LA CONSTITUCIONALIZACIÓN EUROPEA Y SUS DESENCANTOS. CLAVES PARA UNA LECTURA POST-ESTATALISTA*

EUROPE CONSTITUTIONALISM AND THEIR DISENCHANTMENT. ELEMENTS TO A READING

Gerardo Pisarello**

Recebido para publicação em setembro de 2005

Resumen: El presente ensayo intenta ofrecer una lectura crítica tanto del proceso de constitucionalización de Europa como del Tratado constitucional europeo. Esta perspectiva se basa en un análisis constitucionalista que se justifica en la siguiente tesis: en la medida en que por primera vez en su historia, la Unión Europea presenta su norma fundamental como una 'Constitución', la doctrina constitucional debería, más que nunca, someter dicha norma a un escrutinio constitucional, dejando de lado el predominante paradigma ius-internacionalista. Tres son los temas que se estudian desde estas premisas: el proceso constituyente, el sistema político consagrado por el Tratado constitucional y la Constitución económica, incluido el papel que ésta asigna a la Carta Europea de Derechos Fundamentales. La conclusión alcanzada es que, si bien han contribuido a generar una esfera pública europea crítica, ninguno de estos elementos reúne los requisitos de un constitucionalismo democrático post-estatal.
Palabras clave: Constitucion europea. Derechos sociales. Constitucion economica.

Abstract: This essay intends to offer the reader a critical view on both the European constitutionalization process and the European Constitutional Treaty. This approach is based on a constitutionalist scrutiny adopted on the following grounds: since the European Union, for the first time in its history, presents its fundamental norm as a 'Consitution', constitutional doctrine should accordingly scrutinize this norm from a critical and transformed constitutionalist paradigm, letting aside the classical ius-internationalist perspective. Under these premises, three topics are studied: the constituent process; the political system adopted by the Constitutional Treaty; and the Economic Constitution, including the role it assigns to the European Charter of Fundamental Rights. The conclusion finally reached asserts that, although they have contributed to generate a critical European public sphere, none of the analysed elements meet the requirements of a democratic and post-statist constitucionalism.
Key words: Europe Constitution. Social Rights. Economic Constitution.

1. Introducción: El Proceso de Construcción Europea desde una Perspectiva Constitucionalista

El 29 de octubre de 2004, los Jefes de Estado y de Gobierno de los 25 países miembros de la Unión Europea (UE) firmaron un «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa». Es la primera vez que la UE recurre a la expresión formal de "Constitución" para calificar su normativa fundamental[1]. La carga simbólica de la propuesta es innegable. Se trata de un salto cualitativo en el proceso de integración, cuyas implicaciones teóricas y prácticas, más allá de la suerte concreta que pueda correr el texto en cuestión[2], no pueden desconocerse.

El objetivo de este trabajo es aprovechar el debate sobre el Tratado constitucional para justificar la necesidad de estudiar el proceso de integración europea desde una óptica constitucionalista. Es decir, desde una perspectiva que privilegie su pretensión de convertirse en un orden constitucional supra-estatal, en lugar de li-

* Texto traduzido por Juliana Salvetti

** Doctor en Derecho. Profesor Lector de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho, Universitat de Barcelona.

mitarse, *sic et simpliter*, a abordarlo como un acuerdo inter-estatal más o menos *sui generis*.

Ciertamente, adoptar una perspectiva constitucionalista no supone trasladar de manera esquemática al nivel europeo todas y cada una de las categorías forjadas para analizar las Constituciones de base estatal (BRONZINI, 2005: 17 y ss.; 2003ª: 90 y ss.; 2003b: pp. 111 y ss.; POIARES MADURO, 2003: 75; WEILER Y WIND, 2003: 2 y ss.). Sin embargo, exige analizar las credenciales «constitucionales» de la Unión Europea y de sus Estados miembros, sobre todo en un momento que se pretende «constituyente», desde una perspectiva crítica. Esto es, desde una aproximación que no pretenda reducir la «realidad» a lo que existe, sino que la conciba como un campo de posibilidades en el que desarrollar vías alternativas (SANTOS, 2000: 23; JOERGES, 2005:53). Ese punto de vista requiere, entre otras cuestiones, determinar si la construcción europea –incluido el Tratado constitucional– reúne los requisitos básicos que, desde un punto de vista ideal-normativo, podrían exigirse a un proceso y a un texto que aspiran a reconocerse en el contenido valorativo inherente a la expresión «Constitución» (MARTÍNEZ SIERRA, 2004: 43 y ss).

Para analizar el proceso de integración desde una cierta perspectiva "externa" conviene diferenciar entre "Constitución" y "constitucionalismo"[3]. En un sentido «positivo», en efecto, el término «Constitución» puede designar cualquier conjunto más o menos formalizado de normas "fundamentales" que permitan identificar o caracterizar un ordenamiento jurídico. La noción de «constitucionalismo», en cambio, supone un particular sistema axiológico que en la modernidad ha estado ligado a la necesidad de establecer límites y vínculos al poder, como un instrumento para garantizar la autonomía de las personas. Esta fórmula, ciertamente, está históricamente condicionada y ha experimentado mutaciones "paradigmáticas" en el tiempo. El artículo 16 de la Declaración francesa de 1789, al vincular la idea de Constitución a la separación de poderes y a la garantía de derechos, comporta el punto de referencia por excelencia de ese criterio ideal-normativo utilizado para evaluar las tradiciones constitucionales desarrolladas en Europa o en América durante los siglos XVIII y XIX. Ya en el siglo XX, sin embargo, y sobre todo tras la segunda posguerra, el concepto de constitucionalismo se ha visto enriquecido a partir de las mejores tradiciones constitucionales estatales y del derecho internacional de los derechos humanos. Como resultado de ello, el canon de lo constitucionalmente perseguible se ha perfeccionado, al menos en un sentido formal, tanto en su aspecto garantista, ligado a la limitación del poder, como en su vertiente democrática, ligada a la legitimación del poder.

Desde un punto de vista garantista, en efecto, la lógica del constitucionalismo moderno exige la introducción de límites y controles al poder. Pero no ya sólo a los poderes públicos, sino también a los poderes privados, comenzando por los de mercado. Y requiere, también, la correlativa asignación de derechos fundamentales, no sólo civiles y políticos, sino también sociales, culturales y ambientales, a todas las personas, comenzando por los sujetos más vulnerables[4]. Desde un punto de vista democrático, por su parte, el constitucionalismo exige la existencia de procedimientos que permitan a los destinatarios de las reglas que rigen una comunidad participar en su elaboración, ejecución y modificación. Pero no ya sólo mediante representantes sino también, y sobre todo, de manera directa, siempre que ello sea posible[5].

Pues bien, lo que aquí se pretende defender, precisamente, es que el "Tratado

constitucional" europeo, tanto por su forma de elaboración como por su contenido, ofrece una versión decepcionante de estos elementos normativos, que ni está a la altura del mejor «patrimonio constitucional europeo»[6] ni permite responder a los grandes desafíos internos y externos que hoy se plantean a la Unión Europea. En el mejor de los supuestos, se estaría ante una "Constitución" escasamente "constitucionalista". Es decir, ante una propuesta que, incluso si pudiera considerarse "Constitución" en el sentido de reunión formal y relativamente simplificada de las normas "fundamentales" que regulan el ordenamiento europeo, difícilmente podría reputarse una expresión propia del mejor constitucionalismo garantista y democrático[7].

Naturalmente, criticar la "ilusión constitucional"[8] que mistifica la apelación a una "Constitución europea", cualquiera sea su proceso de elaboración y su contenido, no supone, como se verá, compartir las tesis que sólo admiten su existencia en el marco de un espacio que reúna todos los atributos ligados a la idea de «Estado»[9], ni tampoco aquéllas que condicionan el debate constitucional o la puesta en marcha de un proceso constituyente a la existencia de un "pueblo" europeo homogéneo y acabado[10].

Por el contrario, pensar el constitucionalismo como teoría y práctica de la limitación del poder y de la ampliación de la autonomía exige superar las dinámicas de exclusión y violencia generadas, tanto por la noción moderna de Estado, como por las ilusiones de un demos étnicamente homogéneo y/o culturalmente uniforme (DE GIORGI, 2003: 257). Desde esa perspectiva, si el proceso de elaboración y ratificación del Tratado constitucional ha tenido alguna virtud, ésta sido, quizás contra sus propias intenciones, la de haber impulsado una inédita esfera pública europea crítica, plural y conflictiva. El único espacio, posiblemente, desde el que podría darse al abierto proceso de constitucionalización de Europa un sentido genuinamente garantista y democrático.

2. El Contexto Histórico: La Crisis del Método Funcionalista y la Irrupción de Nuevas Necesidades Constituyentes

Aunque el Tratado constitucional firmado en Roma introduzca por primera vez una referencia formal a una "Constitución europea", la idea es en realidad bastante antigua[11]. Tras la segunda guerra mundial, de hecho, el federalismo europeo se convirtió pronto en un elemento movilizador contra el "totalitarismo". Ya en 1953, una Asamblea convocada por el Consejo de Ministros de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y presidida por Paul Henri Spaak, redactó un proyecto de Constitución con el que se pretendía establecer una "Comunidad política europea". Sin embargo, la iniciativa naufragó junto a la de una Comunidad Europea de Defensa, que no llegó a ser ratificada por los Estados fundadores.

Tras ese fracaso, el proyecto de constitucionalización de Europa abandonó el registro de lo "político" para asumir un marco de referencia más específicamente "jurídico" y "técnico" (ALLÈS, 2005: 62 y ss). O si se prefiere, hizo suya la ideología del "minimalismo político" y del "maximalismo jurídico" (CANTARO, 2003: 27 y ss.; MAGNETTE, 2005: 69 y ss.). El método funcionalista de los "pequeños pasos" y las "solidaridades de hecho", en efecto, consintió la progresiva transferencia de competencias por parte de los Estados nacionales a una autoridad inter-gubernamental y supranacional en sectores no demasiado politizados (agricultura, acero, energía, transportes). De esa manera, se incorporaron al ordenamiento comunitario tímidas y fragmentarias pretensiones de constitucionalización, tanto formales

como materiales. Estos elementos pasaron muy pronto a integrar el derecho comunitario originario y derivado y, sobre todo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Desde un punto de vista formal, el Tribunal de Justicia fue asumiendo de manera paulatina, con el apoyo militante de una comunidad transnacional de juristas y la condescendencia más o menos pacífica de los tribunales estatales, las tareas de un auténtico Tribunal Constitucional, al tiempo que revestía al ordenamiento comunitario con los atributos de un ordenamiento también constitucional (POIARES MADURO, 1998; WEILER, 1999; SIMON, 1997)[12].

Desde un punto de vista material, por su parte, la "constitucionalización" del sistema constitucional europeo se vinculó, tanto al gradual afianzamiento institucional y competencial de la Unión, como a la tímida introducción de ciertos mecanismos de salvaguarda para los derechos fundamentales[13].

En uno y otro caso, sin embargo, se trató de una constitucionalización fragmentaria e insuficiente desde una perspectiva garantista y democrática. Por un lado, el desequilibrio institucional a favor de los órganos menos representativos (la Comisión, el Consejo, el propio Tribunal de Justicia), la posición marginal otorgada al Parlamento europeo y el progresivo debilitamiento de los parlamentos estatales en detrimento, principalmente, de sus gobiernos y de los tribunales, instaló un fuerte "déficit político" y una sensible desafección de las poblaciones del continente respecto del proceso de integración[14]. Por otra parte, mientras las competencias ligadas a la construcción del mercado único y a la promoción de la libre circulación de capital y de servicios se comunitarizaron con rapidez, las competencias de tipo social y fiscal permanecieron confinadas al ámbito más lábil de la cooperación intergubernamental. De ese modo, los márgenes para la intervención económica de los Estados también se fueron restringiendo, sentando las bases de lo que sería del «déficit social» posterior (MAESTRO BUELGA, 2000:125; JOERGES, 2005: 39).

En un contexto así, el reconocimiento de algunos derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia tampoco podía servir para ocultar la subordinación de su jurisprudencia a los imperativos comunitarios de la libre competencia y la libre circulación de capitales y servicios, así como a una interpretación restrictiva de las "excepciones" que los Estados podían imponer en nombre de objetivos «sociales»[15]. Muy pronto, en efecto, la disposición del Tribunal de Justicia a la hora de revisar la "constitucionalidad" de las legislaciones estatales desde la perspectiva del artículo 30 (luego 28 TCE) se vio complementada por nuevos desarrollos en la política y el derecho de la competencia. De ese modo, la atención se centró en los fallos de las políticas públicos antes que en los fallos de los mercados, pasándose del control de las políticas anti-competitivas de los poderes privados a la restricción de las políticas de ayudas estatales (JOERGES, 2005: 26)[16].

El fin del mundo bipolar instalado durante la Guerra Fría supuso una aceleración de las "necesidades constituyentes" generadas por el propio proceso de integración a lo largo de la década de los 80. Por una parte, la cuestión de la ampliación al Este, arriesgada desde un punto de vista práctico pero ineluctable desde el punto de vista lógico, vino a complicar aún más las tareas pendientes de profundización política y social. De modo similar, la intensificación del proceso de globalización y de concentración de capitales, la agudización de la crisis ecológica y el crecimiento de los movimientos migratorios, así como el papel hegemónico asumido por los Esta-

dos Unidos, pasaron a condicionar de manera decisiva la política europea interna y externa.

Este nuevo contexto, en suma, creó las condiciones para un salto cualitativo en el proceso de integración que el Acta Única de 1986, con su impulso al mercado único y con la introducción, en ese ámbito, del criterio de adopción de decisiones por mayoría cualificada, no había podido prever.

Dicho salto "constituyente" se materializó en 1992 con la aprobación del Tratado de Maastricht, que convirtió a las Comunidades Europeas en Unión Europea. A pesar de las expectativas –ligadas a antecedentes como el Proyecto Spinelli–, puestas en un relanzamiento constitucional formal, el Tratado de Maastricht apostó por una nueva variante de funcionalismo tecnocrático y mercantilista que intentó presentar la unificación monetaria como un requisito fundamental para la posterior consecución de la Europa política y social.

Sin embargo, la complejidad de los procedimientos de toma de decisiones consagrados, la falta de una separación clara de poderes, el impulso de instrumentos jurídicos cuyo alcance resultó incomprensible para los propios «expertos», sólo acrecentaron la percepción social de que la Unión constituía una estructura opaca y distante. Desde el punto de vista económico, por su parte, y en consonancia con el nuevo "sentido común" instalado tras el derrumbe del bloque soviético, se abandonó la relativa apertura del ordenamiento jurídico en la materia para sentar las bases de una auténtica "Constitución dirigente", pero en sentido claramente neoliberal[17]. Así, la aportación "social" del Tratado de Maastricht se limitó a la propuesta de un Protocolo de carácter programático que el veto del Reino Unido dejó gravemente herido. La timidez del Protocolo social, en todo caso, contrastaba con los detallados criterios de convergencia económica asumidos como "decisión constitucional" de fondo: contención de la inflación y de los tipos de interés, déficit público no superior al 3% del PIB y endeudamiento público no mayor al 60%. Estos objetivos, sumados al fortalecimiento de los órganos políticamente menos controlados, como el Banco Central Europeo, no sólo permitieron afianzar los procesos de privatización en marcha en los Estados miembros sino que contribuyeron a la pérdida de normatividad del mandato social contenido en sus Constituciones, limitándoles, de manera sensible, la posibilidad de impulsar políticas económicas y sociales alternativas (MAESTRO BUELGA, 2000: 127 y ss.).

Tras la puesta en marcha del euro, el déficit político y social de la Unión se hizo aún más visible (MORELLI, 2003: 70). Aprovechando el cambio de gobierno en el Reino Unido, el Tratado de Amsterdam introdujo, en 1997, un Título VII dedicado al empleo, incorporó el Acuerdo de Política Social aprobado en Maastricht e introdujo en su pórtico –el artículo 136 del TCE– una referencia tanto a la Carta Social Europea de 1961 como a la inocua Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores de 1989. Sin embargo, su impacto en un ordenamiento jurídico que había asumido de manera estructural los principios de la ortodoxia neoliberal fue escaso (MAESTRO BUELGA, 2000: 147). La referencia a las Cartas sociales no supuso, ni entonces ni en los Tratados posteriores, su inclusión en el ámbito de actuación del Tribunal de Justicia[18].

La aprobación del Tratado de Niza, en 1999, tampoco trajo soluciones adecuadas a los problemas existentes. Para compensar el creciente déficit de legitimidad, al menos en un plano simbólico, los ejecutivos estatales decidieron afrontar con alguna sistematicidad la cuestión pendiente de los derechos. Sin embargo, el com-

promiso fue débil. Una autodenominada "Convención" de expertos, nombrada por los ejecutivos estatales y presidida por el jurista y ex-presidente alemán Roman Herzog, recibió el encargo de "hacer visibles" en una Carta los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento y en la jurisprudencia comunitarios.

Condicionada por esa necesidad de "mostrar los derechos" sin "destruir" el complejo reparto competencial existente entre la Unión y los Estados (RUBIO, 2002; CRUZ VILLALÓN, 2004: 115 y ss.). la Convención redacto un texto manifiestamente auto-contenido desde el punto de su alcance, aplicabilidad y justiciabilidad. A pesar de la asunción formal de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos, los sociales quedaron en una situación devaluada en relación, no sólo con ciertas libertades civiles, sino también con las libertades de mercado y los derechos patrimoniales[19]. Finalmente, la Carta se "proclamó" de manera "solemne" en diciembre de 2000, pero su estatuto jurídico se dejó en un intencionado estado de indefinición.

En este contexto, las urgencias constituyentes no tardaron en llamar nuevamente a la puerta. De ser un objetivo postergable, la ampliación al Este pasó a convertirse en una realidad inminente. Los cuestionamientos sociales a la deriva tecnocrática y monetarista del proceso de integración, por su parte, no cesaron de crecer[20]. Exigencias elementales de legitimidad y eficacia, pues, justificaban la introducción de concesiones y una actualización más audaz del método Monnet de los "pequeños pasos" y las "pequeñas reformas". El abierto tono "federalista" del discurso de mayo de 2000 pronunciado por el Ministro de Relaciones Exteriores alemán, Joschka Fischer, en la Universidad Humboldt, pareció abrir un espacio para un genuino debate constituyente. Los ejecutivos estatales recogieron la iniciativa con extremada prudencia. En la Declaración sobre el futuro de la Unión, se convocó a una discusión "más profunda y amplia" que permitiera afrontar, entre otras cuestiones: la necesidad de "mejorar y garantizar" la legitimidad democrática y la transparencia de la Unión y de sus instituciones, para "acercarla a los ciudadanos"[21].

Todavía entonces, los gobiernos estatales podrían haber mantenido la maleable "Constitución" no escrita hasta entonces vigente, promoviendo su modificación por las vías convencionales. Sin embargo, tras el batacazo que para las clases dirigentes supuso el rechazo irlandés al Tratado de Niza, la hipótesis de un nuevo Tratado basado en una lógica simplemente "eficientista" –adecuar institucionalmente la Unión a una Europa de 25 países– se reveló como un movimiento muy arriesgado. En parte, la expresión "Constitución", al igual que otras, como "gobernanza" comenzó a a convertirse en una "marca de venta" atractiva si de lo que se trataba era de sumar voluntades al proceso de ampliación (WEILER y WIND, 2003: 2) En esa coyuntura, precisamente, los gobiernos optaron por convocar en Laeken una nueva "Convención" pensada a partir de la que había elaborado la Carta de Niza. Aunque su objetivo literal era estudiar los temas planteados en la Declaración sobre el futuro de la Unión y redactar "un documento final que podrá contener opciones diversas", fue el punto de referencia que permitió el posterior impulso del Tratado constitucional.

3. ¿Constitución o Tratado?: Un Proceso Constituyente Restrictivo Bajo la Larga Sombra del *Ancien Régime*

Ciertamente, los ambiciosos objetivos fijados en la Declaración de Laeken de 2001 y la evocación directa o indirecta de conceptos como "Convención" o "Constitución", pretendían concitar la legitimidad

simbólica que ni la fría burocracia de Bruselas ni las desangeladas Cumbres europeas habían conseguido granjearse. En el plano real, sin embargo, nunca estuvo claro que los ejecutivos estatales estuvieran dispuestos a abandonar la máxima según la cual *les traités sont affaires des Princes, pas des peuples,* ni a moderar, por tanto, su férreo control sobre cualquier proceso "constituyente" que pudiera generarse en clave post-estatal.

Teniendo en cuenta ese trasfondo, no llama la atención que las continuidades entre el Tratado constitucional y sus antecesores sean mayores que las cesuras que muchas veces se han querido señalar. En cualquier caso, si bien un "Tratado constitucional" comporta un híbrido de complicada conceptualización, hay dos errores que deberían evitarse para captar su sentido jurídico y político más profundo[22]. Por un lado, conceder que se está ante una Constitución auténticamente "constitucionalista", esto es, ante una Constitución capaz de inscribirse en la mejor tradición del constitucionalismo garantista, igualitario y democrático; en sentido opuesto, considerar que se está ante un simple Tratado más, desconociendo las implicaciones simbólicas y materiales de la terminología empleada. Con la prevención de que toda definición es convencional, en todo caso, hay dos sentidos en los que el Tratado firmado en Roma no puede reputarse una Constitución: ni como un texto *formalmente* ligado a un proceso constituyente democrático, ni como un pacto que *materialmente* permita replantear, sobre bases sencillas, la vida política y económica europea.

Desde un punto de vista formal, la neutralización y ocultación de cualquier poder constituyente surgido *ex populi* ha sido un signo constante de la construcción europea[23]. Atenazado entre la tentación "soberanista" que sólo lo concibe vinculado a una idea homogénea, acabada e incluso estatalmente definida de "pueblo", y la ensoñación "tecnocrática" que se complace en su suplantación semi-clandestina por órganos «constituidos» opacos, carentes de controles, pero supuestamente más "eficientes y previsibles", el concepto de «poder constituyente democrático» no ocupado nunca un lugar real en la construcción europea (ALLIÈS, 2004: 45 y ss.; CANTARO, 2003: 51 y ss.).

A resultas de ello, no se ha priorizado la necesidad de crear espacios y procedimientos que estimularan su potencia creativa y dieran expresión a su naturaleza conflictiva y plural[24]. El resultado, en el caso del Tratado constitucional, ha sido un proceso constituyente de escasa legitimidad tanto en su fase ascendente como durante las fases propiamente dichas de desarrollo y ratificación[25].

a) Por lo que se refiere a su *legitimidad ascendente,* el Tratado constitucional no nació, contra lo que proclama su artículo I-1, de "la voluntad de los ciudadanos" ni de los pueblos y habitantes de Europa. No hubo una Asamblea constituyente con un mandato surgido de la discusión y el sufragio popular. A pesar de su carácter innovador en la historia de la integración, "el método de la Convención" no puede considerarse un instrumento de democratización sustancial del proceso constituyente en Europa.

En el caso de la Convención convocada en Laeken, los límites de representatividad[26] y el estigma de la supervisión de los ejecutivos estatales estuvieron siempre presentes, tanto en el momento de su composición[27], como en su configuración como poder de reforma de cara a futuros procesos de revisión del Tratado constitucional[28].

b) Si se atiende a la *legitimidad de ejercicio*, el método inter-gubernamental parece gozar también de mejor salud que nunca. A diferencia de lo que sería propio

de una Asamblea constituyente democrática, la "Filadelfia europea" se vio condicionada de entrada por el papel privilegiado que los ejecutivos se aseguraron a través del *Praesidium*, un reducido grupo de 12 notables dirigidos por el ex-presidente francés V. Giscard d'Estaing. En connivencia, precisamente, con los gobiernos que los habían nombrado, el *Praesidium* y su Secretariado se aseguraron el control de la apertura y cierre de los trabajos "constituyentes" durante los 18 meses de funcionamiento de la Convención. Para que este control fuera efectivo, Giscard impuso el curioso procedimiento de no votar y se reservó la interpretación de los consensos. Ese poder discrecional se reflejó en decisiones como la de posponer el debate sobre la política exterior de la Unión hasta la finalización de la guerra de Irak, o el rechazo de la mayoría de las enmiendas presentadas por los grupos socialista, verde o de la izquierda europea en el marco de un debate claramente restringido (DUHAMEL: 2003). Tampoco es de extrañar, en la misma dirección, que de los 11 Grupos de Trabajo constituidos por el *Praesidium* para la discusión de temas específicos[29], los referidos a "Gobernanza económica" y a "la Europa social", fueran finalmente los menos fecundos (ALLIÈS: 2004: 64 y ss.)[30].

La incidencia de las publicitadas audiencias de la Convención con la "sociedad civil", por su parte, no han dejado otra huella que la de la capacidad de presión, dentro de ésta, de los poderes privados con más recursos y mejor organizados, como las organizaciones empresariales europeas. Por su parte, la apertura de un "página web" como instrumento central de "transparencia" y "acercamiento" a los ciudadanos fue todo un signo de la voluntad de reducir el poder constituyente democrático a una escenificación virtual y siempre inofensiva.

En ese contexto, los elementos nucleares del Tratado constitucional se explican antes por las preferencias de los gobiernos –auténticos "señores", diga lo que se diga, tanto de sus Estados como de la Unión– que por el impulso de la Convención. Prueba evidente de ello son la decisiva Parte III[31], incorporada de manera furtiva a la primera propuesta de Tratado presentada por la Convención en Salónica, en junio de 2003, y las significativas modificaciones, muchas de ellas "a la baja" desde un punto de vista social y federal, introducidas tras las negociaciones de las Conferencias Intergubernamentales posteriores.

c) Finalmente, en lo que respecta a la *legitimidad descendente*, tampoco se asumió la petición exigida por varios grupos políticos europeos de una ratificación mediante un referéndum popular simultáneo en todos los Estados miembros. Por el contrario, y a pesar de las exhortaciones de la propia Convención europea, los Estados miembros, apelando al principio de autonomía institucional, pusieron en marcha diferentes procesos de ratificación, no siempre a la altura del tenor simbólico del texto discutido[32]. De hecho, de los 12 Estados que hasta el momento han ratificado el Tratado constitucional, 10 han preferido la restrictiva vía de la aprobación parlamentaria a cualquier consulta ciudadana. Por su parte, en España y Luxemburgo, donde sí se convocaron consultas populares, la ausencia de un debate público plural y de calidad y las denuncias por utilización parcial de los fondos públicos para hacer campaña a favor del Tratado dejaron al desnudo las anodinas convicciones "republicanistas" de sus impulsores. Y conociendo los antecedentes de la Unión y de los Estados miembros en la materia, no sería de descartar que, a pesar de los contundentes rechazos al Tratado producidos en los referéndum de Francia y Holanda, se intentara forzar a la población de estos

países a «meditar mejor» su posición sobre el Tratado en una nueva consulta[33].

Ahora bien, las críticas al carácter excluyente y "tutelado" del proceso de elaboración del Tratado constitucional podrían considerarse exageradas o secundarias si su relación con los contenidos adoptados no fuera tan estrecha. Con frecuencia, en efecto, se sostiene que la legitimación procesal de una decisión (el cómo) no garantiza necesariamente su corrección en términos sustanciales (el qué). Lo cierto, sin embargo, desde un punto de vista histórico, es que las "presencias" y "ausencias" en el contenido de una Constitución suelen estar estrechamente vinculados a los sujetos e intereses incluidos o excluidos del proceso de su configuración[34].

En ese sentido, no sorprende que desde un punto de vista material, el Tratado aprobado en Roma no "constituyera" nada sustancialmente nuevo, limitándose a enmendar aspectos periféricos de lo ya "constituido", o que ni siquiera pudiera llevar adelante su objetivo "pedagógico" de volver racional –como diría Hegel– lo que ya era real[35].

En efecto, sin necesidad de asumir una lectura jacobina de los procesos de cambio constitucional, bien puede afirmarse que una Constitución política que no quiere ser un texto simplemente "otorgado" no puede limitarse a "revelar" lo ya existente[36]. Debe plantearse contra alguien y algo antiguo y a favor de alguien o de alguna cosa nueva. Dicho de otro modo: la conquista de una Constitución, cuando forma parte de un impulso democrático más amplio, supone siempre la denuncia de un orden excluyente e imperfecto y la instauración de vías para un orden mejor y más inclusivo. Por una mezcla de límites empíricos y falta de anticipación institucional, el "techo ideológico" del Tratado constitucional siempre se planteó, en sus aspectos políticos y sociales fundamentales, como el del *Ancien Régime.* Y eso fue lo que quedó tras la Cumbre inter-gubernamental de Roma: el antiguo régimen de siempre, con su estrecha comprensión del constitucionalismo y de sus exigencias, retocado y dotado, eso sí, de nuevos ropajes simbólicos.

Que el Tratado de Roma II no pueda considerarse una Constitución en un sentido axiológicamente exigente, no quiere decir, en todo caso, que quepa "desdramatizar" su alcance o reducirlo al de un simple Tratado más. Es verdad que desde un punto de vista jurídico-formal los mecanismos escogidos para la elaboración, aprobación y eventual reforma del texto reflejan la persistencia del método intergubernamental y las señas de un Tratado concluido entre estados. Limitarse a esta constatación, sin embargo, supondría subestimar la intención política que se desprende de la terminología escogida, así como su innegable dimensión simbólica y material[37]. El Tratado constitucional, en efecto, no es un Tratado más, como el de Maastricht, Amsterdam, o Niza. Como se desprende del contenido literal de muchos de sus artículos, es un texto con pretensiones "constitucionales" que pretende, con ese carácter, y no con el de un simple Tratado, primar de manera perdurable[38] sobre el derecho constitucional e infra-constitucional de los Estados miembros[39].

Desde ese punto de vista, la supeditación de toda reforma sustancial ulterior, bien al "acuerdo común" de una Conferencia de representantes de los gobiernos y a la ratificación unánime de los Estados miembros (artículo IV-443), bien al previo pronunciamiento, también unánime, del Consejo europeo (artículos IV-444 y IV-445), no puede considerarse la simple expresión de una regla clásica del derecho internacional. Se trata, y de ahí su importancia, de un mecanismo de super-rigidez que, en el contexto de una Unión de 25

países (y no ya de 6, de 9, de 12 o de 15) comporta el virtual "blindaje" de una específica concepción institucional y económica de un modelo con aspiraciones "constitucionales".

4. El Desequilibrio en el Sistema Institucional: Una Parlamentarización Débil y la Consolidación de un Federalismo Inter-Gubernamental y Tecnocrático

Al enunciar los temas que deberían formar parte de un debate genuinamente "constitucional", la Declaración de Laeken levantó moderadas expectativas acerca de la posibilidad de modificar el sistema institucional de la Unión en un sentido que lo hiciera más "transparente" y "cercano" a la ciudadanía. Sin embargo, las acotadas modificaciones introducidas para conseguir ese objetivo –en materia de competencias parlamentarias, de subsidiariedad, de participación ciudadana– no permiten resolver la ausencia en la Unión Europea de un *Rule of Law* a la altura de los tiempos.

Así, aunque el artículo I-2 del Tratado asegura que la "democracia" es uno de los valores de la Unión, después de medio siglo de integración, sigue consagrándose un entramado institucional en el que los órganos que de verdad deciden son los menos responsables desde un punto de vista democrático, mientras que el órgano más representativo –el Parlamento europeo– conserva una posición del todo subalterna.

Con el objetivo de simplificar sus actos jurídicos, por ejemplo, el Tratado constitucional introduce por primera vez la categoría de "leyes" y "leyes marco" europeas (artículo I-33), que substituirían, respectivamente, a los actuales "reglamentos" y "directivas" comunitarios. Sin embargo, se trata de un cambio más bien nominal, ya que continúa faltando un auténtico poder legislativo representativo de la voluntad ciudadana.

La iniciativa legislativa, en efecto, sigue encomendándose a la Comisión europea (artículo I-26.2), una suerte de ejecutivo comunitario propuesto por los gobiernos y especialmente sensible a la presión de los grandes lobbies privados[40] y a la influencia de los especialistas y expertos comunitarios[41]. Así, aunque el Consejo tiene suficiente peso como para iniciar los programas que la Comisión debe convertir en propuestas concretas, es ella quien posee la llave del poder legislativo. Al mismo tiempo, dispone de competencias ejecutivas importantes en materia presupuestaria, que la convierten en guardián de la ortodoxia monetarista establecida en el Pacto de Estabilidad. Gran parte de su poder, en realidad, reside en la tendencia de los gobiernos a acordarle una responsabilidad máxima en políticas cuyo impulso en el ámbito estatal comportaría una carga considerable de «impopularidad». Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito de las políticas de libre competencia, en las que la Comisión establece controles, multas y sanciones dirigidas a penalizar los abusos de posición dominante producidos por las ayudas estatales a empresas públicas (MAGNETTE, 2003: 107).

Sumado a ello, la Comisión ejerce sus funciones en un contexto caracterizado por la ausencia de controles suficientes. Los comisarios son en última instancia elegidos por los propios gobiernos y no pueden ser censurados de forma individual por el Parlamento, que sólo dispone de la posibilidad de censurar colectivamente a toda la Comisión. El Tratado constitucional no hace demasiado para remover este marco estructural de opacidad ni para impedir que la Comisión[42], encargada en principio de proteger el "interés comunitario", se convierta en correa de transmisión de concretos intereses privados de mercado[43].

En cualquier caso, si la Comisión dispone de un considerable margen de inicia-

tiva política, los gobiernos estatales siguen siendo el poder constituido más importante del sistema político de la Unión. Antes ya del Tratado constitucional, el Consejo de Ministros reunía, de hecho, características propias de un legislador incontrolable y de un gobierno incontrolado, de una Cámara Alta y de un auténtico ejecutivo a la vez. El Tratado constitucional complica aún más el dispositivo: su artículo 21 distingue el Consejo europeo (los jefes de Estado y de Gobierno) del Consejo de Ministros (denominado, sencillamente, el Consejo), dejando en evidencia la primacía del primero y la menor autonomía de este último.

Así, aunque el artículo I-21 estipula que el Consejo Europeo "no ejercerá función legislativa alguna", sus potestades exceden largamente las de dar a la Unión de "los impulsos necesarios para su desarrollo" y para la definición "de sus orientaciones y prioridades políticas generales" (artículo I-21) (MARTÍNEZ SIERRA, 2004: 49 y ss.). La influencia del Consejo Europeo en la iniciativa legislativa de la Comisión –por mediación de las conclusiones de la Presidencia– y en las decisiones finales de los Consejos sectoriales de Ministros –dada la dependencia de sus miembros de sus respectivos gobiernos– es determinante[44]. El Tratado constitucional refuerza su posición incluyéndolo por primera vez de manera formal junto al resto de las instituciones clásicas de la Unión y estableciendo la figura de un Presidente del Consejo Europeo (artículo I-22). Nombrado por dos años y medio, el Presidente del Consejo tendría que convivir con la figura también nueva del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión (artículo I-28), por lo que su incidencia en la política interna y externa europea sería todo menos pacífica.

Un repaso superficial del texto del Tratado constitucional permite advertir la amplitud y relevancia de las decisiones institucionales cuya adopción se encomienda a los Jefes de Gobierno y de Estado agrupados en el Consejo Europeo[45]. Es evidente que en todos estos casos, la incidencia del Parlamento europeo sería mínima, lo que contribuiría a desdibujar aún más su papel como órgano legislativo y de control.

Como ya ha venido sucediendo en los Tratados anteriores y desde el Acta Única, el Tratado constitucional amplía el número de ámbitos –de 37 a 80– en los que el Parlamento podría co-decidir legislativamente con el Consejo. Esta extensión, y su conversión en procedimiento legislativo ordinario, representa ciertamente un paso adelante respecto del Tratado de Niza. Pero es del todo insuficiente en relación al papel que un texto que se pretende "constitucional" y "democrático" debería otorgarle al único órgano directamente elegido por los ciudadanos europeos tras más de cincuenta años de integración.

El Parlamento, es verdad, podría enmendar e incluso vetar iniciativas legislativas de la Comisión (artículo III-396). Pero sólo después de un largo y complejo proceso, en el que el requisito de la unanimidad en la co-decisión del Consejo puede convertirse en un obstáculo imposible de remontar[46], y sin conservar la última palabra en materias claves como la presupuestaria. Por otra parte, la conversión de la co-decisión en procedimiento legislativo ordinario no impide que en muchos casos se reconozcan al Parlamento funciones meramente consultivas[47], que se establezcan auténticas reservas en las que la capacidad de intervención normativa se encomienda en exclusiva a la Comisión o al Consejo[48], e incluso que se introduzca el llamado fantasma de "Ioannina" si se considera que están en juego intereses "cruciales" de los Estados[49].

Por otro lado, las funciones estrictamente de control del Parlamento se encuentran lejos de lo que sería exigible a un texto que pretende sentar unas bases cons-

titucionales formales para la Unión. La responsabilidad del Consejo es prácticamente inexistente, y aunque el Parlamento mantiene su poder de censura sobre la totalidad de la Comisión (artículo III-340), no se prevé, como ya se ha dicho, la censura de comisarios individuales (después del reputado "caso Buttiglione", simplemente se ha llegado un acuerdo para que el Parlamento pueda "sugerirla" al Presidente de la Comisión). Tampoco se recoge la propuesta –discutida en los debates de la Convención– de que fuese el Parlamento quien propusiera y escogiera al presidente de la Comisión. Según el artículo I-27, es el Consejo Europeo quien propone el candidato, teniendo en cuenta, simplemente, "los resultados de las elecciones europeas" y, después de «mantener las consultas adecuadas». Al Parlamento, por su parte, le queda la potestad de aceptarlo o rechazarlo.

En suma, son los ejecutivos de los Estados, a través del Consejo Europeo y de los Consejos de Ministros, junto a la Comisión, quienes después de un complicado proceso de negociaciones que incluye a las respectivas administraciones y grupos de presión privados, determinan buena parte del contenido de la normativa comunitaria. No son de recibo, en este sentido, ni las construcciones "euro-escépticas" que pretenden establecer una separación categóricas entre la burocracia de Bruselas y los Estados, que permita cargar todas las culpas en la primera y absolver a los segundos, ni las construcciones "pluralistas" y *multilevel* que imaginan un circuito de «tolerancia» constitucional e institucional en el que los diferentes órganos se moderan mutuamente sin que nadie adquiera un peso decisivo[50].

Lejos, en efecto, de haber generado las prácticas constitucionales "horizontales" y "en red" que algunas concepciones pretenden atribuirle, el modelo institucional europeo refuerza el "señorío" de los Estados y, sobre todo, de sus ejecutivos, en diferentes escalas, generando de ese modo un "doble déficit democrático". Por un lado, en el ámbito interno, donde los gobiernos vacían progresivamente de competencias a los parlamentos respectivos, al tiempo que se liberan de su tutela. Por otra parte, en el ámbito europeo, donde estos mismos ejecutivos concentran muchas de las facultades decisorias que deberían reconocerse a un Parlamento europeo digno de tal nombre.

La reparación de ese desequilibrio en el sistema político, que sacrifica cualquier legitimidad de origen a una legitimidad por resultados de signo tecnocrático[51], exigiría la introducción de controles y contra-poderes muchos más contundentes que las tímidas previsiones con las que el Tratado constitucional pretende justificar sus progresos democráticos. Ni el sistema de "alerta temprana" con el que se pretende rehabilitar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, así como el papel de control de los Parlamentos estatales[52]; ni la resignada continuidad en la configuración del Comité de las Regiones[53]; ni la restrictiva petición ciudadana con la que se quiere reflejar una apuesta por la "democracia participativa"[54], permiten pensar en un alejamiento sustancial del proceso de "federalización" simplemente inter-gubernamental y elitista en el que la Unión se encuentra embarcada desde hace ya tiempo.

Por el contrario, la preferencia por los espacios opacos dominados por la tecnocracia y los "expertos", comporta un reforzamiento sistémico de órganos decisivos en la construcción europea, como el Tribunal de Justicia y el Banco Central[55]. El caso del Tribunal, como ya se ha señalado antes, es revelador. Integrado por magistrados propuestos por los estados miembros y convertido en árbitro de las

"diferencias" que cada tanto se producen entre la Comisión y el Consejo, ha desempeñado, con la más o menos disimulada aquiescencia de los tribunales estatales ordinarios y constitucionales estatales[56], un papel central en la consolidación del ordenamiento europeo como un ordenamiento "económico-constitucional". O, mejor, como un ordenamiento dotado de una "Constitución económica" que, apelando a criterios "técnicos" situados fuera del ámbito de lo "político", ha condicionado y vaciado de normatividad el en buena medida ya incumplido núcleo social de las Constituciones estatales[57].

En efecto, contra la ilusión que pretende establecer una separación tajante entre lo "político" y lo "económico", la arquitectura institucional consagrada en la Unión y reforzada por el Tratado constitucional no puede desligarse del *indirizzo* económico que existe detrás del Derecho de la integración. La Comisión, el Consejo, el Tribunal de Justicia y el Banco Central son, bajo el atento escrutinio de los ejecutivos estatales, los órganos más permeables a las presiones de los grandes poderes de mercado y los que se encuentran en mejor disposición para aplicar los objetivos económicos que privilegia el Tratado constitucional.

5. Una Constitución Económica *Dirigente* y Una Carta de Derechos Pensada para *No Molestar*

Sería falso presentar la Constitución económica que formaliza el Tratado como una degeneración tardía e inesperada en la construcción europea. El Tratado de Roma de 1957, de hecho, ya presentaba en esta cuestión una serie de rasgos que lo distinguían de las Constituciones de sus Estados miembros, como la francesa de 1946/1958 o la italiana, de 1947. Básicamente, fijaba en términos jurídicos los principios y reglas de funcionamiento de una economía de mercado, regida por la libre circulación de mercancías, servicios, trabajadores y capitales, y por la normas de la libre competencia. Así, aunque al mismo tiempo el Tratado dejaba en mano de los Estados la posibilidad de definir su propio sistema de protección social –el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad existente en los Estados miembros (artículo 295 ex 222 del Tratado de Roma; retomado por el artículo III-425 del Tratado constitucional)– la presión de las reglas europeas fue "cerrando" y "dirigiendo" progresivamente (OFFE, 2003) el marco de opciones económicas (y la postre, ecológicas) que las Constituciones estatales "abrían"[58].

Esta tensión entre la «apertura» de las Constituciones estatales y el "cierre" de la Constitución europea, compensado por la externalización de los ajustes a los socios más vulnerables que se iban incorporando al ordenamiento comunitario y por el reconocimiento "reflejo" de algunos principios y programas sociales (y ambientales) sólo si se consideraban funcionales al crecimiento de la productividad y a la consolidación del mercado interior, acabó por consolidarse con el Acta Única y, sobre todo, con la Unión Monetaria acordada por el Tratado de Maastricht.(DEAKIN, 1996: 66 y ss.). En realidad, el Tratado constitucional se ha limitado a "blindar" las líneas maestras del *acquis* económico de la Unión, relegando las previsiones sociales y ambientales al evanescente plano de las "cláusulas de compromiso dilatorio" o subordinándolas a la «decisión» política y jurídica de fondo contenida, sobre todo, en la Parte III.

Así, la referencia en la Parta I a una "economía *social* de mercado" (artículo I-3-3), cuyos ecos "ordoliberales" no han pasado por alto en la doctrina[59], desaparece por completo en la Parte III, donde

en cambio abundan las menciones a "una economía de mercado abierta en la que la competencia es libre"[60]. Lo mismo ocurre con las invocaciones al "desarrollo sostenible", al "pleno empleo", al "progreso social", a la "lucha contra la exclusión" o a la prosecución de "un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente" (artículo I-3-3). No sólo naufragan en los dogmas liberales detallados en la Parte III sino que ya aparecen de entrada contradichos por el compromiso con la "alta competitividad" y con una "competencia libre y no falseada" recogidos en la propia Parte I (artículos I-3-3 y I-3-2). Si se somete el Tratado constitucional a una criba de conjunto, el veredicto es inapelable: la palabra "mercado" se cita 78 veces y la palabra "competencia", 27. En cambio, expresiones como "progreso social" o "economía social de mercado" aparecen mencionadas 3 y 1 vez, respectivamente (FABIUS, 2004:29). Estas asimetrías, que tal vez podrían disimularse en términos hermenéuticos en una eventual aplicación del texto, resultan inocultables en un momento constituyente[61].

La distribución de competencias entre los Estados y la Unión consolida, con algunos matices, el modelo clásico: el desarrollo de las políticas sociales se deja básicamente en manos de los Estados, pero dentro de un marco –el que fijan, sobre todo, el Pacto de Estabilidad y las "libertades fundamentales"– que restringe de forma sensible su posibilidad de ponerlas en marcha. Por otra parte, lo que se encomienda a la Unión es, sobre todo, la realización de aquellas políticas necesarias para profundizar la liberalización del mercado.

Es verdad que la intervención de la Unión en materia de políticas sociales viene parcialmente alentada por el la introducción del dúctil y controvertido "método abierto de coordinación"[62]. Así, por ejemplo, el artículo I-15 dispone que la Unión podrá tomar iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales y laborales de los Estados miembros. De modo similar, se ha insistido en la importancia de las cláusulas sociales y ambientales horizontales del artículo III-117 y III-119, que obligan a la Unión a tener en cuenta en sus actuaciones las exigencias derivadas de la promoción "de un alto nivel de empleo", de la garantía "de una protección social adecuada" de la lucha "contra la exclusión social" o de "la protección del medio ambiente". O de los artículos III-210 y III-213, que permiten a la Unión apoyar, complementar y coordinar la acción de los Estados en ámbitos como "las condiciones de trabajo", "la seguridad social y la protección social de los trabajadores", "la información y consulta de los trabajadores" o "la integración de las personas excluidas".

Lo que ocurre, sin embargo, es que estas cláusulas sociales y ambientales horizontales, que de manera aislada podrían considerarse un progreso importante, quedan neutralizadas por las múltiples cláusulas, también transversales, que las subordinan al respeto a las libertades de mercado. Así, los artículos III-177 y III-178 recuerdan que para alcanzar los objetivos previstos en el artículo I-3 del Tratado constitucional "la acción de la Unión y de los Estados miembros» se llevará a término «de conformidad con el principio de una economía abierta y de libre competencia", y en el marco de una política monetaria "cuyo objetivo principal sea mantener la estabilidad de precios". Igualmente, en tiempos de flexibilización laboral rampante, esto es, de abaratamiento del despido, no es difícil adivinar el significado que tiene que la Unión quiera "potencial" una mano de obra "formada y adaptable, así como unos mercados laborales capaces de reaccionar rápidamente a la evolución de la economía" (artículo III-203). El propio artículo III-209, de hecho, aclara que cuan-

do la Unión "colabore" con los Estados en políticas sociales, no deberá perder de vista la "necesidad de mantener la competitividad de la economía". Eso explica que queden excluidas de esta tarea de "apoyo y complemento" las clásicas cuestiones tabú de la política social europea, como son "las retribuciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga o el derecho al lock-out" (artículo III-120.3) (BRONZINI, 2005: 29).

El resultado es claro: mientras en materia de política social se incentivan los mecanismos de coordinación y se ensalzan las virtudes del *soft law*, en el ámbito de las políticas económicas y monetarias rige un *hard law* especificado con celo (BRONZINI: 2005: 31). En materia competencial, por ejemplo, no se prevén prácticamente nuevas cesiones a la Unión (se crean nuevas bases jurídicas en energía, protección civil y turismo, aunque ya se desarrollaban políticas comunitarias en estos ámbitos). Sin embargo, las competencias exclusivas que se le reconocen tienen que ver con las materias que constituyen la piedra angular de las libertades de mercado: "unión aduanera", "normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior", "política monetaria de los estados miembros cuya moneda es el euro» y «política comercial común" (artículo I-13). En materia de política monetaria, por su parte, queda claro que el objetivo principal es el mantenimiento de la "estabilidad de precios" (artículos I-30.2; III-177 y III-185) y que su custodia corresponderá al Banco Central, sin que ningún gobierno estatal pueda intentar "influir" en él (artículo III-188).

Las reglas del mercado y la competencia y las reglas sociales corren así a diferentes velocidades. Las primeras pueden ampararse en títulos competenciales generosos y ser impulsadas por mayoría cualificada; las segundas sólo pueden imponerse como *soft law* mediante procesos en general más largos, regidos por las "líneas rojas de la unanimidad y, por lo tanto, por el derecho de veto de los países más reticentes (BRONZINI: 2005: 31). El artículo I-12.5 resume sin ambages el espíritu que anima al Tratado constitucional en esta cuestión: impedir que la actuación de "coordinación" realizada por la Unión pueda comportar una "armonización al alza" de las regulaciones estatales en materia social o ambiental.

En sentido similar, se ha dicho que con el Tratado constitucional, los servicios públicos gozarán por primera vez de base jurídica. Para justificar esta afirmación se citan artículos como el II-96, que establece que la Unión "reconoce y respeta" el acceso a los "servicios económicos de interés general", o el III-122, que dispone que la Unión y los Estados miembros "dentro de sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de la Constitución", velarán porque estos servicios "funcionen de acuerdo con principios y condiciones económicas y financieras en particular, que les permitan cumplir su cometido". Sin embargo, los "servicios económicos de interés general", (SIEG) poco tienen que ver, a la luz de las directivas adoptadas en los años noventa en áreas como telecomunicaciones, correos, energía o transporte, con la robusta concepción de "servicios públicos" elaborada, por ejemplo, en la tradición francesa. Se trata de un "servicio mínimo" cuya garantía se encuentra supeditada al primado de un principio de "libre competencia" que sólo admite unas pocas y muy estrictas derogaciones y que excluye, por lo tanto, la posibilidad de medidas de apoyo público para dinamizar un determinado sector económico o social (FABIUS, 2004: 30).

La severa restricción de las ayudas estatales que "falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones" (artículo

III-167), constituye un obstáculo significativo para conjurar las deslocalizaciones. Ese peligro de una "competencia a la baja" en materia de estándares laborales, sanitarios y ambientales se agrava aún más cuando se dan todos los pasos para evitar una armonización fiscal de tipo progresiva. Así, el artículo III-156 dispone que las restricciones a los movimientos de capitales o a los pagos entre Estados miembros o entre Estados miembros y terceros países está prohibida. El artículo III-157.2, por su parte, confirma que "el Parlamento europeo y el Consejo tratarán de alcanzar el objetivo de la libre circulación de capitales (...) en la mayor medida posible", y el III-157.3 agrega que sólo una ley o ley marco europea del Consejo podrá, por unanimidad, y previa consulta al Parlamento, establecer "un retroceso en el Derecho de la Unión respecto de la liberalización de los movimientos de capitales". Un Estado miembro, por lo tanto, que intente actuar de manera más o menos audaz contra las deslocalizaciones, correría el riesgo de contravenir los preceptos del Tratado constitucional.

Finalmente, está la propia cuestión presupuestaria. A pesar de su supuesta retórica "social", el Tratado constitucional tampoco proporciona elementos para una política presupuestaria y tributaria progresiva. Por el contrario, y en contradicción con algunas reglas elementales de técnica constitucional, se recogen unas obsesiones "normativas" por el equilibrio presupuestario y la ausencia de déficit (artículos I-53.2 yIII-184) que la "normalidad" política y económica de la Unión no han hecho más que desmentir de manera sistemática[63].

El principio de unanimidad, por su parte, rige el sistema de recursos propios –que debe ser decidido por el Consejo y aprobado por cada Estado miembro (artículo I-54) –, la aprobación del cuadro financiero plurianual (artículo (I-55) y la eventual armonización de las legislaciones en materia fiscal (artículo III-170 y artículo III-171). Para el presupuesto de 2005, se ha confirmado una partida que apenas supera el 1% del PIB del total de países de la Unión, una cantidad inferior al 1,27% exigido por la propia Comisión y sensiblemente menor al 20% del presupuesto federal de los Estados Unidos. Si se tiene en cuenta que, en una Unión ampliada a 25 países, lo que se dedicará a fondos estructurales y de cohesión ronda la tercera parte de ese 1%, no es difícil pronosticar una «guerra entre pobres» y una "competencia a la baja" determinada, esta vez, por un texto que pretende legitimarse como constitucional.

Es en este contexto en el que debe juzgarse el potencial papel de la Carta de derechos fundamentales de la Unión incluida en la Parte II. Presentada como el instrumento de redención de una Unión "incompleta" afectada por el pecado original de la ausencia de un catálogo formal de derechos, es difícil pensar que la Carta vaya a contribuir, de manera significativa, a revertir el déficit político, y sobre todo social y ambiental, que aqueja a la Unión.

Es mucho lo que se ha dicho ya acerca de las inconsistencias en materia de derechos sociales y ambientales de una Carta que, después de todo, tenía por objeto "hacer visibles" derechos ya reconocidos por el derecho originario y derivado y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Vid., entre otros, ARRIGO, 2005; BRONZINI, 2005; CRUZ VILLALÓN, 2004; MARTÍNEZ SIERRA, 2004; GRIMM, 2003; CANTARO, 2003; FAVOREU; 2003; DE SCHUTTER, 2003; LUCIANI, 2000).

De entrada, y a pesar de la supuesta apuesta de la Carta por la "interdependencia" e "indivisibilidad" entre las diferentes categorías de derechos, el cuidado exhibido en la consagración de los derechos de «libertad» –entre los que se incluye la libertad de empresa (artículo II-76) y el derecho de propiedad (artículo II-77)– es

visiblemente mayor que el aplicado al reconocimiento de los derechos denominados de "igualdad" (Título II) y de "solidaridad" (Título III).

Así, aunque el Preámbulo de la Carta menciona tanto al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como a la Cartas sociales europea y comunitaria, éstas últimas desaparecen tanto del artículo I-9, dedicado a los derechos fundamentales, como del artículo II-112, dedicado al alcance e interpretación de la Carta. Mientras derechos como el derecho al trabajo, a una vivienda digna o a un ambiente sano y de calidad aparecen reducidos, respectivamente, al derecho "a trabajar" (artículo II-75)[64], a una "ayuda de vivienda" (artículo II-94.3) o a un simple mandato de "protección del medio ambiente" (artículo II-97), otros, como la libertad de empresa o el derecho de propiedad, aparecen consagrados de una manera generosa y despojados incluso de la "función social" que le imponen ciertas constituciones estatales (LA TORRE, 2004; COMBA, 2003; DE SCHUTTER, 2003; CANTARO, 2003).

Del mismo modo, la supeditación del reconocimiento de muchos derechos sociales a lo establecido "en el Derecho de la Unión, en las legislaciones y prácticas nacionales"; la equívoca remisión, como criterio interpretativo, a las "explicaciones" de los mismos realizadas por la Convención redactora (artículo II-112.7); o la referencia, introducida a instancias del Reino Unido, a "principios" que "sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional" previo desarrollo legislativo (artículo II-112.5)[65] no pueden interpretarse sino como intentos de mantener, en lo fundamental, su estatuto de minoría jurídica y de derechos de segunda categoría en relación con ciertos derechos civiles, político y patrimoniales (GRIMM, 2003: 11).

Es verdad que el artículo II-113 establece que ninguna disposición de la Carta puede interpretarse como limitativa o lesiva de derechos reconocidos en los diferentes instrumentos estatales e internacionales de protección de derechos humanos, comenzando por el Convenio Europeo. En buena lógica, sin embargo, parece claro que una sola Constitución estatal no podrá convertir su nivel más alto de protección de un determinado derecho en el nivel de protección que deba utilizarse en todos los Estados a la hora de enjuiciar y aplicar el Derecho comunitario. Así, este nivel más alto no podría regir ni siquiera en el Estado en cuestión, ya que ello impediría, a la larga, la aplicación uniforme del Derecho comunitario[66]. Por otra parte, el principio de *stand still*, que ciertamente podría aplicarse a los derechos sociales, no tendría por qué no regir también respecto de los derechos patrimoniales reconocidos en la Carta. En consecuencia, cualquier cambio significativo en la jurisprudencia que, como se ha visto, contempla a los derechos sociales como "excepciones" a las libertades de mercado sólo admisible bajo requisitos muy estrictos, resultaría bastante improbable.

En otras palabras: tal vez pueda aceptarse que el artículo II-113 incorpora, en cierto modo, un mandato de "no regresividad" en el corazón de la Carta. Pero eso no quiere decir que ésta vaya a facilitar, al menos en el corto plazo, una presión eficaz de los operadores políticos y jurídico para mejorar el nivel de protección ya existente[67]. Así, la cláusula horizontal del artículo II-111 se encarga en recordar que la Carta «no crea ninguna competencia ni misión nuevas para la Unión», mientras que el artículo II-112 dispone que "los derechos reconocidos (...) que se mencionan en otras Partes de la Constitución, se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas". Es decir, que es la Carta la que ha de interpretarse de acuerdo a los principios y políticas estipulados en el res-

to del Tratado constitucional, y no al revés. Se consigue, de ese modo, que la Carta "no moleste", que sea un elegante "convidado de piedra" (CRUZ VILLALÓN, 2004) de maneras contenidas y respetuoso de un sistema de reparto competencial que exige, como cláusula de cierre, el respeto por "el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia" (artículo III-177) [68].

6. Conclusiones: La Compleja Articulación Constitucional de la ***Europa potencia***

Si la separación entre "política" y "economía" es un mito recurrente en el pensamiento constitucional liberal, no es menos frecuente el de la desconexión entre Constitución económica y Constitución penal y militar. En efecto, si la erosión del principio democrático en el constitucionalismo europeo ha sido funcional a la erosión del principio social, el debilitamiento de ambos a supuesto, no ya la desaparición sin más de todos los atributos de la "soberanía" y de la "estatalidad", sino por el contrario, el fortalecimiento, desigual y combinado, de la única dimensión de la misma que permanece intacta: la burocratización y la concentración del uso de la violencia (DE GIORGI, 2003: 246).

En efecto, y contra lo que parecen sugerir las versiones más idealizadas del constitucionalismo *multilevel*, la agudización de la crisis de la forma social y democrática del Estado en Europa no se ha traducido sin más en un pluralismo jurídico, liberal y cultural, articulado de manera virtuosa en diferentes escalas. Por el contrario, ha supuesto el regreso de un "liberalismo autoritario" que une la exigencia de una Constitución económica dirigente a la exhibición exponencial de potencia penal y militar, tanto en el ámbito interno[69] como hacia el exterior[70].

La constitucionalización de una Unión Europea policial y militarizada, que asume de manera progresiva parte del poder de coacción de los Estados miembros, es de hecho un proceso contradictorio que se remonta, sobre todo, al impulso de la moneda única, con el Tratado de Maastricht.El clima de "histeria securitaria" instalado tras el 11 de septiembre de 2001 y el paso de una política exterior de hegemonía a una de dominio por parte de los Estados, han acelerado ese proceso, que ha dejado huellas inconfundibles en el Tratado constitucional (FERNÁNDEZ DURÁN, 2004: 43 y ss.).

Así, la inclusión de una "cláusula de solidaridad" que permite a la Unión movilizar medios militares puestos a disposición por los Estados miembros para "prevenir la amenaza terrorista" en cualquiera de ellos (artículo I-43-a); el encargo al Consejo Europeo de evaluar "de forma periódica las amenazas a las que se enfrenta la Unión" (artículo III-329); la regulación detallada de las funciones de Europol y Eurojust, en contraste con las tímidas previsiones previstas para su control[71]; la recepción discriminatoria y excluyente de los derechos de los extranjeros y de la política migratoria de la Unión[72]; o la configuración, en general, de un "Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia" (artículo I-42) que es cada vez más un espacio policial y de control interno, son algunos de los signos de «excepcionalidad» que el Tratado recoge con un lenguaje entre ambiguo y desenfadado.

De manera similar, la falta de un compromiso consistente con el derecho internacional de los derechos humanos, con la Carta de la ONU y con una Unión pacífica[73] así como la oscilante relación de sumisión, emulación y tímida disidencia coyuntural con el proyecto imperial de los Estados Unidos[74], ponen en entredicho la viabilidad de un proyecto europeo "diferenciado" (ZAGREBELSKY, 2003, 11 y

ss.). O si se prefiere, cuestionan la viabilidad de una Unión Europea capaz de mantener algún tipo de unidad no "imperial" o "super-estatal" (SLOTERDIJK, 2003) y de exorcizar, así, los fantasmas del militarismo, del racismo y del "chauvinismo del bienestar" (BALIBAR, 2003; FERNÁNDEZ DURÁN, 2004: 43 y ss.).

Llegados a este punto, la subordinación de cualquier propuesta de Constitución formal europea a los imperativos de un transformado constitucionalismo social y democrático post-estatal se convierte en una exigencia ineludible para una teoría y una práctica críticas respecto del proceso de "construcción europea". Ciertamente, la impugnación de algunas de las concretas trayectorias de ese proceso –de sus derivas tecnocráticas, monetaristas, securitarias, discriminatorias y anti-sociales– no tiene por qué inducir ni a un repliegue nostálgico al Estado-nación –a la ilusión de una homogeneidad nacional inexistente, de un mundo seguro de fronteras fijas– ni el abandono a alguna variante más o menos elitista de "euro-escepticismo". De lo que se trataría, en realidad, es de profesar un europeísmo capaz de revolverse de manera resuelta contra ciertas imágenes de "Europa"; de mantenerse al mismo tiempo "dentro" del proyecto europeo y «ajeno» a algunas de sus concreciones (DE GIORGI, 2003: 246).

Exigir la constitucionalización de Europa, en este sentido, no tiene por qué suponer la exigencia (o el lamento por la pérdida) de formas "estatales", es decir, de poderes burocratizados, militarizados, mercantilizados y centralizados, obsesionados en último término por la reconducción a la "unidad" y la custodia de la "soberanía"[75]. Ni los Estados-nación han perdido todos estos atributos, puesto que mientras la forma "social" y "democrática" se ha deteriorado (de manera desigual según los Estados), la forma "penal" se ha fortalecido como nunca; ni es posible decir que la Unión Europea carezca de ellos en todas sus dimensiones. De hecho, la Unión Europea realmente existente bien puede calificarse como un "Super-Estado débil" (BALIBAR, 2004). O si se prefiere, puede considerarse una suerte de "Super-Estado" desde un punto de vista monetario, burocrático y, cada vez más, militar, y una organización precariamente institucionalizada, en cambio, desde una perspectiva fiscal, social o ecológica (FERNÁNDEZ DURÁN, 2005: 130 y ss.).

De lo que se trataría, en este contexto, es de imaginar, a partir de la crítica, precisamente, del "pensamiento de Estado", un sistema europeo coordinado y abierto de instituciones que admita la introducción de permanentes límites y controles para toda forma de poder, público y privado, y la articulación, en diferentes escalas, de espacios adecuados de control y participación social[76]. Un proyecto de este tipo no supondría negar la necesidad de mediaciones jurídicas e institucionales, pero sí renunciar a su "fijación"" bajo formas estatales.

Del mismo modo, defender la necesidad de dar expresión al "poder constituyente europeo" no supone invocar un horizonte de uniformidad étnica, cultural o incluso lingüística. Significa, por el contrario, asumir el carácter irreversiblemente diverso, multicultural y plurinacional de los pueblos, habitantes y movimientos sociales europeos y, a partir de allí, exigir "procesos constituyentes" capaces de dar expresión a su potencia creativa[77].

A pesar de sus discutibles credenciales garantistas y democráticas, la irrupción en escena del Tratado constitucional ha tenido la paradójica virtud de alentar una esfera pública europea crítica y movilizada, capaz de apropiarse, al menos en parte, de un proceso constituyente secuestrado por las administraciones estatales y comunita-

rias, los expertos y los principales grupos de presión. No es fácil saber en qué acabará ese impulso. Pero de su consolidación y crecimiento en diferentes escalas y esferas dependen en gran parte las posibilidades de conjurar las derivas anti-democráticas, anti-sociales y autoritarias de la actual Unión Europea y de sus Estados miembros.

REFERÊNCIAS

AA. VV., *La ilusión constitucional. Una crítica del Proyecto de la Convención y razones para una Europa alternativa,* X. Pedrol y G. Pisarello (eds.), El Viejo Topo, Barcelona, 2003.

AGNOLETTO, V. *I limiti della nuova Costituzione europea*, en AA.VV., *Il nuovo Tratato di Roma. Europa e processo costituente,* Ediesse, Roma, 2005.

ALLIÈS, P. *Une Constitution contre la démocratie?. Portrait d'une Europe dépolitisée,* Climats, Paris, 2004.

ARRIGO, G. *Costituzione per l'Europa e diritti fondamentali*, en AA.VV., *Il nuovo Tratato di Roma. Europa e processo costituente,* Ediesse, Roma, 2005.

BALIBAR, E. *¿Nosotros, ciudadanos de Europa?,* Tecnos, Madrid, 2003.

- *Europa, constitution, frontière,* Éditions du Passant, París, 2004.

BENGOETXEA, J. *La Europa Peter Pan. El constitucionalismo europeo en la encrucijada,* IVAP, Oñati, 2005.

BERCOVICI, G. *Constituição e Estado de Exceção permanente. Atualidade de Weimar,* Azougue, Río de Janeiro, 2004.

BRONZINI, G.*Il 'modelo sociale' europeo*, en *La Costituzione europea. Luci e ombre,* E. Pacciotti (ed.), Meltemi, Roma, 2003a.

- *L'Europa politica dopo la Convenzione: tra continuità e rottura*, en *Europa, Costituzione e Movimenti Sociali,* G. Bronzini, H. Friese, A. Negri, P. Wagner (ed.), Manifestolibri, Roma, 2003b.

- *Il nuovo 'costituzionalismo' europeo: il rinnovamento necessario della teoria costituzionale*, en AA. VV., *Il nuovo Tratato di Roma. Europa e processo constituente,* Ediesse, Roma, 2005.

CANTARO, A. *Europa sovrana. La costituzione dell'Unione tra guerra e diritti,* Dedalo, Bari, 2003.

COMBA, M.*I diritti civili. Verso una nuova funzione della propietà privata*, en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea,* G. Zagrebelsky (ed.), Laterza, Bari, 2003.

CORPORATE EUROPEAN OBSERVATORIY. *Europa S.A.,* Icaria, Barcelona, 2003.

CRUZ VILLALÓN, P. *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa,,* Trotta, Madrid, 2004.

DEAKIN, S. *Labour law as a market regulation, the economic foundations of European social policy*, en *European Community labour law: principles and perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn,* Claredon Press, Oxford, 1996.

DE GIORGI, A. *L'Europa fra Stato Penale e nuova cittadinanza*, en G. Bronzini, H. Friese, A. Negri, P. Wagner (ed.), Manifestolibri, Roma, 2003.

DE SCHUTTER, O. *La garanzia dei diritti e princìpi sociali nella 'Carta dei diritti fondamentali'*, en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea,* G. Zagrebelsky (ed.), Laterza, Bari, 2003.

DUHAMEL, O. *Pour l'Europe. Le texte intégral de la Constitution expliqué et commenté,* Seuil, París, 2003.

ELSTER, J. *Deliberation and Constitution Making*, en *Deliberative Democracy,* J. Elster (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

ESTÉVEZ, J. A. *El problema de la unidad europea y de los Estados nacionales*, en *Mientras Tanto,* nº 57, Barcelona, 1994.

- *La Constitución como proceso y la desobediencia civil,* Trotta, Madrid, 1994.

FABIUS, L. *Une certain idée de L'Europe,* Plon, París, 2004.

FAVOREU, L. *I garanti dei diritti fondamentali europei*, en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea,* G. Zagrebelsky (ed.), Laterza, Bari, 2003.

FERNÁNDEZ DURÁN, R. *La compleja construcción de la Europa Super-potencia. Una aportación al debate sobre el futuro del Proyecto Europeo y las resistencias que suscita.*

FERRAJOLI, L. *El derecho como sistema de garantías*, en *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Trotta, Madrid, 1999.

FERRERES COMELLA, V. *La Constitució espanyola davant la clàusula de primacia del*

Dret de la Unió Europea. Comentari a la Declaració 1/2004 del Tribunal Constitucional, en *El Clip* nº 30, Institut d'Estudis Autonómics, Barcelona, 2005.

FIORAVANTI, M.*Il Tratatto costituzionale europeo: una nuova tappa del processo costituente in Europa*, en *Dalla Convenzione alla Costituzione,* G. Vacca (ed.), Dedalo, Bari, 2005.

FOUCAULT, M. *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-78),* Le Seuil, París, 2004.

- *Naissance de la biopolitique. Cours au collège de France (1978-79),* Le Seuil, París, 2004.

GOMES CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituçao,* 3ª ed., Almedina, Coimbra, 1999.

- *Constituçao Dirigente e Vinculaçao do Legislador: Contributo para Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas,* Coimbra Editora, Coimbra, 2001

GRIMM, D.*Una costituzione perl'Europa?,* en G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro y J. Luther (eds.), *Il futuro della costituzione,* Einaudi, Turín, 1996.

- *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea,* G. Zagrebelsky (ed.), Laterza, Bari, 2003.

HABERMAS, J., *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dietter Grimm*, en G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro y J. Luther (eds.), *Il futuro della costituzione,* Einaudi, Turín, 1996.

- *Facticidad y Validez,* Trotta, Madrid, 1998.

- *¿Por qué Europa necesita una Constitución?,* en *New Left Review,* nº 11, 2001.

HÄBERLE, P., *El Estado constitucional,* UNAM, México, 2001.

HAYEK, F. *The Constitution of Liberty,* Routledge, Londres, 1990.

JOERGES, Ch. *¿Qué tiene de social-demócrata la Constitución económica?,* en *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 73, 2005.

LA TORRE, M. *La Constitución en tiempos de Imperio*, en *Pasajes,* nº 15, Valencia, 2004.

LOUIS, J-V. *Les projects de constitutions dans l'histoire de la construction européenne*, en *La constitution de l'Europe,* P. Magnette (ed.), *Institut d'Etudes Europeennes,* Bruselas, 2000.

LUCAS, J. DE.*Perplejidades ante la 'Constitución europea'*, en *Jueces para la democracia,* nº 50, Madrid, 2004.

LUCIANI, M.*Diritti sociali e integrazione europea*, en *Annuario 1999. La Costituzione europea,* Associazione Italiana dei costituzionalisti italiani, Cedam, Padua, 2000.

MAC CORMICK, N.*Beyond the Sovereign State*, en *Modern Law Review,* n 56 – I, 1993.

MAESTRO BUELGA, G.*Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea*, en *Revista Española de Derecho comunitario,* nº 7, 2000.

MAGNETTE, P.*Questions sur la Constitution européenne*, en *La Constitution de l'Europe,* P. Magnette (ed.), Institute d'Etudes Europeennes, Bruselas, 2000.

- *Le régime politique de l'Union Européenne,* Presses de Sciences Po, París, 2003.

MANZELLA, A. *Agnizione e innovazione: nascita di una Costituzione*, en *La Costituzione europea. Luce e ombri,* Elena Paciotti (ed.), Meltemi, Roma, 2003.

MARTÍNEZ SIERRA, J.M.*La Constitución europea ¿Qué papel cumple en este momento? Una lectura crítica*, en *Documentación social. Revista de Estudios Sociales y Sociología Aplicada,* nº 134, Madrid.

MEZZARDA, S., y RIGO, E.*L'Europa dei migranti*, en G. Bronzini, H. Friese, A. Negri, P. Wagner (ed.), Manifestolibri, Roma, 2003.

MORELLI, U., Morelli. *La Costituzione europea: il modello federalista*, en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea,* G. Zagrebelsky (ed.), Laterza, Bari, 2003.

MUÑOZ MACHADO, S. *La Unión Europea y las mutaciones del Estado,* Madrid, Alianza, 1993

NEDELSKY, J. *Private Property and the Limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and its Legacy,* University of Chicago Press, Chicago, 1990.

NEGRI, A. *L'Europa e l'Impero. Riflessioni su un processo costituente,* Manifestolibri, Roma, 2003.

- *El Poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad,* Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1994.

NEVES, M. *La constitucionlizaçao simbolica,* Ed. Academica, S. Paulo, 1994.

NINO, C.S. *La constitución de la democracia deliberativa,* Gedisa, Barcelona, 1997.
OFFE, C. *The European model of 'social' capitalism*. *Can it survive European integration?,* en *Journal of Political Philosophy,* nº 11, 2003.
PERNICE I. *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, en *Common Market Law Review,* vol. 36, 1999.
- y FRANZ MEYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea,* G. Zagrebelsky (ed.), Laterza, Bari, 2003.
PIZZORUSSO, A., *Il patrimonio costituzionales europeo,* Il Mulino, Bolonia, 2002.
- *Una Costituzione 'ottriata'*, en *La Costituzione europea. Luci e ombre,* E. Pacciotti (ed.), Meltemi, Roma, 2003a.
POIARES MADURO, M. *We, The Court, The European Court of Justice and the European Economic Constituion,* Hart Publishing, Oxford, 1998.
- *Europe and the constitution: what if it is as good as it gets*?, en *European Constitutionalism Beyond the State,* J.H.H. Weiler y M. Wind (eds.), Camdridge Univeristy Press, Cambridge, 2003.
RUBIO LLORENTE, F. *Mostrar los derechos sin destruir la Unión*, en *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 64, 2002.
SCHARP, F.W. *Governare l'Europa* Il Mulino, Bolonia, 2002.
SIERVO, U. *I diritti costituzionali europei e i diritti costituzionali italiani*. (A proposito della 'Carta dei diritti fondamentali'), en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea,* G. Zagrebelsky (ed.), Laterza, Bari, 2003.
SLOTERDIJK, P. *Si Europa despierta,* Pre-textos, Valencia, 2004.
SOUSA SANTOS, B. *A crítica da razao indolente. Contra o desperdício da experiência,* Cortez Editora, Porto Alegre, 2000.
TRIDIMAS, T. *The General Principles of EC Law,* Oxford University Press, Oxford, 1999.
WEILER, J. H.H. *Does Europe Need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, en *European Law Journal,* nº 1, 1995.
- *The Constitution of Europe,* Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- *Federalismo e costituzionalismo: il 'Sonderweg' europeo*, en *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea,* G. Zagrebelsky (ed.), Laterza, Bari, 2003a.
- *In defence of the statu-quo: Europe's constitutional Sonderweg*, en J.H.H. WEILER Y M. WIND, *European constitutionalism beyond the State,* Cambridge University Press, Cambridge, 2003b.
- y WIND. M. *Introduction: European constitutionalism beyond the state* en J.H.H. WEILER Y M. WIND, *European constitutionalism beyond the State,* Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
ZACHER, U. *Los derechos fundamentales de los trabajadores en la Carta Europea de Derechos Fundamentales*, en *Temas laborales,* nº 65, 2002.
ZILLER, J. *La nuova Costituzione europea,* Il Mulino, Bolonia, 2004.

NOTAS

[1] Al respecto, Vid., entre otros, FIORAVANTI, 2005: 103 y ss.; GRIMM, 2003: 16 y ss.; BRONZINI, 2003b: 111 y ss.; 2005: 18 y ss.; CRUZ VILLALÓN, pp. 17; PIZZORUSSO, 2003: 41 y ss.

[2] Hasta el momento, el Tratado constitucional ha sido ratificado por 12 países: Austria, Chipre, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Eslovaquia, Eslovenia, Luxemburgo, España y Alemania (que aún tiene pendiente la firma de su presidente). Sin embargo, el rechazo expresado en los referéndum de Francia y Holanda ha puesto en crisis el conjunto de un proceso ratificatorio. En rigor, éste debería cancelarse, ya que para la ratificación se exige el concurso unánime de los 25 Estados miembros. Sin embargo, la Declaración nº 30 aneja al Tratado introduce alguna confusión al estipular, de manera un tanto eufemística, que «si transcurrido un plazo de dos años desde la firma del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, las cuatro quintas partes de los Estados miembros lo han ratificado y uno o varios Estados miembros *han encontrado dificultades* para proceder a dicha ratificación, el Consejo Europeo *examinará* la cuestión» (Cursivas G.P.).

[3] Una perspectiva metodológicamente similar, aunque otorgando a ambos términos, como se verá, un sentido parcialmente diverso, en WEILER y WIND, 2003: 3 y ss.

[4] Esta versión avanzada del componente garantista del actual paradigma constitucional ha sido sólidamente defendida por FERRAJOLI, 1999: 15 y ss.

[5] Desde estas premisas, la participación en la elección y control de los poderes constituidos, así como la existencia de vías que permitan la constante expresión del poder (o poderes) constituyente(s), representan un criterio irrenunciable a la hora de medir el carácter más o menos avanzado de un sistema constitucional. Sobre la lógica democrático-deliberativa del constitucionalismo y la primacía del principio de democracia directa ha insistido NINO, 1997 y, con matices, HABERMAS, 1998. En una perspectiva discursiva más retórica, pero con menos concesiones a la tendencia de los ordenamientos jurídicos existentes a «absorber» la potencia democrática del poder constituyente en la "maquinaria representativa" de los poderes constituidos, véase NEGRI, 1994.

[6] Vid. PIZZORUSSO, 2002. En un sentido similar, P. Häberle utiliza la expresión "derecho constitucional común europeo" (HÄBERLE, 2001). Lo que aquí se sugiere, en todo caso, es un canon comparativo más amplio, no necesariamente eurocéntrico, que sea capaz de enjuiciar el proceso de integración, también, a partir de las mejores aportaciones, formales y materiales, provenientes del constitucionalismo internacional, incluido el del "Sur" o el del "Este".

[7] J.H.H. Weiler ha popularizado, a propósito de la construcción europea, la expresión "constitucionalismo sin Constitución". En su opinión, en efecto, la europea sería ya una práctica constitucionalista virtuosa, caracterizada por una cierta delimitación de poderes y una vocación de convivencia "tolerante" y "plural" con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Desde esas premisas, mantener un cierto *statu quo* sería preferible a impulsar una Constitución formal que, en opinión de Weiler, comportaría necesariamente un Estado europeo, una mayor centralización y una amenaza, en definitiva, para la diversidad cultural de la Unión (WEILER, 1999; 2003a y 2003b). En este texto, el sentido que se da a la expresión Constitución es más formal, y no se concibe necesariamente ligada a la idea de Estado. La expresión constitucionalismo, en cambio, se utiliza de manera más exigente en términos ideal-normativos. Así, no sólo supondría la conveniencia de una cierta descentralización vertical del poder, sino también la necesidad de incorporar, en cada una de esas dimensiones, garantías sociales y democráticas suficientes.

[8] "Pesa mucho –explicaba C. Castoriadis– la ilusión constitucional, la idea de que basta tener una Constitución para que las cosas estén en orden", Cit. en AA.VV., 2003.

[9] Autores como N. Mac Cormick, J.H.H. Weiler o I. Pernice han expresado reservas similares frente a este "monismo soberanista", tanto en su vertiente estatal como comunitaria. Como alternativa, han propuesto un enfoque metodológico "pluralista" que evite las tentaciones tanto de quienes sólo ven la posibilidad de profundizar los procesos de democratización y tutela de los derechos en el ámbito de los Estados nacionales como de quienes aspiran a la consagración de un Super-Estado europeo encargado de hacerlo. Sin perjuicio de la innegable brillantez de estas construcciones, se trata sin embargo de análisis lastrados por una concepción en exceso complaciente de la Unión Europea y de los Estados nacionales "realmente existentes". Esa complacencia no siempre les permite percibir de manera adecuada la pertinaz presencia de elementos irreductibles de "estatalidad" (burocratismo, militarismo, mercantilización, chauvinismo) que deben ser superados tanto en uno como en otro nivel. Vid., entre otros, MAC CORMICK, 2003; WEILER, 1999; 2003a; 2003b; PERNICE, 1999; PERNICE y MEYER, 2003. Desde similares presupuestos metodológicos, pero con un sentido más incisivo, BRONZINI, 2005.

[10] Es conocido el debate entre quienes demandan la existencia de un "pueblo europeo" como prerrequisito para la existencia de una Constitución y quienes, por el contrario, consideran que una Constitución puede "inducir" el surgimiento de una esfera pública europea Vid., por todos, GRIMM, 1996 y HABERMAS, 1996. Grimm ofrece una versión matizada de su posición original en GRIMM, 2003. Una actualización de las reflexiones de Habermas, por su parte, puede verse en HABERMAS, 2001.

[11] Tan antigua como los copiosos estudios y comentarios sobre la cuestión. A propósito de esta abundancia de literatura sobre el tema, J. H. H. Weiler se ha permitido ironizar en su introducción a la edición italiana de *The Constitution of Europe*: (L)as palabras 'Constitución' y 'europea' se han convertido en un peligro para la salud mental. Cada vez que las leo voy de inmediato a buscar una aspirina. Los libros que tratan sobre la Constitución europea quizás deberían reproducir en la tapa la advertencia 'perjudica la salud' con que se acompaña los paquetes de tabaco». Cit. por BRONZINI, 2003b. Sobre los diferentes proyectos de Constitución en la historia de la construcción europea, LOUIS, 2000: 41 y ss.

[12] Desde un punto de vista formal, ya en 1963 el Tribunal de Justicia sostuvo, en su sentencia "Van Gend & Loos", que los Tratados constitutivos que habían dado lugar a las Comunidades Europeas habían generado un nuevo ordenamiento jurídico, distinto del de los Estados miembros así como del derecho internacional. Es decir, un ordenamiento *sui generis* que, en cualquier caso, vinculaba a todos los poderes de la Comunidad y a los Estados miembros. En la Sentencia "Costa c. Entel", de 1964, estableció por su parte que dicho ordenamiento tenía primacía sobre el derecho de producción estatal. En la Sentencia "Simmenthal", de 1978, incorporó la obligación de los jueces estatales ordinarios, como jueces comunitarios, de inaplicar las leyes estatales que resultaran anticomunitarias, sin que pudieran suspender el procedimiento y elevar una cuestión al Tribunal Constitucional estatal. En la misma línea, a partir de su Sentencia «Parti écologiste», de 1986 (luego confirmada en decisiones como "Weber", de 1993, o "Comisión c. Bei", de 2003), el Tribunal de Justicia definió a los Tratados constitutivos como la "Carta constitucional" de una "Comunidad de derecho", y señaló que ni los órganos comunitarios ni los Estados miembros podían sustraerse al control de conformidad con la misma.

[13] En efecto, a resultas de la "presión" de algunos Tribunales constitucionales estatales –el italiano y, sobre todo, el alemán– el Tribunal de Justicia se vio obligado a asumir la protección de algunos derechos fundamentales. Primero, como "principios generales", y luego, como un reflejo de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como de los convenios internacionales de los que hubieran sido parte, comenzando por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Uno de los detonantes de este giro fue el dictado, en 1974, de la sentencia conocida como "Solange I" por parte del Tribunal constitucional federal alemán. Allí se sostenía que mientras no existiera a nivel europeo una tutela suficiente de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional se reservaría el control de la aplicación del derecho comunitario tomando como base los derechos reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn.

[14] Consciente de estos límites, el propio Parlamento europeo, que había ya impulsado un Proyecto de Constitución en 1984 (el Proyecto "Spinelli"), propició una nueva iniciativa constitucional en 1993-1994 (el Proyecto "Herman"). Sin embargo, ni el resto de órganos comunitarios, ni los parlamentos estatales se hicieron eco de la propuesta (LOUIS, 2000: 41).

[15] La Carta social europea de 1961, nacida en el ámbito del Consejo de Europa y revisada en 1996, nunca llegó a considerarse un punto de referencia relevante en el ordenamiento comunitario.

[16] Sobre todo entre 1974 y 1993, el Tribunal de Justicia desarrolló una arraigada jurisprudencia que dejaba claro que la tutela de derechos sociales constituía una excepción a la libre circulación de mercancías, de servicios y de competencia. En consecuencia, la limitación de estos principios sólo podía admitirse en condiciones restrictivas si se probaba su proporcionalidad y su carácter no discriminatorio. Para ello, por ejemplo, era necesario probar que los intereses en juego podían verse expuestos a "riesgos graves" o una "amenaza significativa" y que las medidas adoptadas para protegerlos eran las menos restrictivas para las libertades de mercado. Vid., TRIDIMAS, 1999: 124 y ss; DE SCHUTTER, 2003: 211 y ss; ALLIÈS, 2004: 55 y ss.; 122 y ss..

[17] La expresión "Constitución dirigente" es utilizada por J.J. Gomes Canotilho para describir la densidad normativa de las Constituciones sociales de posguerra –sobre todo de la Constitución portuguesa de 1976- y su capacidad para vincular la capacidad de actuación del legisla-

dor ordinario (GOMES CANOTILHO, 2001). En la agudización de la crisis del Estado social, el constitucionalismo de la Unión Europea es una suerte de constitucionalismo dirigente inverso, de orientación neoliberal. Es decir, un sistema constitucional que interviene de manera activa para erosionar la forma social del Estado y rehabilitar el valor tendencialmente absoluto de las libertades de mercado.

[18] Las Cartas, en efecto, no se mencionan en el artículo 6.2 del TUE al que el 46, relativo a las competencias del Tribunal, reenvía.

[19] De entrada, y pese a las sugerencias presentadas en la primavera de 2000, no se incluyeron todos los derechos consagrados en la versión revisada de la Carta Social europea de 1996. La justificación fue que la Carta no había sido ratificada por los 15 Estados miembros. La incorporación de algunos derechos, como el derecho a un salario mínimo, fue rechazada por "maximalista" (ZACHER, 2002: 15-16).

[20] La progresiva erosión del carisma comunitario reconoce una larga lista de antecedentes: el "no" danés en el referéndum sobre el Tratado de Maastricht, en 1992; el ajustado "sí" francés –poco más del 50% de los votos emitidos- al mismo Tratado; el "no" noruego en el referéndum sobre el ingreso a la Unión de 1995; el "no" danés en el referéndum sobre el Tratado de Amsterdam; el "no" irlandés en el primer referéndum sobre el Tratado de Niza; el "no" sueco en el primer referéndum sobre la adopción del euro; la elevada tasa de abstención en las elecciones al Parlamento Europeo (un 50,2%, que alcanzó el 76,6% en el Reino Unido y el 70% en los Países Bajos); el surgimiento, a mediado de los años 90, de los primeros movimientos sociales de protesta de ámbito europeo y de las primeras "euromarchas". Como es evidente, los decisivos rechazos al Tratado constitucional en Francia y Holanda no pueden explicarse sin esos precedentes.

[21] Junto a estos temas, se planteaba también los de la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros, respetando el principio de subsidiariedad; la fijación del estatuto jurídico de la Carta de Niza; la simplificación de los Tratados y el papel de los parlamentos nacionales en la arquitectura europea.

[22] A. Manzella, por ejemplo critica a los que sólo ven en el Tratado a Argos, el perro de Ulises, que "revela" la Constitución escondida, y no a Zeus, que saca de su propia cabeza a Atenea en armas, es decir, que hace nacer una "nueva" Constitución (MANZELLA 2003:29).

[23] "Europa, tan rica en teorías y prácticas del poder constituyente –constata Paul Alliès– se ha convertido en el lugar de su olvido (...) La modernidad institucional europea se empeña en tornar impensable el poder constituyente, en negar que pueda 'expresarse como subjetividad', salvo en un ámbito 'social' interpretado por la economía o la sociología. Es como si este poder, en la Unión, se limitara a la defensa de derechos subjetivos, sin que sus titulares, los ciudadanos europeos, puedan influir en las decisiones adoptadas en este nivel" (ALLIÈS, 2004: 53 y 54).

[24] Intentando distanciarse de las connotaciones esencialistas del concepto de "pueblo", así como de su construcción e identificación "desde arriba", en clave estatal, Vid. la caracterización, de explícita filiación spinoziana, que realiza A. Negri de la "potencia constituyente de la multitud" (NEGRI, 1994: 369 y ss.).

[25] Con alguna ligera variante, estos tres criterios de legitimación de los procesos constituyentes están tomados de la clasificación propuesta por ELSTER, 1998.

[26] Por ejemplo, aunque el Tratado dice asumir la igualdad entre hombres y mujeres como un valor (artículo I-2) y un objetivo (artículo I-3) de la Unión, la presencia de estas últimas en la Convención no fue superior al 20%. Y si se tiene en cuenta –como apunta P. Alliès– que pretendía representar a 450 millones de ciudadanos, es posible que la Convención haya alcanzado un récord en materia de ratio censitaria en la historia constitucional (ALLIÈS, 2004: 64 y ss.)

[27] No es casual que entre los 105 miembros titulares de la Convención diseñada por el Consejo europeo de Laeken hubiera dos antiguos jefes de Estado, una media docena de antiguos Primer Ministros, unos cincuenta ministros, 56 representantes de los parlamentos de los Estados miembros y de los países candidatos, 28 representantes de los gobiernos, 16 representantes del Parlamento europeo y 2 de la Comisión. Tampoco es extraño que 72 parlamentarios elegidos o designados en segundo grado formaran parte de la Convención sin tener mandato alguno para ello.

[28] El poder de intervención reconocido por el Tratado a la "Convención" de cara a reformas futuras es claramente limitado. Según el procedimiento de reforma ordinaria previsto en el artículo IV-403, el Consejo europeo podrá decidir por mayoría simple, previa aprobación del Parlamento, no convocar una Convención cuando la importancia de las modificaciones no lo justifique. Por su parte, en caso de ser convocada, la Convención emitirá una serie de recomendaciones a una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados para que aprueben de común acuerdo las modificaciones al Tratado.

[29] Los 11 Grupos de Trabajo eran: G.I: subsidiariedad; G.II: Carta Europea de derechos fundamentales; G.III: Personalidad jurídica; G.IV: Parlamentos nacionales; G.V: Competencias complementarias; G.VI: *Governanza* económica; G.VII: Acción exterior; G.VIII: Defensa; G.IX: Simplificación; G.X: Libertad, Seguridad y Justicia; G.XI: Europa social.

[30] Para una descripción más detallada, aunque más bien elogiosa del funcionamiento interno de la Convención y de sus grupos de trabajo, ZILLER, 2004: 126 y ss.

[31] Integrada por más de 300 de los 448 artículos del conjunto del texto, la Parte III regula de manera exhaustiva todas las políticas de la Unión –mercado interior, política económica y monetaria, agricultura, transportes, energía, inmigración– e incorpora con detalle reglamentario muchas de sus obsesiones monetaristas y mercantilistas. El resultado es un texto que, contrariando las normas más elementales de técnica constitucional, pretende fijar no sólo las reglas del juego sino también las condiciones de su desarrollo.

[32] Sólo la Constitución de Irlanda obliga a activar el refrendo popular para constitucionalizar las modificaciones en el derecho europeo originario. En el resto de países –como ocurre con el artículo 93 de la Constitución española– suele recurrirse a mecanismos previstos para la interiorización de los Tratados internacionales. Lo cual consiente, no pocas veces, auténticas mutaciones subrepticias del sistema constitucional interno. MUÑOZ MACHADO, 1993; ESTEVEZ, 1994: 38 y ss.

[33] Desafortunadamente, no sería la primera vez que se vulnera el procedimiento de reforma de los Tratados. Así lo demuestran los casos de la reunificación alemana; del fracaso del referéndum sobre el Tratado de Maastricht en Dinamarca; o sobre el Tratado de Niza, en Irlanda. Vid., al respecto, el incisivo análisis de MARTÍNEZ SIERRA, 2001: 245-260.

[34] Piénsese, si no, en el avanzado contenido de las Constituciones italiana, de 1947, o portuguesa, de 1976, nacidas de la resistencia contra el fascismo y de la "revolución de los claveles", en comparación con la Ley Fundamental de Bonn, aprobada bajo la vigilancia de las tropas aliadas, o con la Constitución española, surgida de una transacción con el régimen franquista.

[35] La versión final del Tratado constitucional consta de 448 artículos. A ello hay que sumarle 2 Anexos, 36 Protocolos y 48 Declaraciones que también forman parte del Tratado (artículo IV-442) y que resultan imprescindibles para interpretar algunos de sus preceptos. Cuestiones fundamentales parar la vida política e institucional de la Unión no se encuentran reguladas, mientras que otras que deberían haberse remitido a leyes o reglamentos posteriores, se encuentran consagradas con detalle. El resultado es una maraña de disposiciones muchas veces inaccesibles, no sólo para los ciudadanos, sino para los propios juristas, que partiendo a veces de una misma posición política sobre el Tratado, han extraído de él interpretaciones totalmente opuestas.

[36] En una reflexión que evoca lo ocurrido con el Tratado constitucional, J.J. Gomes Canotilho atribuye a las "Cartas Magnas" medievales esa función de "revelación" o "confirmación" de "privilegios y libertades" ya existentes que contribuyan a asegurar un gobierno "moderado". El contrapunto de esa función sería, precisamente, la desconfianza frente a toda idea de un poder constituyente creador, con fuerza y competencia para diseñar y planificar, por sí mismo, el modelo de organización política (GOMES CANOTILHO: 1999: 65)

[37] La cuestión de la "constitucionalización simbólica", sugerente para analizar las formas de legitimación de la construcción europea, ha sido abordada de manera inteligente por NEVES, 1994.

[38] "(P)or un período de tiempo ilimitado", según su artículo IV-446 o «durante los próximos 50 años», según Giscard, principal "padre fundador" del texto.

[39] El artículo I-6 del establece de manera explícita que "(L)a Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros". En ese sentido, representa de hecho una innovación mayor tanto en el sistema de fuentes de la Unión y de los Estados miembros como respecto de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Luxemburgo a partir del caso *Costa v. Enel* (Vid. infra). En su Declaración 1/2004, del 13 de diciembre, el Tribunal Constitucional español ha querido minimizar esos efectos, modificando de manera peligrosa las ya dudosas tesis mantenidas en su Declaración 1/1992, a propósito de la constitucionalidad del Tratado de Maastricht. El argumento de fondo del Tribunal es que el artículo I-6 comporta la "primacía" del derecho europeo sólo en el ámbito de las competencias que les fueran atribuidas. Pero la Constitución española (CE) conservaría la "supremacía" de fondo. Entre otras razones, porque sería siempre a su través (en el caso español, mediante la vía del artículo 93 de la CE) que dicha atribución tendría lugar (Vid. FJ nº 3 y 4). Sin embargo, como muestran los votos particulares emitidos en la Declaración, sobre todo el del Magistrado R. García Calvo, el argumento es endeble. Supone aceptar, entre otras cuestiones que, sin necesidad de activar el mecanismo de la reforma, el artículo 93 podría "disponer" del texto de la CE, autorizando casi cualquier transferencia de competencias. Incluidas aquellas que, como estipula el artículo I-6 del Tratado constitucional, garantizan la primacía, no ya de un simple Tratado, sino de una "Constitución" que pretende imponerse no sólo sobre el derecho infra-constitucional estatal sino sobre la Constitución misma.

[40] Se calcula que entre 12.000 y 20.000 lobbistas profesionales actúan diariamente en diferentes Comités y organismos ligados a la Comisión o al Parlamento mismo. De este total, un 60% trabaja para empresas, unos 30% para los gobiernos estatales y el resto para ONG's y otras instituciones. Algunos de los grandes grupos de poder europeos, como la Confederación de Industriales y Empresarios Europeos (UNICE), han tenido una influencia determinante en la redacción de algunos artículos del Tratado constitucional, comenzando por los que garantizan la "libre competencia", así como una economía de mercado "no falseada" y "altamente competitiva" (CORPORATE EUROPEAN OBSERVATORIY, 2003).

[41] El sistema, recordaba un liberal conservador lúcido como F. Hayek, crea especialistas de las organizaciones, los famosos "expertos" institucionales que encuentran su razón de ser en el conocimiento exclusivo y exhaustivo del sector del sistema del que dependen, y se convierten en los partidarios más entusiastas de la hipertrofia burocrática en la que viven. El funcionamiento de la Comisión y su "entorno" es un ejemplo acabado de ello (HAYEK, 1900: cap. XIX).

[42] La moción de censura colectiva dirigida en su momento contra la Comisión Santer es un prueba de ello. Tampoco es extraño que el Tribunal de Cuentas de la Unión haya denunciado de manera persistente en los últimos años la opacidad en la utilización de fondos por parte de la Comisión y sus Comités de Trabajo.

[43] A poco tiempo de investida la actual Comisión presidida por José Durao Barroso, la recién nombrada Comisaria de Competencia, Neelie Kroes, tuvo que apartarse de cinco asuntos por colisión de intereses.

[44] Aunque la Comisión, en efecto, no está exenta de poder, y muchas veces hace valer su permanencia, su carácter técnico, frente a gobiernos cuyo "interés europeo" es, en el mejor de los casos, periódico, los Estados, sobre todo los más fuertes, poseen una gran capacidad de intervención sobre "sus" comisarios y funcionarios en Bruselas. De ahí que aunque en ocasiones las relaciones entre Consejo y Comisión puedan ser conflictivas, la mayoría de las veces lo que existe es un vínculo de complicidad.

[45] Así, por ejemplo, la fijación de la composición del Parlamento europeo (artículo I-20.2); la definición de las líneas estratégicas de la acción exterior de la Unión, que vinculan al Consejo de Asuntos Exteriores (artículo I-24.3; artículo I-40); la adopción, por mayoría cualificada, de la lista de formaciones del Consejo no incluidas en el Tratado constitucional (artículo I-24.4); la determinación de las condiciones de rotación de la presidencia del Consejo (artículo I-24.7); la modificación del número de miembros de la Comisión (artículo I-26.6); el establecimiento del sistema de elección de miembros de la Comisión (artículo I-26.6); el nombramiento, en últi-

ma instancia, de la Comisión (artículo I-27.2); el nombramiento y la finalización del mandato, por mayoría cualificada y con la aprobación del Presidente de la Comisión, al Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión (artículo I-28.1); la estipulación, por unanimidad y mediante decisión europea, de la posibilidad de que el propio Consejo pase a decidir por mayoría cualificada en distintos supuestos contemplados en la Parte III (artículo I-40); el paso, por unanimidad, a una política de defensa común (artículo I-41.2); la determinación de la suspensión de determinados derechos derivados de la pertenencia a la Unión, en caso de violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores enunciados en el artículo I-2; la precisión de las recomendaciones que realiza el Consejo ordinario sobre las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión (artículo III-179.2); la confirmación o no de la posibilidad de que un Estado miembro pueda seguir acogido a excepciones respecto de obligaciones derivadas de la unión económica y monetaria (artículo III-198); la realización de exámenes sobre la situación del empleo en la Unión (artículo III-206); la ampliación, mediante decisión europea, de las competencias de la Fiscalía Europea (artículo III-274); la determinación de los intereses y objetivos estratégicos de la Unión (artículo III-293); la definición de las orientaciones generales de la política exterior y de seguridad común, también respecto de los asuntos que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa (artículo III-293); o el nombramiento del Presidente, Vice-Presidente y demás miembros del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo (artículo III-382) (MARTÍNEZ SIERRA, 2004: 50).

[46] A pesar de que el Tratado constitucional incrementa los ámbitos en los que el Consejo debe pronunciarse por "mayoría cualificada", se han incorporado 70 nuevas supuestos en los que rige la unanimidad. Ese requisito, como demuestra la experiencia de los Comités de Conciliación y los trílogos, otorga a un único Estado con capacidad de veto el mismo poder formal que todo un Parlamento, al menos de cara al mantenimiento del statu-quo legislativo (MARTÍNEZ SIERRA, 2004: 51).

[47] Así, por ejemplo, la adopción de medidas de armonización de legislaciones sobre ciertos impuestos indirectos (artículo III-171); la adopción de medidas que permitan restringir la libre circulación de capitales con destino a terceros países o procedentes de éstos (artículo III-157.3) o la introducción de modificaciones al Protocolo sobre déficit excesivo de los Estados (artículo III-184.13).

[48] Así, por ejemplo, en lo que se refiere al establecimiento y funcionamiento del mercado interior (artículo III-130), la fijación de los derechos del arancel aduanero común (artículo III-151.5) o la salvaguarda de la Unión Europea y Monetaria (artículo III-159). Igualmente, el Consejo Europeo desempeña un papel legislativo fundamental dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia, dado que a él le corresponde definir las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa (artículo III-258).

[49] Por ejemplo, cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de ley o de ley marco europea perjudica aspectos fundamentales de su sistema de seguridad social -como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera- o afecta al equilibrio financiero de dicho sistema, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento de co-decisión (artículo III-136.2). Lo mismo puede ocurrir si se encuentran en juego aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal (artículo III-270 y III-271). Dicha suspensión, si así lo estima el Consejo Europeo, puede suponer un veto definitivo que exija a la Comisión re-iniciar el procedimiento sin que nada pueda hacer el Parlamento.

[50] Esta perspectiva, que en nombre de un nuevo "pluralismo jurídico" postula la necesidad de renunciar tanto a la obsesión kelseniana por una norma jerárquicamente suprema, como a la obsesión schmittiana por un soberano que decida en último término (MAC CORMICK, 1993; WEILER, 1999; 2003: 31 y ss.), es atractiva desde un punto de vista prescriptivo, a condición de que en los diferentes niveles se establezcan mecanismos de participación y control social para los poderes públicos y privados. Desde un punto de vista descriptivo, sin embargo, encierra, como se ha apuntado ya, una reconstrucción más bien ideologizada de la Unión y de los Estados tal como en realidad son.

[51] F. W. Scharpf, por ejemplo, asigna a la "gobernanza" de la Unión una simple legitimación de "resultados" basada, precisamente, en la distinción entre procesos de legitimación por *imput*, sólo realizables en el ámbito estatal, y procesos de legitimación por *output*, realizables, sobre todo, en el ámbito supra-estatal. SCHARP, 2002.

[52] Al regular las competencias de la Unión, el artículo I-11 establece que en virtud del principio de subsidiariedad, está intervendrá, en aquellos ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, sólo si, y en la medida en que, los objetivos de su acción no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local. Por su parte, el principio de proporcionalidad exige que la intervención de la Unión nunca exceda de lo necesario "para alcanzar los objetivos de la Constitución". Según el Protocolo sobre la aplicación del artículo I-11, antes de proponer un "acto legislativo europeo", la Comisión procederá, salvo casos de "urgencia excepcional", a consultas sobre el impacto regional y local de sus actuaciones (art. 2 Prot.). Los proyectos de actos legislativos europeos, por su parte, así como los proyectos modificados deberán transmitirse, motivados, a los parlamentos estatales (arts. 4 y 5 Prot.). En un plazo de 6 meses los Parlamentos estatales podrían, previa consulta facultativa a los Parlamentos regionales, dirigir a las autoridades europeas una "alerta temprana", esto es, un dictamen motivado por el que se considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad (art. 6). Cada Parlamento se pronunciará a través de 2 votos. Si hay al menos un tercio votos contrarios al Proyecto, éste deberá volverse a estudiar. Si se tratara de un proyecto de acto legislativo europeo referido al espacio de libertad, seguridad y justicia (artículo III-264 del Tratado constitucional) el umbral exigido sería de un cuarto.

[53] El Tratado constitucional, en efecto, mantiene sin modificaciones de fondo el Comité de las Regiones, una institución consultiva ya prevista en el Tratado de Maastricht y de configuración claramente limitada. En el Comité se mezclan entidades regionales y locales (artículo I-32.2) y sus funciones se ciñen a la posibilidad de que el Parlamento europeo, el Consejo o la Comisión lo consulten en un número restringido de casos (artículo III-388). Como innovación mayor, se contempla su legitimidad activa para interponer recursos ante el Tribunal de Justicia por violación del principio de subsidiariedad (art. 8 del Protocolo sobre el artículo I-11)

[54] El Tratado constitucional incorpora un capítulo VI a la Parte I referido a la «vida democrática en la Unión». En su artículo I-47.4, se prevé que "un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión" procedentes de "un número significativo de Estados miembros", pueda "invitar a la Comisión" a presentar una propuesta sobre cuestiones ligadas a "la aplicación de la Constitución". A pesar del entusiasmo que se ha querido generar en torno al precepto, su redacción deja mucho que desear. De entrada, la fórmula es más restrictiva que la contemplada en la Carta de derechos de la Parte II, en la medida en que se reconoce a los "ciudadanos" y no, como hace el artículo II-104, "a toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro de la Unión". En segundo término, la Comisión sólo es "invitada" a presentar la propuesta. No se consigna ninguna obligación de impulsarla, una vez recogidas las firmas. Tampoco se dice nada sobre la obligación de motivar un eventual rechazo o sobre el derecho de sus promotores a retirarla en caso de que consideren que se ha desvirtuado.

[55] El Banco Central Europeo goza en el Tratado constitucional de una independencia que haría sonrojar a los miembros de la Reserva Federal de los Estados Unidos (artículo I-30.3). Entre otras cosas, por los amplios poderes que se le asignan para determinar las políticas monetarias y económicas de los estados, no de acuerdo a criterios de convergencia social, como la calidad de la ocupación o la reducción de la pobreza, sino según los grandes dogmas de la ortodoxia neoliberal: "estabilidad de precios", "finanzas públicas saneadas", "balanza de pagos estable", "economía de mercado abierta" y "libre competencia" (artículos I-30.2, III-177, III-185).

[56] Para una lectura idílicamente habermasiana de este vínculo entre instancias jurisdiccionales que, no sin razón, se califica como "contrapuntual", "dialógico" y "cooperativo", POIARES MADURO, 1998; 2003: 98. En sentido similar, WEILER, 2003: 25. Como se sabe, en su Sentencia sobre el Tratado de Maastricht de 12

de octubre de 1993 a la que se atribuyo cierto regusto schmittiano (WEILER, 1995), el Tribunal Constitucional alemán ensayó un «amago» de defensa de la democracia estatal frente a lo que se intuía como una erosión ilegítima de la propia supremacía constitucional. Sin embargo, concluyó afirmando la constitucionalidad de la integración económica en la medida en que ésta se consideraba más bien como una cuestión técnica situada fuera del ámbito de lo "político". El triste mensaje, en definitiva, era la desconexión entre la Constitución económica, la social y la política y la aceptación de políticas fiscales y monetarias no susceptibles de controles jurídicos. Vid. JOERGES, 2005: 34 y ss; y LUCIANI, 2000. Posteriormente, el mismo Tribunal alemán reabrió la "tensión" en su conocida Sentencia sobre regulación de la importación de Bananas de la UE. Entre otros argumentos de relieve (principalmente, el efecto directo de las normas del GATT en el orden legal alemán) un grupo de empresas que importaba bananas de países de América Latina planteó que la normativa europea representaba una discriminación contra dichos exportadores en beneficio de ciertos productores de la UE (principalmente de Islas Canarias y Madeira) y de países con ligámenes jurídicos especiales con la UE.

[57] En un sentido similar, Jennifer Nedelsky ha contribuido a explicar cómo un fenómeno similar ha tenido lugar en el proceso de federalización de los Estados Unidos. Según esta autora, "con la propiedad como uno de los temas más importantes del control judicial, la Corte Suprema pudo recurrir a las tradiciones del *common law* para apoyar sus afirmaciones de que los asuntos en discusión eran fundamentalmente jurídicos y no políticos" (NEDELSKY, 1990: 195).

[58] Naturalmente, la noción de "apertura" constitucional tiene en la crisis del Estado social connotaciones contradictorias. Puede ser un elemento de democratización y desburocratización, pero también de privatización y desnormativización en sentido social. Sobre la "apertura" de la Constitución, Vid. HÄBERLE, 2001; ESTÉVEZ ARAUJO, 1994).

[59] Sobre los antecedentes teóricos de la Constitución económica del "ordo-liberalismo" germánico y su impacto sobre la construcción europea Vid. el sugerente ensayo de JOERGES, 2005: 9 y ss; y las consideraciones, recientemente editadas, de M. FOUCAULT, 2004.

[60] Para Joerges, la expresión "economía social de mercado" es una promesa vacía, pues el compromiso histórico que el concepto una vez contenía ya no está vigente (JOERGES, 2005: 49).

[61] Durante las campañas de ratificación del texto, sus partidarios han intentado presentar la "mejor interpretación" posible de sus "mejores" normas. Este ejercicio hermenéutico, legítimo e inevitable frente a un texto aprobado cuya reforma no es sencilla, no cabe en un momento constituyente, en el que se plantea la aceptación o el rechazo de conjunto del texto en cuestión y en el que los "énfasis" y las opciones constitucionales de fondo no pueden ocultarse.

[62] Es prematuro estipular si el "método abierto de coordinación" puede actuar como una herramienta de "experimentalismo democrático", útil para la articulación de un federalismo social multilevel o si, por el contrario, representa un instrumento "débil" de intervención social, funcional a las exigencias operativas de un capitalismo transnacional que también opera en diversas escalas. Un debate ponderado acerca de sus posibles virtudes y problemas en JOERGES, 2005: 36 y ss.; Desde una perspectiva ligeramente más optimista, BRONZINI, 2005: 30 y ss.

[63] Actualmente, Alemania, Francia, Holanda y otros seis Estados miembros (al margen de los recientemente adheridos) exceden el límite del 3% de déficit anual previsto por el Pacto de Estabilidad. El 27 de enero de 2004, la Comisión solicitó al Tribunal de Justicia que anulara una decisión por la que el Consejo rechazaba unas recomendaciones dirigidas a Alemania y Francia para que redujeran el déficit y acordaba "dejar en suspenso" el procedimiento previsto. El Tribunal de Justicia (Sentencia TJCE (C-27/04)) no se pronunció sobre la firmeza del Pacto de Estabilidad. Observó que no estaba legalmente previsto "mantener en suspenso" los procedimientos y procedió a anular las conclusiones del Consejo. Al mismo tiempo, sin embargo, reconoció que el Consejo disponía de "un margen de apreciación" y que "basándose en una apreciación diferente de los datos económicos pertinentes, de las medidas que se deben adoptar y del calendario que ha de respetar el

Estado miembro afectado, puede modificar el acto recomendado por la Comisión si se reúne la mayoría necesaria para la adopción de dicho acto" (JOERGES, 2005: 35 y 36).

[64] Curiosamente, el derecho a trabajar está ubicado en el Título sobre Libertades, junto al resto de libertades de mercado, lo que prueba la fuerza de atracción que éstas han ejercido sobre aquel.

[65] Es verdad que la Carta no establece qué preceptos consagran "derechos" y cuáles "principios". Sin embargo, la similitud del artículo II-112.5 con el artículo 53.3 de la Constitución española, pensado precisamente para limitar el alcance de los derechos sociales, permiten introducir al meno alguna sospecha al respeto.

[66] El artículo II-112.4, es verdad, obliga a interpretar los derechos que resulten de las "tradiciones constitucionalesde los Estados miembros", en armonía con ellas. Sin embargo, como recuerda V. Ferreres, se refiere sólo a las tradiciones "comunes". Así, aunque el Tribunal de Justicia se esfuerce en interpretar los derechos fundamentales sin lesionar las concepciones más generosas de algunos estados (o, en un caso extremo, de uno de ellos), eso no quiere decir que el nivel de protección más alto vaya a convertirse automáticamente en estándar comunitario (FERRERES COMELLA, 2005: 15)

[67] Algunos autores, como Bronzini, alientan la posibilidad de que un uso *in buona partem* de la Carta genere, de manera progresiva, un círculo jurisprudencial "difuso" más social, y en definitiva, "virtuoso", entre tribunales estatales y europeos (BRONZINI, 2005: 26 y ss.). Más pesimista respecto de estos efectos es DE SIERVO, 2003.

[68] El artículo II-111, en efecto, establece que las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a los Estados miembros únicamente "cuando apliquen el Derecho de la Unión". Por lo tanto, no está claro que pueda utilizarse como parámetro para objetar actos o normas estatales que puedan vulnerarlas, ni cuál sería la vía procesal que los ciudadanos podrían utilizar para impulsar sus quejas, ni si el Tribunal de Justicia es un órgano preparado para asumirlas sin que eso genere "sobrecargas" desmedidas. Una discusión al respecto en FAVOREU, 2003: 248 y ss.

[69] La tensión insoluble entre los objetivos de la integración y los de la ampliación, y *a fortiori,* entre los del desarrollo del Estado social, es uno de los temas predilectos en los análisis sobre la actualidad de la Unión. Sin embargo, suele dejar de lado un tema central: la contradicción inherente al creciente control de fronteras y a las excluyentes definiciones de ciudadanía e identidad europeas en el marco de la Unión (BALIBAR, 2003: p. 294; AGNOLETTO, 2005, MEZZARDA y RIGO; 2003; DE GIORGI, 2003).

[70] Sobre la relación entre Constitución económica europea y liberalismo autoritario, y sobre el significativo maridaje entre F. Hayek y C. Schmitt, JOERGES, 2005: 20 y ss. A propósito de la crisis del constitucionalismo social y su vínculo con el Estado de excepción, BERCOVICI, 2004

[71] Según el artículo III-276, será función de Europol "apoyar y reforzar la actuación de las autoridades policiales y de los demás servicios con funciones coercitivas de los Estados miembros, así como su colaboración mutua en la prevención de la delincuencia grave (...) del terrorismo y de las formas de delincuencia que lesionen un interés común que sea objeto de una política de la Unión, así como en la lucha en contra de ellos". Esta función, según puede leerse en el apartado siguiente, podrá incluir: "la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información, en particular la transmitida por las autoridades de los Estados miembros o de terceros países o terceras instancias", así como "la coordinación, organización y realización de investigaciones y actividades operativas, llevadas a cabo conjuntamente con las autoridades competentes de los Estados miembros o en el marco de equipos conjuntos de investigación, en su caso en colaboración con Eurojust". Si la descripción del marco de atribuciones reconocidas a Eurojust y Europol es minuciosa, nada concreto hay, en cambio, en materia de control y responsabilidad. Los artículos III-273 y III-276 apenas remiten a leyes europeas posteriores la posibilidad de establecer eventuales controles parlamentarios en este ámbito.

[72] Las personas inmigradas son los grandes "olvidados" tanto del proceso de integración como del actual Tratado constitucional, y sin embargo, constituyen el soporte del modelo

social precarizado hoy vigente en los países de la Unión (MEZZARDA y RIGO, 2003: 217). El artículo I-10 del Tratado constitucional, que liga la ciudadanía de la Unión a la disposición de "la nacionalidad de un Estado miembro", es el punto de partida de un modelo que los incluye de manera subordinada y restringida, sólo en la medida en que puedan servir como mano de obra barata (DE GIORGI, 2003: 251; BALIBAR, 2003: 306 y ss.; AGNOLETTO, 2005: 78 y ss.). En realidad, el Tratado, sobre todo en su parte III, otorga cobertura "constitucional" al proceso de progresiva administrativización del derecho penal de los extranjeros, que consiste en sustraerlo de las clásicas garantías constitucionales en beneficio de una gestión de "orden público" delegada a autoridades y fuerzas de seguridad (MEZZARDA y RIGO, 2003: 224). El artículo III-265, por ejemplo, dispone que la política migratoria de la Unión tendrá por objetivo central "garantizar los controles de las personas y la vigilancia especial en el cruce de las fronteras exteriores" e "instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores". Los recursos destinados a este objetivo, de hecho, son considerables: ficheros Eurodac, coordinación para la vigilancia de fronteras, sanciones para los transportistas, etc.) mientras que los recursos a la integración política, social y laboral de las personas recién llegadas son escasos. Es más: si se piensa que en los días de la firma del Tratado constitucional uno de los principales temas de debate en materia migratoria era la construcción de nuevos Centros de Internamiento (*Transit Processing Centers*) en países de África o Europa del Este, el compromiso de la Unión con "la solidaridad y el respeto entre los pueblos", con la "erradicación de la pobreza" y con "la protección de los derechos humanos" (artículo I-3) aparece reducido a una hipócrita cláusula de estilo.

[73] El Tratado constitucional consagra la defensa de la paz en el Preámbulo y como objetivo de la Unión (artículo I-3), al igual que el deber de ejercer sus funciones humanitarias en el marco del respeto por la Carta de Naciones Unidas (artículos I-41 y III-309). Sin embargo, no renuncia de manera explícita a la guerra en las relaciones internacionales, como hace la Constitución italiana en su artículo 11, o como establecía la Constitución republicana española de 1931 en su artículo 6. Por el contrario, introduce un artículo, el I-41.3, inédito en el constitucionalismo moderno, que compromete a los Estados a "mejorar progresivamente sus capacidades militares" y prevé, para ello la creación de una "Agencia de Defensa" (artículos I-41 y III-311) (el Proyecto presentado en su momento por la Convención denominaba a esta Agencia, con mayor precisión y menos eufemismos, "Agencia Europea de Armamento, Investigación y Capacidades Militares" (artículo III-212).

[74] Entre otras cuestiones, el artículo I-41 del Tratado constitucional dispone que la OTAN, "seguirá siendo, para los Estados miembros que forman parte de la misma, el fundamento de su defensa colectiva y el organismo de ejecución de ésta". El jefe militar de la OTAN ha sido siempre un oficial de los Estados Unidos, y su superior jerárquico, el presidente de los Estados Unidos.

[75] Este es el riesgo, me parece, que entrañan algunas posiciones críticas de izquierdas con el proceso de construcción europea. A. Cantaro, por ejemplo, cuestiona el "posmodernismo" de las posiciones pluralistas y *multilevel* y ensaya una sugerente lectura "moderna", en clave maquiavélico-gramsciana, de las tareas pendientes de una "Europa soberana". Aunque ese horizonte "soberano" no se presenta como incompatible con la cuestión del pluralismo político y cultural, llama la atención que en su texto no haya prácticamente ninguna referencia al fenómeno de la inmigración ni a la composición plurinacional, y no simplemente pluriestatal, de la Unión (CANTARO, 2003). Sobre el carácter plurinacional de la Unión y sus desafíos, son de interés algunas consideraciones de BENOGETXEA, 2005. Sobre la idea de un constitucionalismo post-estatal, antes que post-nacional, Vid. también MAC CORMICK, 2003.

[76] Desde esas premisas, por ejemplo, un constitucionalismo europeo social y democrático, post-estatal, pluri e inter-nacionalista, debería, entre otras cuestiones, "tomarse en serio" los complejos desafíos que el federalismo municipalista, cooperativo y plural plantea en los tiempos actuales (BRONZINI, 2005: 32; MORELLI, 2003).

[77] Vid., entre otros, BALIBAR, 2003; MAZZARDA y RIGO, 2003; DE LUCAS, 2004; DE GIORGI, 2003.