucionalmente depende esencialmente del juego de la cláusula del comercio entre los Estados, como principal título competencial de la Federación (art. I, sección 8) frente a la Enmienda X que atribuye residualmente las competencias a los Estados. La afirmación de los poderes federales depende también de la vinculación de los Estados a los derechos fundamentales de la Unión establecida por la enmienda XIV, aprobada tras la Guerra de Secesión, en cuya virtud los derechos, además de establecer un mínimo jurídico compartido por los Estados y la federación, pasaban de ser el límite a la federación a convertirse en la justificación de su actuación.

El Tribunal Supremo ha fundamentado en las exigencias de la unión económica y la necesidad de garantizar un *standard* uniforme en la protección de los derechos en todo el territorio nacional, impidiendo sobre todo la discriminación racial o las desigualdades en el ejercicio de los derechos, el recurso como títulos competenciales de la federación a la cláusula del comercio entre los Estados y la Enmienda XIV, siempre que constara la voluntad del Congreso para su aplicación.

El juego de principios como los mencionados a favor del derecho federal puede rastrearse en algunos pronunciamientos recientes, así en la sentencia del caso *Hodel* de 1981 se lee que “el control judicial en esta área se determina sobre todo por el hecho de que la cláusula de comercio da plena autoridad al Congreso”; en lo que se refiere a la enmienda X la interpretación más común de la misma se recoge en la sentencia *García versus San Antonio metropolitan Transit Authority* (1985), según la cual lo que dicha enmienda protege es un núcleo de soberanía en relación con el funcionamiento de las propias instituciones de autogobierno, señalando que esta protección se deriva sobre todo “del papel de los Estados en el sistema federal”³⁸.

³⁷. Sobre la importancia de los *Estados* en el sistema político americano, véanse por ejemplo, los testimonios del federalismo “moral” que ofrece W. HERTEL, “Formen des Föderalismus” en *Europäischer Föderalismus*, edición de W. GRAF VITZTHUM ya citado. O el juicio de B. SCHWARTZ: “Incluso teniendo en cuenta la expansión ininterrumpida de la autoridad federal, son los estados los que siguen desempeñando la funciones de gobierno más esenciales” en *Constitutional Law*, Nueva York, 1972, pág.39.

³⁸. Por lo que se refiere a la Enmienda XIV su aplicación reciente confirma que “ha significado la extensión de la autoridad federal, promoviendo la uniformidad nacional en materia de libertades civiles a través de la intervención del gobierno central” (A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, 1986, pág.101. Véase también J. H. ELY, *Democracy and Distrust*, págs.24 a 28, Cambridge, 1980.

Sin embargo esta línea de inclinación a favor de la federación ha encontrado oposición en tiempos recientes³⁹, primero en un nivel doctrinal o institucional, me refiero a autores como ELAZAR o AMAR y sobre todo a informes de comisiones como la ACIR (*Advisory Commission on Intergovernmental Relations*) o la Conferencia Nacional de Legislaturas de los Estados. El *new federalism* ha alcanzado, al fin, a la propia Corte Suprema, que ha rechazado que la invocación de la cláusula de comercio, aun contando con el respaldo del Congreso, pueda cubrir cualquier extralimitación de la federación. Así en el caso *United States versus Lopez* (1995) el Tribunal Supremo falló que la prohibición de la federación de portar armas de fuego en las escuelas no podía basarse en la cláusula de comercio, pues la cuestión de portar armas no era en modo alguno una actividad económica de modo que las implicaciones en el comercio interestatal eran insuficientes para justificar la prohibición de la federación⁴⁰.

Con todo la significación del nuevo federalismo se deduce preferentemente de la negativa del Tribunal Supremo a avalar una interpretación de los títulos de intervención de la Federación que implique una posición subordinada de los estados en el cumplimiento de los designios de aquélla. Efectivamente una línea más pro o los Estados se afirma en una sentencia como *New York versus United States* (1992) que viene a prohibir que la federación (que puede legislar sobre la materia y excluir a los Estados de la misma) imponga una regulación a los estados, relegando su posición a la de "una mera subdivisión política de los Estados Unidos". De manera que no se cuestiona la decisión del Congreso de regular el comercio entre los Estados, sino la coerción de éstos a la ejecución de la ley federal⁴¹.

La problemática que plantea la inclusión del principio de subsidiariedad en el Tratado comunitario es múltiple, pues ni su significado, como principio político o jurídico, ni su alcance dejan de presentar equívocos. Quizás, por ello, lo más indicado sea ir progresando a partir de la descripción de sus aspectos más elementales.

Las fuentes del concepto parecen remitir, de una parte, a la idea católica de la subsidiariedad, formulada sobre todo, en la *Quadragesimo anno*, según la cual cada unidad (social) debe obrar según su capacidad, sin que las superiores asfixien a las inferiores; o el artículo 72 de la Ley Fundamental de Bonn que atribuye las competencias concurrentes al Estado central sólo si los *länder* no pueden proceder a una regulación efectiva de las materias a que se refieren

³⁹. Información general de estos desarrollos en W. HERTEL, *op.cit.*, págs.20 y ss. y M. STOEVE SANDT, *Activismus und Zurückhaltung im United States Supreme Court*, 1999.

⁴⁰. W.HERTEL, *op.cit.*, pág.21.

⁴¹. Véase el trabajo citado de G. A. BERMAN, pág. 403 y ss.

las mismas. El principio de subsidiariedad se recoge por primera vez en el Acta de la Unión (1987) en relación con la protección medio ambiental y se incorpora en el Tratado de la Unión como principio general y separado.

La explicitación constitucional del principio de subsidiariedad, que es tras la prohibición de la discriminación el término más utilizado en el Tratado de Maastricht, debe entenderse como una reacción que asegura la posición de los Estados, una vez admitida la posibilidad de la adopción de decisiones por mayoría en el Consejo y el creciente poder del Parlamento, teniendo en cuenta que la actuación de la Comunidad se extiende asimismo, sin denotar competencias sobre ellos, a ámbitos sometidos a su coordinación. De manera, como se ha escrito, que en conjunto “hay una relación muy estrecha entre la expansión de las competencias de la Comunidad y la necesidad de autodomio en su ejercicio”⁴².

Sin embargo quizás no sean superfluas algunas observaciones que maticen la comprensión exclusiva (y precipitada) del principio de subsidiariedad como instrumento de compensación a los Estados en el desarrollo federal de la Unión Europea. Así la protección de la posición e intereses de los Estados ha de alcanzar también a la estructura institucional de estos, pues quizás son las competencias de las entidades subestatales las más expuestas a los riesgos de la centralización. Ocurre que, después de todo, los gobiernos centrales son compensados por sus pérdidas competenciales a través de su participación institucional en la Unión, mientras que las unidades subestatales no tienen oportunidades de ser resarcidos por las facultades que han cedido a Europa, daño incrementado en su caso cuando contemplan la recuperación a sus expensas de cierto poder de coordinación de los Estados centrales en relación con la ejecución del derecho europeo que se lleva a cabo descentralizadamente⁴³.

Esta situación, por cierto, debería “templar” el entusiasmo europeísta de algún nacionalismo territorial, por lo menos en lo que se refiere a la justificación del ensanchamiento competencial de la Unión, induciéndole, sin demérito de solicitar una presencia de las regiones en los órganos comunitarios, a abandonar la idea de que el Estado central es necesariamente el contrapoder de éstas en Europa. Por el contrario ocurre, al menos en el caso de un Estado descentralizado como es el español, que la defensa eficaz, a la sazón, de las Comunidades Autónomas se lleva mejor a cabo, como parecen demostrar algunos roces de la peculiaridad del Concierto económico del País Vasco en el

⁴². G. A. BERMAN, pág.347, *op. cit.*

⁴³. E. ALBERTI, “La Constitución económica”, en *La experiencia constitucional*, pág.155, edición de G.TRUJILLO, L. LÓPEZ GUERRA Y P. GONZÁLEZ TREVIJANO, Madrid, 2000.

marco comunitario, cuando es el propio Estado, como organización política de suficiente entidad, el que ha hecho propias las posiciones de las Comunidades Autónomas, asumiendo en colaboración con la representación de éstas su defensa en los órganos europeos⁴⁴.

En segundo lugar conviene advertir que el principio de subsidiariedad, frente a su interpretación tónica, no deja de reforzar la posición de la Comunidad si se entendiese que los fines comunitarios se consiguen mejor obrando de modo centralizado, suponiendo entonces la actuación descentralizada un menor nivel de eficiencia.

El alcance del principio de subsidiariedad resulta oscurecido además por el hecho de su recepción constitucional al lado del principio de proporcionalidad, sin que la Proclamación sobre su aplicación acordada en Edimburgo en 1992 (añadida después por el Tratado de Amsterdam) acabe delimitando estos conceptos cuando se afirma que el principio de subsidiariedad indica si ha de tomarse una medida y el segundo el alcance de la misma, de modo que la proporcionalidad actúa tras la subsidiariedad. Evidentemente la referencia conjunta a ambos principios no resulta muy clarificadora, pues es sabido que en la teoría constitucional la subsidiariedad se solaparía con uno de los subprincipios de la proporcionalidad, o intervención mínima. En realidad, entonces, la relación entre estos principios no es tan fácil como se supone, pues si se opta por la acción más adecuada, económica y menos intensa prescindimos del criterio de la subsidiariedad y si, en cambio, aplicamos la subsidiariedad podemos reducir a la nada la proporcionalidad. Al final, sugiere BERMANN, lo conveniente es realizar una ponderación entre las ventajas e inconvenientes de aplicar el principio de subsidiariedad y el de proporcionalidad. “La reflexión y el análisis pueden mostrar que una línea de conducta hace más daño desde el punto de vista de la proporcionalidad que bien desde el punto de vista de la subsidiariedad o, a la inversa, que una medida de la comunidad hace más daño desde el punto de vista de la subsidiariedad que bien desde la perspectiva de la proporcionalidad.”⁴⁵

El alcance del principio de subsidiariedad depende por ello de su utilización por los órganos de la Unión (Comisión, Parlamento, Consejo) como criterio de su actuación, necesitando entonces de su adecuada formalización, por ejemplo a través de la cumplimentación de un *test de impacto* para proponer, apoyar o aprobar una medida determinada.

⁴⁴. La complejidad de estos problemas en J. M. AREILZA, *Cuadernos de Alzate*, núm. 25, “Regiones y Unión Europea ¿dónde están los límites?”.

⁴⁵. BERMANN, *op.cit.*, pág.386.

Más difícil es utilizar el principio de proporcionalidad como un criterio de control de la validez de una decisión comunitaria o incluso de los propios estados. El rendimiento aislado de este principio como canon jurídico resulta complicado, aunque en este caso es cierto que estamos ante un principio constitucional recogido explícitamente y no ante un subprincipio, deducido o construido por la jurisprudencia, como puede ser el caso de la proporcionalidad o, lealtad federal en ordenamientos como, respectivamente, el español o el alemán⁴⁶. Con todo puede recordarse que el Tribunal constitucional alemán ha convalidado como exclusivamente político el juicio sobre la existencia de los presupuestos para la intervención de la federación en el caso de la legislación concurrente del artículo 72 de la GG⁴⁷.

Es difícil entonces admitir la apelación aislada a la subsidiariedad para controlar eventuales extralimitaciones constitucionales de la Unión, justificando actuaciones de los Estados miembros. Lo que sí puede aceptarse es la referencia a la subsidiariedad como limitación a la supremacía, principio sin el cual la unidad de mercado que requiere una regulación uniforme no sería posible, pero que debe ceñirse a la actuación imprescindible para la consecución de los objetivos a que se refiere el Tratado y respetar, en casos vitales, el orden político valorativo de los Estados, resguardando así el interés nacional de los mismos⁴⁸.

B) La Carta de los derechos fundamentales y la constitucionalización de la Unión⁴⁹

Conceptualmente es inevitable que la constitucionalización de la Unión acabe planteándose la cuestión de los derechos fundamentales como elemento

⁴⁶. J. J. SOLOZÁBAL "Principialismo y Orden constitucional", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 2, Madrid, 1998.

⁴⁷. K. HESSE, *loc. cit.*

⁴⁸. T. SCHILLING, *op. it.*, pág.241.

⁴⁹. Considérense como referencias generales monografías en español como las de F. RUBIO LLORENTE "Mostrar los derechos sin destruir la Unión" y A. WEBER, "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea" en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.64, Madrid, 2002. A. RODRÍGUEZ BEREIJO, "La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* (2000). A. LÓPEZ CASTILLO, "Algunas consideraciones en torno a la Carta de derechos fundamentales de la UE", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 113, Madrid, 2001. A. PACE, "¿Para qué sirve la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Notas preliminares", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 6, Madrid, 2000. VV. AA. (edición de F. J. MATÍA), *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, 2002. Asimismo F. BALAGUER, "Niveles institucionales y técnicas de reconocimiento de los derechos en Europa" en *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, ed. G. ROLLA, Turín, 2001.

imprescindible de toda verdadera unidad política. Primero porque sin derechos fundamentales no hay Constitución, de manera que, sin su recepción explícita, la norma que fundase el orden jurídico comunitario no superaría el rango de un tratado como norma procedimental o competencial. Y en segundo lugar, porque los derechos en cuanto concreción de determinados valores, de carácter individual y político, resultarían especialmente útiles como justificación de una estructura institucional que sólo limitadamente puede recurrir a la legitimación nacionalista como sucede en el caso de la Unión europea.

Pero la relación entre los derechos fundamentales y la Unión nos la planteamos considerando la conveniencia de incorporar a la nueva Constitución la Carta de Derechos Fundamentales aprobada por la Convención. Ello supondría un paso adelante en la protección de los derechos fundamentales en la Unión a la que contribuye, además del reconocimiento de alguno de ellos en los Tratados, la vigencia asegurada en la Comunidad al la Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950.

La protección de los derechos fundamentales en la Unión, para evitar que se llevase a cabo utilizando los parámetros de las constituciones nacionales, lo que difícilmente hubiese excluido el control por los tribunales constitucionales nacionales de la producción y, sobre todo, aplicación del derecho comunitario, se ha realizado a través de una interpretación expansiva por el Tribunal de Justicia del derecho a la igualdad y las libertades económicas de los Tratados. Sin duda supone una consolidación y mejora de la situación la obligación impuesta por el artículo 6 del Tratado de la Unión en relación con la observancia de los derechos, según resulta de la Convenio de Roma de 1950 y de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como principios de derecho comunitario. Sin embargo, a pesar de que se haya podido pedir por algún tribunal constitucional (así el alemán en 1974) y que el Parlamento europeo haya llegado a adoptar una declaración de derechos fundamentales y libertades, ni ha habido una adhesión de la Unión al Convenio europeo ni se ha establecido un catálogo de derechos hasta que el Consejo Europeo de Colonia ha pedido elaborar una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Esta Carta, aparte de visualizar la constitucionalización de la Unión Europea, según los argumentos que hemos expuesto anteriormente⁵⁰ y presentar de

⁵⁰. Habría de tenerse en cuenta la contribución de los derechos fundamentales a la institucionalización de la unidad política. Ciertamente los derechos son normas competenciales negativas, pero también un factor de garantía y expansión de lo general en toda forma política compuesta. Garantía de la Unión en cuanto los derechos son un mínimo compartido, en ese sentido

partida unas ventajas de procedimiento respecto de lo que ocurre con las reformas del Tratado, parece necesaria en lo que se refiere a la formulación de los derechos que contiene. En la Carta se procede, por lo que hace a los derechos que recoge provenientes de diversas fuentes, a su reformulación, normalmente ilimitada y adaptada a las nuevas circunstancias⁵¹.

La recepción constitucional de los Tratados como objetivo a corto plazo de la Carta parece especialmente indicada si se tiene en cuenta que se parte de un reconocimiento muy limitado de los derechos en los Tratados y, sobre todo, de una vinculación a los derechos, por decirlos así, extraconstitucionales, indirecta, pues dichos derechos, consistentes, al menos, en los derechos de la Convención europea y los de las Constituciones, interpretados por las instancias jurisdiccionales correspondientes, obligan en cuanto principios generales⁵².

No parece osado entonces demandar una clarificación de los derechos de los ciudadanos de la Unión, disfrutando de una legitimación directa y de las ventajas de una nueva reformulación, frente a otras declaraciones no exclusivas, como ocurre con la Convención que obliga a los estados del Consejo de Europa, y cuyo contenido reposa en una base jurisprudencial.

un factor de unidad, del sistema descentralizado, en el que hay un reducto, el de los derechos fundamentales, que no puede dejar de ser común. También factor de expansión en cuanto los derechos necesitan de completamiento y desarrollo, de organización, que en buena medida, al menos en la determinación de lo esencial, corresponde a los órganos legisladores generales. En realidad nos limitamos a señalar una relación entre derechos y fuentes (la de fuentes y competencias es obvia. Piénsese en nuestro art. 149.1.1: la norma que establece las condiciones generales del disfrute de los derechos constitucionales, asegurando su igualdad, debe ser estatal). En un reciente seminario en la Universidad Autónoma (Febrero 2003), con ocasión de una sugerente exposición de P. BIGLINO en relación con un tema próximo, comentamos estos extremos.

⁵¹. “Excepto, respecto de las parafraseadas previsiones sobre la ciudadanía de la Unión, la carta contienen sólo (prescindiendo de los derechos que se enumeran bajo la rúbrica de la solidaridad) nuevas descripciones de los derechos existentes. Según la nueva redacción estos derechos aparecen como ilimitados e incondicionados, con un alcance más amplio, resultando de la adaptación a las necesidades de la moderna sociedad, o de una combinación de similares derechos fundamentales que surgen de diferentes fuentes, cada una con un valor legal también distinto” (K.LENAERTS Y E. DE SMIJTER, “A ‘Bill of Rights’ for the European Union”, *Common Law Review*, 2001, pág.282.)

⁵². Véase CH. GRABENWARTER, “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (2000), págs 338 y ss, Berlín, 2001.

La constitucionalización de la Carta plantea algunos problemas en relación con la comprensión de su alcance que trata de resolver el capítulo VII de dicho documento bajo la rúbrica de *Disposiciones generales*. Así los derechos de la Carta cuya base son los Tratados “se ejercerán bajo las condiciones y los límites de éstos” (art.52.2); de manera que si el mismo derecho está sometido a restricción en el Tratado, dicha restricción continuará en vigor. Los derechos de la Carta que coinciden con los del Convenio se disfrutaban al menos con el alcance asegurado para ellos en este instrumento (art.52.3); pero tampoco la Carta admite una interpretación restrictiva de las declaraciones de derechos suscritas por los estados o reconocidos en sus constituciones (art. 52.3). Cuando se reconocen (como manifiestamente ocurre con el derecho a la educación) derechos sin las correspondientes atribuciones de la Unión, puesto que el artículo 51.2 excluye cualquier efecto de la Carta en la división de competencias entre la comunidad y los Estados, este reconocimiento sólo tiene valor político⁵³.

La Carta no se incluyó en los Tratados y el siete de diciembre del 2000, fue solemnemente proclamada por el Parlamento europeo, el Consejo y la Comisión. Pero la Carta pasará a integrar el acervo comunitario y será, en el marco del artículo 6 del Tratado considerada emanación de las tradiciones constitucionales.

Ciertamente la constitucionalización de la Carta planteará algunos problemas graves al orden europeo en lo que se refiere a la coordinación de las instancias jurisdiccionales en la protección de los derechos fundamentales⁵⁴. Recordemos con todo que, prudentemente, la declaración vincula directamente sólo a los órganos comunitarios o a los estatales que aplican el derecho comunitario (art.51.1)⁵⁵. Por lo demás dicha protección, como corresponde a un orden descentralizado como el europeo, ha de organizarse a través de la aplicación primera y ordinaria del bloque normativo sobre los derechos fundamentales por los jueces nacionales, reservando a las instancias jurisdiccionales europeas para una actuación de garantía última y, en su caso, de unificación doctrinal.

⁵³. K. LENAERTS Y E. DE SMIJTER, “A ‘Bill of Rights’ for the European Union”, *Common Law Review*, 2001, pág.283. Las cosas con todo, como he intentado poner de manifiesto en una nota anterior, son algo más complicadas. Indudablemente el reconocimiento de un derecho “arrastra” implicaciones competenciales.

⁵⁴. Consecuencias a las que se refiere HUBER en su intervención citada, por ejemplo, al señalar el riesgo de que la Carta suponga la debilitación de la protección de los derechos a cargo de las instancias nacionales.

⁵⁵. Naturalmente habrá asimismo un efecto irradiador en la doctrina de los tribunales nacionales a partir de la interpretación dada a la Carta por el Tribunal de Justicia, según lo previsto en nuestro art.10.2 de la Constitución.