

El derecho constitucional común europeo entre teoría constitucional y praxis*

Silvio Gambino
Universidad de Calabria

SUMARIO: 1. PREMISAS INTRODUCTORIAS.— 2. LA AUSENCIA DE *DEMOS* CONSTITUYENTE EN EL CONSTITUCIONALISMO COMUNITARIO.— 3. EL DESARROLLO ACTUAL DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN COMUNITARIA.— 4. UN PROCESO CONSTITUYENTE QUE (IMPROPIAMENTE) SE AUTODEFINA CONSTITUCIÓN. UN TRATADO-CONSTITUCIÓN QUE REQUERIRÍA UN PROCEDIMIENTO CONSTITUYENTE.— 5. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

1. PREMISAS INTRODUCTORIAS

Después de un largo *iter*, caracterizado por profundas discusiones (políticas y jurídicas), hacia un documento en reconocimiento de los derechos ya garantizados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de derechos (Carta de Niza, 2000) y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir de la actividad de una Convención (instaurada *ad hoc* para elaborar un texto de Constitución europea), el 29 de octubre del 2004, en Roma, se suscribió el «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa». Este «Tratado-Constitución» entrará en vigor a partir del 1 de noviembre del 2006, si, para esa fecha, ha sido ratificado por los parlamentos de los Estados miembros de la Unión Europea¹.

En ese sentido, el análisis que llevaremos a cabo concierne a la cuestión del posible empleo de las categorías constitucionales clásicas relativas a los

^{*} Traducción de Ascensión Elvira. Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad Carlos III de Madrid.

^{*} Comunicación para el Congreso Internacional «Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad» (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 14.18 de Junio del 2005).

¹ N. del T. Tal previsión queda en suspenso después de los resultados negativos de los referenda celebrados en Francia y Holanda.

procedimientos de revisión constitucional (*in unum* con los de control de constitucionalidad de las leyes) en el marco del proceso de integración comunitaria, ahora logrado, como se ha recordado, con la misma previsión en la denominación del Tratado del *nomen juris* de «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa» (en adelante TC).

El tema resulta, por varias razones, digno de interés científico. El proceso de integración comunitaria, de hecho, sobre todo tras la incorporación de la «Carta de derechos fundamentales» dentro del Tratado constitucional (como su Segunda parte), podría considerarse como un proceso constitucional pleno, que derogaría los procedimientos previstos en el derecho público europeo para asegurar la legitimización política de una nueva constitución.

Después de una breve introducción sobre las formas empleadas para tal proceso a partir del Tratado de Roma, en un primer enfoque del tema, nos preguntaremos si el Tratado constitucional puede definirse como Constitución, como una parte de la doctrina pretende, o si, por el contrario, no tiene de Constitución que el mero *nomen juris*, por lo demás con la naturaleza formal y material de cualquier Tratado internacional.

Añadiremos, pues, que dicho enfoque doctrinal no impide que se tomen en consideración las consecuencias, por otra parte ya desde hace tiempo operativas (en términos de «primacía» y de «aplicabilidad directa» del derecho de la Unión europea sobre el de los estados miembros), acerca de la plena fuerza jurídica dentro del derecho de la UE de las normas de protección de los derechos y libertades fundamentales, ayer (Niza, 2000) codificadas como meras declaraciones políticas y hoy en cambio (Roma, 2004) plenamente integradas en el cuerpo del Tratado-Constitución.

Concluiremos, por último, interrogándonos sobre cuáles son los procedimientos constituyentes y/o de revisión constitucional que es necesario seguir con el fin de asegurar una transformación de la naturaleza de los presentes rasgos en Constitución europea, preguntándonos si los procedimientos previstos por el TC para su revisión (arts. IV-437/IV-447) pueden considerarse como constituyentes o, por lo menos, pueden compararse a los procedimientos de revisión previstos en el constitucionalismo contemporáneo (rígido y constitucionalmente garantizado).

A la espera de semejante decisión política por parte de los pueblos europeos, por tanto, siguen abiertas toda una serie de cuestiones de enlace entre los niveles de protección de los derechos (en el ámbito comunitario y en los nacionales). Actualmente, éstos últimos deberán encontrar una solución valiéndose de los instrumentos disponibles en el derecho comunitario, respetando la identidad nacional de los Estados miembros «inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales» (art. I-5 TC). Tales instrumentos, en última instancia, remiten al Tribunal de Justicia de la UE, a los Tribunales constitucionales nacionales, al Tribunal europeo de los derechos humanos, además de a los jueces nacionales para hacer prevalecer la primacía y la aplicabilidad directa del derecho de la UE sobre los nacionales, excepto cuando los «niveles de protección» de los derechos del hombre y de las

libertades fundamentales obtengan una protección más elevada en las constituciones de los estados miembros, además de por el derecho internacional, por los Convenios internacionales de los cuales la Unión o todos los estados miembros sean parte, en particular el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. II-113 TC).

En ese sentido es previsible que, en un futuro próximo, tal aplicabilidad directa del derecho comunitario, al afectar a parámetros ya constitucionales (los relativos a los derechos fundamentales europeos), el juez ordinario (de cada país de la UE) esté en condiciones de hacer prevalecer directamente el derecho comunitario sobre el derecho interno de la misma manera, que, en el ámbito nacional, tiene la presencia de un juez constitucional, competente para declarar la eventual invalidez de la ley por vulnerar los principios y los derechos constitucionalmente garantizados.

Es justamente ante esta delicada y compleja situación cuando –hasta ahora auspiciada por la perspectiva de una UE que se transforma en un auténtico y propio Estado federal o confederal– se advierte la necesidad de un procedimiento constituyente capaz de asegurar la formal jerarquía/supremacía del derecho constitucional comunitario sobre el mismo derecho constitucional de los Estados miembros.

También es cierto, bajo tal perfil, que salvo contadas excepciones (caso Kreil), el juez comunitario ha sabido demostrar equilibrio y *self-restraint*, para evitar invadir el área de protección de los derechos constitucionales nacionales, lo cual no significa que el problema no exista. De hecho existe tanto como problema de legitimación política, que como problema teórico-dogmático y es por este motivo que en un congreso dedicado al tema de la revisión constitucional, no se ha considerado superfluo el tratamiento del tema que efectuaremos a continuación.

2. LA AUSENCIA DE *DEMOS* CONSTITUYENTE EN EL CONSTITUCIONALISMO COMUNITARIO

El paso del siglo XX al nuevo siglo, en toda Europa (aunque no sólo aquí) parece caracterizarse por muchos factores, entre los que se pueden recordar la crisis de la soberanía, la decadencia del estado de bienestar, la redimensión (y la crisis explícita) del Estado de partidos, que han alterado profundamente los signos sobresalientes de la forma de Estado que se había afirmado en el constitucionalismo de la segunda guerra mundial.

Pero si es cierto que la crisis del Estado contemporáneo ha abierto una crisis profunda de la Constitución tanto en su aspecto de proyecto como en el garantista, es también cierto que no parece haber decaído la necesidad de orden y de seguridad que ha justificado la existencia histórica y que ahora impulsa a buscar tales armonías en los niveles superiores de regulación y de garantía, de acuerdo con una teoría difusa (pero no por ello libre de ambigüedad e incertidumbre) del constitucionalismo multinivel (Sorrentino).

La necesidad de lograr un justo equilibrio entre conservación e innovación constitucional, los llamamientos a una Constitución mundial o también a una sólo europea, demuestran que, en el escenario de un nuevo siglo y de las soberanías concretas, la Constitución sigue contemplándose como momento integrante de la sociedad y como principio ordenador de poderes y de instituciones. Se descubre así que la «desconstitucionalización» no es la única tendencia actual y que a ella se asocian también las tendencias hacia el conservadurismo constitucional y la hiperconstitucionalización (P Potinaro); tendencias diversas y opuestas, ciertamente, pero también tendencias que dejan entrever un futuro para la Constitución y, en consecuencia, para el gobierno democrático de la sociedad. La democracia, en efecto, no es sólo el gobierno del pueblo, sino el gobierno del pueblo en el marco de determinados canales, reglas, procedimientos. El siglo XX, siglo de las constituciones, iniciado entre grandes seguridades y grandes esperanzas, se ha cerrado así, entre las dudas y las incertidumbres con que la sociedad contemporánea afronta, en la era global y de los poderes no limitados, la necesidad histórica de moverse hacia el porvenir sin deshacerse del pasado.

Con respecto a tal escenario, que resulta ciertamente limitado en su definición de detalle, la reflexión teórico constitucional, con específica referencia al tema del que nos ocuparemos, se nutre en particular (especialmente tras los Tratados de Maastricht, Amsterdam, Niza y Roma) del relieve asignado a las relaciones entre constituciones y derechos nacionales, analizados, además de a la luz de los tratados comunitarios, a la luz de la jurisdicción de los tribunales constitucionales nacionales y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la primacía y la aplicabilidad directa del derecho comunitario sobre los nacionales.

La amplitud de la crisis en la que se debate el Estado contemporáneo como Estado constitucional y democrático empuja, pues, no sólo a repensar los *topoi* clásicos del constitucionalismo, esto es el sistema de límites impuestos constitucionalmente a todos los poderes en tutela de los derechos fundamentales, sino también a repensar en un constitucionalismo desembarazado de los tópicos clásicos, es decir en un constitucionalismo disgregado de la estatalidad, como ha apuntado el «constitucionalismo comunitario».

En este marco, la idea de una Constitución europea parece haberse convertido en el punto de coágulo de estas exigencias, la respuesta formal a los problemas surgidos por la globalización de los mercados y por el policentrismo de los poderes públicos, así como por el pluralismo de los centros de decisión tecnocrática y del polimorfismo de las instituciones democráticas.

En la idea de una Constitución «ampliada», por tanto, no se prefigura sólo una evolución de un constitucionalismo dinámico que porta en sí los trazos del supranacionalismo, sino que se evidencia también, y quizá sobre todo, el enésimo esfuerzo de la teoría constitucional (con resultados, hasta el momento, todavía insatisfactorios) por restituir —exactamente al igual que hace medio siglo— al político el control de lo económico, rediseñando el sistema de fuentes y de los órganos comunitarios en los que se (re) cimenta el

poder del antiguo soberano nacional, sometiéndolo, por un lado, a las reglas de la democracia política y a las formas de la legitimación democrática y, por otro lado, al principio guía de la efectividad de los derechos fundamentales. Aquélla que implica la Constitución europea se presenta, en definitiva, como una idea global, tanto de renovación del sistema institucional de la comunidad, como de enriquecimiento del sistema de la identidad de la ciudadanía en la UE.

Sondeando el presente con las categorías conceptuales del reciente pasado, sin embargo, no es difícil advertir que, más allá de las distorsiones conceptuales y semánticas a través de las cuales se intenta dar apariencia formal al proceso de integración política de la UE, una Constitución europea en sentido propio no existe aun, a pesar de sentir su necesidad, también para dar así certeza y legitimidad al sistema constitucional europeo que, por el contrario, es plenamente existente y operante.

La falta de un acto constituyente reconducible a un pueblo soberano (a los pueblos soberanos), el fallido obsequio del montesquiano principio de la separación de poderes, la ausencia de completo y definitivo catálogo de los derechos capaces de poner bajo la égida de los principios fundamentales expresión de valores comunes el patrimonio constitucional europeo (y entre estos, en primer lugar, el principio de la igualdad formal y substancial), y por tanto las relaciones entre la UE y sus ciudadanos, revelan cómo estamos verdaderamente distantes del andamiaje filosófico y jurídico que sostiene al constitucionalismo moderno y contemporáneo, representando su esencia (Pizzorusso).

La primacía del derecho europeo que pone sobre el tapete la soberanía de los Estados, que enriquece con nuevos derechos el status de ciudadano de los (y en los) modernos ordenamientos estatales, se revela, en efecto, como un derecho puesto e impuesto a través de los tratados. Estos, aún siendo vinculantes para los órganos de la UE y de los Estados miembros, no son todavía la expresión de la autodeterminación de un pueblo europeo que, reconociéndose tal, escoge la forma jurídica de la propia unidad política (a través de fórmulas organizativas de tipo federal o confederal), ni poseen la totalidad material de la Constitución, revelándose, en consecuencia, por sus características intrínsecas, ordenamientos parciales, estructuralmente inadecuados para absorber aquellas funciones de orden y de seguridad que en el plano interno corresponden efectivamente a una Constitución.

Resulta claro entonces que el derecho comunitario no es todavía declinable formalmente como derecho constitucional común, si no de modo meramente embrional, status naciente; mientras tanto sigue siendo evidente, sin embargo, que está trufado de muchos elementos que poseen tal naturaleza y que, mezclándose con dosis diversas con respecto a las implantaciones constitucionales del reciente pasaso, dan vida a una «Constitución» europea, así como a un «sistema constitucional», que, formalmente sostenido por los tratados, vive y se expresa materialmente a través de órganos con competencias asimilables al ejercicio de poderes tradicionalmente considerados soberanos.

Que este sistema constitucional, por su carácter aun fragmentario, sea una forma constitucional privada de su sustancia o una sustancia constitucional privada aún de su forma, es algo difícil de establecer. Lo que es cierto es que el proceso en curso, que desenfoca y transforma los cánones constitucionales del siglo XX, ha abierto una fase de transición profunda en el constitucionalismo europeo contemporáneo, que amplía los horizontes espaciales y teóricos del constitucionalismo pero no siempre, y ni si siquiera con la misma intensidad, que los de la democracia.

Si se quiere analizar este complejo fenómeno con la cautela de quien, con el bagaje conceptual del pasado, se prepara para emprender un viaje al presente, conservando el gusto de recoger los detalles nuevos o aún escondidos de un paisaje cada vez más a contraluz, en efecto, debe subrayarse que el sistema constitucional europeo sigue caracterizándose como un constitucionalismo de los gobernantes, es decir un constitucionalismo «del otro», muy distinto, de aquel constitucionalismo de los gobernados que ha sido el protagonista de la construcción de los Estados europeos en la segunda mitad del siglo XIX y (sobre todo) en el siglo XX.

Esto no sólo porque falte un acto formal querido y legitimado por el pueblo soberano para sellar los principios reguladores de la organización institucional de la Unión Europea y las relaciones entre ésta y sus ciudadanos; no sólo porque aquel poder constituyente (a través del cual el pueblo que se reconoce soberano escoge la forma jurídica de la propia unidad política) se cede continuamente a instancias supranacionales, sino también, y sobre todo, porque aquel mismo poder constituyente, que hoy no se reconoce ya libre sino vinculado al respeto de los principios y de los derechos fundamentales, está incesantemente puesto en instancias diversas del titular originario, siguiendo procedimientos de traslación, en realidad más próximos al «hecho constitucional» que al respeto de bien delineados procedimientos (incluso de los correspondientes límites) de la revisión constitucional.

Que a tal proceso no le falta la autoridad de la opinión informada de la comunidad abierta de los intérpretes también es cierto, pero esto último no parece una afirmación decisiva en relación con una completa legitimación constitucional, en consecuencia democrática, la cual no puede más que fundarse en el consenso del soberano colectivo—los pueblos europeos— y en el respeto a los correspondientes procedimientos constituyentes.

Se descubre así, que el sistema constitucional europeo está, todavía, lejos de responder a los cánones clásicos de la democracia representativa, como parte integrante del patrimonio constitucional occidental, y que su Parlamento, órgano representativo por antonomasia, aún habiendo acrecentado y reformulado su propio papel en los últimos años, no posee efectivas y relevantes capacidades de decisión (al menos con las modalidades e intensidad correspondientes a los parlamentos nacionales).

Este déficit de legitimación constitucional (que no significa necesariamente déficit de legitimación democrática), que se plasma en los símbolos de una política comunitaria concebida, no por el órgano directamente representa-

tivo de las comunidades nacionales, sino por las alternantes mayorías políticas en condiciones de expresarse, no es el único aspecto en el que el constitucionalismo comunitario se revela deficitario. También en el plano de la eficacia de los derechos fundamentales, el sistema constitucional de la UE —aunque se haya significativamente procedido en razón de la subsunción de la tutela relativa por parte del Tribunal de Justicia, en cuanto componente esencial de los principios generales del ordenamiento comunitario, como veremos a continuación— no está (todavía) en condiciones de prestar garantías (sustanciales y procesales) análogas a las que ofrecen las Constituciones nacionales especialmente en sus versiones de la segunda posguerra, sobre todo, en los países que se han inspirado en el principio del Estado social (como sucede en particular, aunque no sólo, con los ordenamientos italiano, alemán y español).

3. EL DESARROLLO ACTUAL DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN COMUNITARIA

Tras la firma (el 29 de octubre de 2004, en Roma) del Tratado que establece una Constitución para Europa, según una convicción difundida entre la doctrina, el proceso de integración comunitaria se ha ulteriormente desarrollado e instalado, probablemente de forma irreversible, tanto en una nacionalización de las disposiciones de los tratados comunitarios hasta el momento firmados y recibidos por los ordenamientos nacionales, como, y sobre todo, a través de la incorporación —a modo de *Bill of rights*— de la Carta de derechos y la previsión de la cláusula que habilita la adhesión de la Unión europea al CEDH.

Ese proceso de positivización de derechos, indudablemente positivo desde la óptica de la definitiva estructuración de las instituciones europeas, se asocia a importantes interrogantes que conciernen tanto la cuestión de la superación o no de la debatida cuestión del déficit democrático de las instituciones comunitarias, como, y sobre todo, al de la relativa legitimación constitucional.

Sobre el tema, la doctrina constitucional se muestra, todavía, dividida.

Por parte de algunos, de hecho, se evidencia la naturaleza, por así decir, consuetudinaria del proceso constituyente comunitario en curso, que habría *de facto* determinado una discontinuidad con el constitucionalismo europeo previgente, ya no más subsanable desde el punto de vista de los ordenamientos constitucionales nacionales que ya han sido trastocados. De esta manera se darían las premisas para un pleno constitucionalismo comunitario, definitivamente autoreferencial y capaz de producir todas las consecuencias jurídico-institucionales que la primacía y la aplicabilidad directa de sus disposiciones tendrían sobre los derechos nacionales, incluyendo allí la propia materia de los derechos fundamentales.

Esta orientación se acompaña de una lectura de la discontinuidad ya cumplida en la que se evidencian las capacidades innovadoras de una revelación de un ordenamiento constitucional oculto, que se fundaría en la legiti-

mación de los ciudadanos que actúan a través de los derechos, pudiendo hacerlo ahora frente e incluso contra sus propios estados.

Pero hay una segunda lectura, que calificaríamos de más prudente.

Cuestionándonos sobre la naturaleza del TC y aceptando la pertinaz naturaleza de Tratado y no de Constitución, dicha orientación ofrece argumentaciones a favor de la tesis según la cual el TC constituye poco más que una reorganización normativa de los tratados previgentes, que, por otra parte, hubiera merecido una mejor sistematización, por ejemplo, en la propia materia de los preámbulos y de los derechos (aunque no sólo ahí). Aún evidenciando cómo la frontera de la integración comunitaria resulta desplazada significativamente hacia delante a través de los derechos, tal orientación, sin embargo, sigue indicando el persistente déficit constitucional.

Según este enfoque, en otros términos, una Constitución, como acto fundacional de un ordenamiento jurídico primario y, de éste último, constituyendo una parte fundamental en su componente de *inner law*, no podría proceder más que de una voluntad política y formalmente constituyente.

Que dicho acto sea expresión de una Asamblea constituyente o de un referéndum probablemente no tenga tanta importancia; lo que debe suceder de manera indiscutible es que la Constitución europea constituya el resultado de un proceso constituyente, con una legitimación, la de los titulares de la soberanía, que no ofrezca lugar a dudas, con una fuerza rompedora propia por basarse en la voluntad de lo *demos* europeos.

En otros términos, no se puede pensar que un acercamiento progresivo a la Constitución europea pueda ocultar, vaciándolas, las principales categorías dogmáticas en las que se basan los procesos de legitimación constitucional. Como bien se ha subrayado (Fioravanti), en pocas palabras, nos movemos en el vacío, en una materia que, por el contrario, dispone de una densidad insuprimible y específica de orden histórico...que es exactamente ese particular tipo histórico de derecho público que, a partir de la *Déclaration des droits* de 1789 y del primer constitucionalismo revolucionario, se ha afirmado en Europa en los últimos dos siglos.

Si este planteamiento metodológico guía en la fase actual el debate teórico, permanece en todo caso el hecho de que la cuestión sobre la que debemos reflexionar sigue teniendo un interés autónomo y profundo, por motivos que trataremos de exponer sintéticamente.

Antes que nada, el tema de derechos fundamentales comunitarios. Ya desde los años '60-'70, a partir de las sentencias *Stauder*, *Internationale*, *Nold* (aunque no sólo éstas), el juez comunitario había identificado la existencia de los derechos fundamentales dentro de la más general y amplia categoría de los «principios fundamentales comunitarios» de creación jurisprudencial.

El ordenamiento comunitario, sobre todo después de la reciente evolución registrada en Maastricht, Ámsterdam, Niza y ahora Roma, prevé la positivización constitucional-comunitaria de los principios del Estado de derecho, de la protección de las libertades, de la dignidad humana, de la democracia, de la igualdad, es decir del respeto a los derechos humanos, que, nueva y

orgánicamente recogidos en el TC, se convierten ahora en «patrimonio constitucional» reconocido y compartido por los pueblos europeos, constituyendo, a tal fin, un verdadero *Bill of rights* del cual seguirá bebiendo, de forma razonablemente expansiva, la jurisprudencia comunitaria.

Se pueden citar, en ese sentido, las disposiciones sancionadas en el art. I-9 del TC, en el que se establece que la UE:

1. Reconoce los derechos y las libertades sancionadas en la Carta de derechos fundamentales, que, incorporada al TC, constituye su Parte II.
2. Se adhiere al CEDH, sin que eso modifique el orden comunitario de competencias.
3. Sanciona, por último, que los derechos garantizados en el CEDH –cuyo alcance sigue siendo el mismo sancionado por la última Carta– y resultante de las «tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros», forman parte del derecho de la UE, en cuanto que principios generales. Recuérdese además que, en las disposiciones del Título VII del TC, relativas a la disciplina de la interpretación y de la aplicación de la «Carta de derechos fundamentales de la Unión», se prevé también que dichas disposiciones se aplicarán a las instituciones, a los órganos y a los organismos comunitarios, en el marco del respeto del principio de subsidiariedad, además de, en las disciplinas nacionales, exclusivamente en la aplicación del derecho comunitario.

El conjunto de dichos sujetos, por otra parte, están llamados a «respetar los derechos», «observar los principios» y «promover su aplicación». Tales disposiciones, por último, cuando sancionan «principios» pueden ejecutarse mediante actos legislativos/ejecutivos de la UE y de los Estados miembros en aplicación del ordenamiento comunitario. Ante un juez pueden sólo invocarse como parámetros para la interpretación y el control de legalidad de tales actos (art. II-111.1 TC).

La diferente naturaleza de las disposiciones que contienen «principios» y «derechos» ha sido (y es aún) ampliamente debatida por la doctrina, temiéndose por algunos (entre los que nos encontramos) –con una peculiar referencia: a la justiciabilidad de los derechos sociales, a los parámetros financieros como garantía de la estabilidad económica y finalmente a la ausencia de una «política de los derechos» expresamente positivizada en el TC– un riesgo de «fisura» comunitaria con respecto a una de las familias de derechos –los derechos sociales– que, junto a los de participación política, constituyen indudablemente una de las tradiciones constitucionales más avanzadas del constitucionalismo contemporáneo, un «patrimonio constitucional» europeo compartido.

Sin embargo, frente a esta preocupación doctrinal es verdad que la Corte de Justicia, al menos en relación con ciertos derechos sociales –especialmente con referencia al derecho del trabajo y al de la igualdad de oportunidades– ha procedido ya, aunque con prudente *self-restraint*, a asegurar una relativa tutela jurisdiccional (p. ej. en el caso *Bectu*, 1999, en materia de fiestas retribuidas).

Así, si ya en presencia de una Carta (la de Niza) sólo políticamente proclamada pero sin vigencia jurídica, el Tribunal comunitario ha sabido apoyarse en un «bloque de comunitariedad», que previamente ya había creado para asegurar la tutela jurisdiccional a los asuntos cometidos a su jurisdicción (sobre todo en materia de libertades económicas y de circulación de mercancías, de capitales y de personas, en pocas palabras, al mantenimiento de las finalidades institucionales del mercado común europeo), puede suponerse que la incorporación de la Carta al TC, vigente inmediatamente después de las ratificaciones previstas en el propio TC, producirá una jurisprudencia fuerte y ulteriormente expansiva en la protección de los derechos fundamentales europeos, no limitada a las clásicas libertades económicas sino también abierta a las sociales (y probablemente también a las de participación política).

Probablemente, para tal fin, de poco valdrán las previsiones del art. II-112.7 TC, según el cual los jueces comunitarios y los nacionales deberán tener «debidamente en cuenta» las «explicaciones» presentadas por el Presidium de la Convención con el fin de dar orientaciones para la interpretación del TC. Una previsión apremiante —ésta última— que no hay dificultad en prever como destinada a una sustancial ineficacia, frente a la naturaleza intrínseca de la función interpretativa de las normas por parte de la jurisdicción comunitaria; y eso sin necesidad de invocar la propia jurisprudencia comunitaria ya disponible en la materia, ni la propia jurisprudencia del juez comunitario para asegurar la «interpretación conforme a las disposiciones comunitarias» por parte de los jueces nacionales.

Para volver al tema central —el de la jurisdicción y de la relativa efectividad de la tutela judicial de las pretensiones jurídicamente reconocidas a los sujetos— puede observarse que las recientes evoluciones en el proceso de integración comunitaria parecen destinadas a una valorización ulterior del sistema jurisdiccional, dentro del cual se podrá asistir (de modo casi inevitable) a un nuevo protagonismo tanto del juez comunitario como de los jueces nacionales.

Ese protagonismo podrá expresarse tanto en la fase ascendente, del impulso del juez comunitario por parte del juez nacional a través del instrumento del «reenvío prejudicial» (y ¿por qué no también del juez constitucional?) que tendrá nuevas y más complejas disposiciones en las que ejercitarse, como, sobre todo, en la fase descendente, con referencia a la inaplicación del derecho interno contrario a la normativa comunitaria, ahora compuesta tanto por disposiciones de garantía de derechos, como por disposiciones que sancionan principios.

En cuanto a la inaplicación del derecho interno contrario a la disciplina comunitaria en cuestión de derechos, en realidad, no parece que haya dudas de ningún tipo; en este sentido, disponemos de una jurisprudencia ampliamente consolidada. Desde la sentencia *Costa/Enel* (1964), en adelante, la prevalencia y la aplicabilidad directa del derecho comunitario en el ámbito del derecho interno constituyen principios totalmente reconocidos y consolidados. Sin embargo, ahora, tales principios se basan en nuevos y mucho más densos parámetros de constitucionalidad comunitaria —los de los derechos (a

respetar) y de los principios (a observar y promover)—; más significativo será, por consiguiente, el papel que está llamado a desempeñar el juez nacional, tanto en la fase ascendente como en la descendente.

Sin embargo, se impone una cuestión. *¿Quid iuris* con relación al ejercicio de las funciones jurisdiccionales del juez nacional en presencia de principios fundamentales comunitarios? La respuesta más plausible a esta pregunta, respecto al derecho vigente (art. II-112.5), lleva a considerar tanto que ellos mismos puedan constituir materia susceptible de «reenvío prejudicial», como que puedan constituir un válido parámetro para la interpretación de los actos sometidos a su cognición («interpretación conforme al derecho comunitario»).

Es exactamente en este ámbito donde surgen significativas cuestiones a raíz de la intersección entre la disciplina comunitaria en el tema de los derechos y de los principios fundamentales comunitarios (piénsese, por ejemplo, en la cuestión del bio-derecho) y la constitucional de cada país miembro de la UE, de norma garantizada por el principio de la rigidez constitucional y por aquél conexo del control de la constitucionalidad de las leyes.

Por una parte, así, reencontramos al TJUE constituido (art. I-29.1) en garante del respeto del derecho comunitario mediante la interpretación y la aplicación de la Constitución (naturalmente la así autodefinida en el TC), por otra, los Estados miembros llamados a establecer los remedios para asegurar una tutela jurisdiccional efectiva en los sectores disciplinados por el derecho de la Unión Europea. Siempre en el ámbito de las denominadas «cláusulas horizontales» del TC (arts. II-111/II-114), encontramos sancionado, igualmente, que el TC tendrá «plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales» (art. II-112.6).

La cuestión que consideramos ahora parece, por fin, solucionarse gracias a la disposición del TC relativa al «nivel de protección» de los derechos (art. II-113 TC), según la cual ninguna disposición del TC puede interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y de las libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el CEDH, así como por las constituciones nacionales (art. II-113 TC).

Nulla quaestio, por tanto, sobre la identificación del alcance y del nivel de protección de los derechos fundamentales europeos. Éstos últimos han de caracterizar y proteger de acuerdo con el *estándar* más elevado y con preferencia de las garantías constitucionales aseguradas por cada país miembro de la Unión europea.

La expansión del papel del juez ordinario, por tanto, parece encontrar un espacio especial en los intersticios de estos dos ordenamientos jurídicos. Cada vez que la norma que haya de utilizarse para la resolución de una controversia deba de evaluarse con respecto a la sospecha de su inconstitucionalidad, el procedimiento será el del recurso al Tribunal constitucional, el cual, en ese caso, sobre la base de una superación de su actual orientación jurisprudencial con respecto a los casos de «doble prejudicialidad comunitaria y constitucio-

nal» (M. Cartabia-J.H.H. Weiler), debería entrar en el fondo de la cuestión propuesta prescindiendo de la cuestión de si la norma comunitaria tiene o no efecto directo.

Sin embargo, si la propia norma que ha de emplearse como parámetro no recae expresamente en los parámetros constitucionales y en la jurisprudencia constitucional ya disponible –ni en la interpretación conforme con la propia Constitución– parece abrirse más de un paso para que este mismo juez se dirija al juez comunitario, mediante el reenvío prejudicial o mediante la resolución de la controversia con una interpretación conforme a las disposiciones del TC. El horizonte que se abre, como se puede intuir, resulta indudablemente nuevo; es el horizonte de un control difuso de la constitucionalidad comunitaria.

Ahora podemos hacer una primera consideración conclusiva de orden general y abstracto, citando además la doctrina más autorizada que hasta el momento se ha renunciado sobre el tema. La cuestión central que se devana –con referencia al art. II-112 del TC– es la de la relación existente entre la tutela comunitaria de los derechos fundamentales, las demás disposiciones constitucionales europeas y las «tradiciones constitucionales comunes» de los Estados miembros, así como aquélla –estrechamente relacionada– de si se ha previsto o no un control de constitucionalidad comunitario sobre los actos normativos «ordinarios».

La respuesta debe ser afirmativa, y de ello puede deducirse la conclusión de que dicho control constituye un síntoma y una evidencia de un proceso de constitucionalización europeo, que si bien aún no puede definirse como pleno, sin duda se extiende hasta los «contralímites», oponibles por las instancias constitucionales nacionales de protección de los derechos y de los principios fundamentales. «Este parece el momento esencial en el que nace una verdadera constitución: hasta que no haya un juez que pueda utilizar la constitución para impugnar la legalidad de otro acto, aunque sea uno legislativo, el documento permanece como mero enunciado político; se transforma en un documento jurídico cuando este control es posible», así lo ha observado ya autorizadamente el Presidente emérito de la Corte Constitucional italiana, profesor Valerio Onida.

Por lo tanto, que se otorgue una competencia (de jurisdicción constitucional europea) primeramente al Tribunal de Justicia parece ser un problema ya indiscutible. Que esta competencia funda en una sola jurisdicción competencias sobre el fondo (para resolver la causa) y competencias sobre la legitimidad (de los actos comunitarios en relación con el TC) es igualmente indudable. Lo que, en este momento, constituye un problema abierto (y que podrá acompañarse de eventuales pronunciamientos divergentes entre las diversas jurisdicciones en la aplicación del derecho comunitario y del convencional-CEDH) –más que la incierta identificación del contenido de cada uno de los derechos (que además es un problema abierto)–, viene dado por aquél, repetido y todavía sin solución, de la «relación entre los distintos enunciados de los mismos derechos y entre las distintas jurisdicciones sobre los derechos» y

en particular de la relación entre juez comunitario, tribunales constitucionales nacionales y Tribunal europeo de derechos humanos.

Con respecto a tales problemas, en la doctrina se subraya oportunamente la fuerte problematicidad de las soluciones de reforma acogidas por el TC, con el fin de garantizar la efectiva tutela de los derechos (incorporados en el Tratado mismo) en el ámbito del espacio jurídico europeo. El Tribunal de Luxemburgo estaría inevitablemente llamado a desempeñar la delicada tarea de garantizar los contenidos normativos de la Carta de derechos; ni siquiera parece posible proponer (o auspiciar) la atribución de dicha incumbencia al Tribunal de Estrasburgo, o bien aún, a un Tribunal constituido *ad hoc*, una suerte de «Tribunal europeo *bis*», como había sugerido el malogrado prof. Favoreu. Muchos elementos obstaculizarían, sin embargo, el eficaz desarrollo de esta tarea, a las que las nuevas disposiciones del Tratado no añadirían ninguna garantía real de mejora.

Por otra parte, los jueces nacionales, obligados a hacer referencia a las disposiciones del TC en cuestión de derechos fundamentales comunitarios en el ámbito de aplicación del derecho comunitario, no tendrían competencia para someter al control de tutela de los derechos los actos de la Unión según lo que ya se ha observado; los Tribunales nacionales tendrían que limitarse al control de la actividad de los órganos de los Estados miembros.

En verdad no ha faltado quien (Pizzorusso), se ha preguntado, oportunamente, si el nuevo ordenamiento comunitario de los derechos fundamentales no autoriza a los mismos jueces nacionales, en un control que se convertiría de esta manera en control difuso de constitucionalidad, a la inaplicación del derecho nacional contrario al comunitario en el ámbito de la materia propia de los derechos fundamentales.

En los ordenamientos europeos se desvela, de esa manera, una vía inédita hacia formas de control difuso de la constitucionalidad comunitaria de las leyes, «que ciertamente tendrá un incremento, a medida que los magistrados y los abogados de los distintos Países alcancen una plena madurez cultural que los llevará a utilizar mejor estas técnicas, hasta ahora poco conocidas» (Pizzorusso).

Esa perspectiva en Italia –como también observa el profesor Pizzorusso–, se ha reforzado recientemente, entre otras cosas, por la modificación del art. 117 de la Constitución «que ha introducido un primer párrafo que parece podrá permitir una evolución de este tipo, por cuanto la jurisprudencia no se ha pronunciado todavía sobre la cuestión. Cuando las disposiciones del Tratado... entren en vigor, incluida la carta de derechos, estas oportunidades probablemente se acrecentarán y la perspectiva de desarrollo de la jurisdicción constitucional difusa podrá probablemente tener motivo también por la modificación efectuada en el art. 52 de la «Carta», del cual se ha hablado antes. Por no decir que, si por ventura tal disposición funcionase en el sentido de excluir la posibilidad de utilizar las normas de la «Carta», a su vez bien podrían utilizarse muchísimas otras normas de carácter internacional que, de una forma u otra, se han recibido en el derecho interno de muchos Estados,

lo que hace que el mundo del derecho sea ya casi siempre permeable a este tipo de exigencias, por las que las ideas que se han concretado de una forma u otra en estos textos tienen grandes posibilidades de encontrar ejecución sobre todo en la medida en que se produce una maduración cultural de los operadores que hace posible todo esto (junto, obviamente, al resto de circunstancias que pueden presentarse en el curso de la historia de cada País)».

Estas oportunas orientaciones doctrinales en el sentido de una apertura hacia el nuevo cuadro normativo europeo —que sigue siendo, en muchos aspectos, incierto y ambiguo en lo que concierne al tema de la efectividad de la protección jurisdiccional de los derechos y a tal fin de la precaria definición del sistema de vínculos jurisdiccionales nacionales/comunitario y convencional—, por tanto, no hacen sino señalar, aunque sea de manera implícita, el persistente déficit regulador en materia de verificación de los actos comunitarios y de insuficiencia de las vías de recurso disponibles para hacer valer los derechos fundamentales. El TC no ha dado grandes pasos en esta línea.

Tales consideraciones llevan, nuevamente, a la cuestión de la positivización de adecuadas tutelas jurisdiccionales de los derechos fundamentales comunitarios, cuya garantía no puede sino referirse al nivel de la Constitución.

Conviene hacer hincapié, en conclusión, que hablar de derechos y de Constitución en el ámbito de la Unión europea significa preguntarse sobre la naturaleza misma de la integración europea, superando el enfoque funcionalista que la ha caracterizado desde un principio para redefinir las fuentes de legitimación y los valores fundantes (respetando y explicando realmente las tradiciones constitucionales comunes de los Estados).

4. UN PROCESO CONSTITUYENTE QUE (IMPROPIAMENTE) SE AUTODEFINIE CONSTITUCIÓN. UN TRATADO-CONSTITUCIÓN QUE REQUERIRÍA UN PROCEDIMIENTO CONSTITUYENTE

Como se puede observar del análisis precedentemente efectuado acerca del *déficit* constitucional aún existente, la cuestión nos lleva directamente a la necesidad o no del poder constituyente. Ello lleva a preguntarnos si el «Tratado constitucional» comunitario, al completar un (deseado, positivo y antiguo) proceso de construcción comunitaria, no debe encuadrarse como expresión de una cumplida «discontinuidad» constitucional, y en cuanto tal «no subsanable, desde el punto de vista del orden constitucional ya trastocado, por el simple hecho que la utilización de este o aquel instrumento, en cualquier caso, expresión del poder constituido (y claramente no constituyente)» (Ruggeri). En otras palabras, vuelve a presentarse la cuestión central de «si el nuevo Tratado constitucional se coloca, por naturaleza jurídica y efectos, junto a (o en lugar de) los viejos tratados o si no resulta parangonable a ellos ... lo que es como decir si, éste puede colocarse también bajo la «cobertura» del art. 11 de la Constitución italiana, bajo el signo de la continuidad, o

bien desborda irreparablemente el cauce trazado por la Carta de 1948, ciertamente como factor de discontinuidad» (Ruggeri).

A partir de la aparente naturaleza cuasi-constitucional (y de la autodefinición como tal) que el nuevo Tratado asume (sobre todo) en razón de la incorporación de la «Carta», ese enfoque, pues, apunta en el sentido de la futura discontinuidad respecto a la previgente formación del derecho comunitario a través de «tratados no constitucionales», evidenciando que la «fuerza simbólica» de dicha opción sería tal que podría asegurar la total legitimación al «nacimiento por vía consuetudinaria de una nueva norma de reconocimiento de la Constitución europea».

Respecto a esa (aunque valiosa) orientación doctrinal, sin embargo, debe observarse que, aún no se ha podido hallar respuesta a aquellas censuras que insisten en la precariedad, en el déficit constitucional, de semejante proceso constituyente, en el ámbito constitucional europeo, caracterizado casi en todos los países por la rigidez de las constituciones y garantizado por sistemas de justicia constitucional.

La Convención indudablemente ha desplazado hacia adelante la frontera de la integración comunitaria a través de los derechos y de ello, naturalmente, debe tomarse nota por parte de la propia doctrina constitucional más reticente con respecto a las formas empleadas hasta el momento, deudora a su vez de la cultura y de la flexibilidad vinculada al derecho contractual propio de la aproximación internacionalista. Sin embargo, subsiste «la debilidad de la referencia a la concreta interacción política, en otras términos, de los derechos políticos de los ciudadanos» (Dellavalle); por lo tanto, persiste aún la duda de «que el fin no se haya alcanzado de manera satisfactoria y de que por el contrario la retórica unitaria no sea sino un biombo tras el cual se esconde la falta de una real democratización de las instituciones» (Dellavalle).

Verdaderamente, que no se trata de una Constitución auténtica y en sentido propio, constituye ya una orientación común compartida por la doctrina, también para esa parte de la misma que destaca como «el actual estadio evolutivo de la Unión no es parangonable al que se encontraban los Estados miembros en la época de la fundación constitucional» (Pinelli). Que se trata de un proceso constituyente atípico, «en sentido descriptivo» (para emplear la misma fórmula de G.U. Rescigno en el análisis de las transiciones constitucionales de la segunda posguerra), encaminado a consolidar una evolución de la integración comunitaria parece compartirse igualmente, al menos desde el Tratado de Maastricht en adelante. De hecho, no hay duda de que, a partir del nuevo TC, partes completas de la Constitución Italiana (y de los demás países miembros de la UE) registran sus influencias significativas y de ello se verán pruebas en la jurisprudencia comunitaria pero también en la expansión de las funciones jurisdiccionales de los mismos jueces nacionales (ordinarios y constitucionales) en sede de aplicación en el derecho interno de la nueva normativa comunitaria (primaria y secundaria).

Las disposiciones de los artículos I-5, I-6, II-111 e II-113, en ese sentido, tal como autorizadamente se leen últimamente, admiten tres consideraciones

principales. En una primera lectura se afirma que el principio que debe guiar al intérprete de la investigación relativa a las relaciones entre TC y Constituciones nacionales es el de la «subdivisión de los respectivos ámbitos de operatividad sobre la base de un principio de competencia, permaneciendo cada ordenamiento fundado y orientado hacia una Carta constitucional propia» (Cartabia). En la hipótesis de enlace y superposición entre disciplinas de distinto ordenamiento, el TC posee supremacía y prevalece sobre las constituciones nacionales; dicha supremacía, sin embargo, cuando entra en el ámbito de los principios y de los derechos fundamentales de cada ordenamiento constitucional nacional, cede la última palabra a las constituciones nacionales y, a través de ellas, a los respectivos jueces constitucionales, en una especie de «primacía invertida» (Cartabia).

Sigue aún abierta, en la fase actual, la cuestión relativa a las sucesivas fases, necesarias, a fin de un cumplido y perfeccionado proceso de integración comunitaria.

En esa dirección van los argumentos a favor: *a*) del referéndum como «elemento adicional esencial para el perfeccionamiento del acto en curso» (De Minico); *b*) de «una realineación de nuestra Constitución de 1948 a todo lo producido y a todo lo que todavía producirá en el futuro el proceso de integración europeo, dejando el camino hasta aquí seguido de dejar esta realineación a aquella única disposición contenida en el art. 11, que es la norma idónea para permitir, bajo ciertas condiciones, cesiones de soberanía, pero completamente inidónea para reconfigurar aquellos aspectos del diseño constitucional originario más expuestos a los efectos que hayan producido aquellas cesiones» (Caretto) —en esto situándose en la estela de otras experiencias europeas como la francesa, alemana, española o portuguesa; *c*) por último, deben señalarse las orientaciones que sostienen la necesidad de ir más allá, optando «por la ratificación y la recepción del Tratado constitucional europeo mediante ley constitucional... (que) permitiría formalizar la igual dignidad de las constituciones nacionales y de la constitución europea, facilitando la interpretación armonizadora por parte de los jueces, necesaria en un sistema que tiende a inspirarse en el constitucionalismo *multilevel*» (Cartabia).

Respecto a la naturaleza del presente Tratado, pues, se debe llegar a la conclusión de que la reorganización de los tratados, perseguida mediante la derogación de los anteriores y de su reformulación en un único Tratado que asegure una mejor comprensión, no constituyen por sí mismo argumento o índice resolutorio a favor de su transformación en un texto (formalmente) constitucional.

En realidad, si se observa bien, a favor de dicha transformación existían ya argumentos tanto en la jurisprudencia de algunas cortes constitucionales europeas, como la alemana, como en la afirmación pretoriana del juez comunitario que, conjuntamente con la afirmación de la primacía y de la aplicabilidad directa del derecho comunitario, y sobre la base del control jurisdiccional previsto en el propio Tratado, concluye con la cualificación del ordenamiento como «carta constitucional de base», o como «carta constitucional de

una comunidad de derecho» (Dictamen 1/91 *Espace économique européen*, 14 de diciembre 1991).

Sin embargo, tales afirmaciones, basadas en la «analogía» entre las disposiciones de los tratados y las de las constituciones nacionales, aunque incontestables, no se demuestran resolutivas para identificar los perfiles distintivos entre ambas tipologías de actos; de manera tal que, en síntesis, «sólo la existencia de un aspecto formal de constitución –un orden jurídico autónomo dotado de un control jurisdiccional propio– impondría la cuestión de la constitucionalización del tratado» (Ch. Franck). Dicho aspecto formal no tendría respuesta hasta que no se previera otro elemento formal de constitución, precisamente aquél del poder constituyente.

Desde este punto de vista, no resultan convenientes ni resolutivas las argumentaciones de una orientación difusa que se detiene a subrayar lo que, en realidad, nadie niega en doctrina –esto es la existencia del ordenamiento comunitario como ordenamiento autónomo– que produce efectos jurídicos sobre los ordenamientos internos de los Países miembros; tales efectos son totalmente reconocidos por los ordenamientos nacionales y como tales se hacen valer. Pero ¿puede decirse, como también algunos sostienen, que, de esta manera, se pierde toda diferencia entre «tratado» y «constitución»?

A riesgo de inscribirse a una orientación doctrinal (que parece) conservadora (de categorías clásicas y las certezas jurídicas vinculadas a ellas) es necesario, de esta manera, destacar como una Constitución –en cuanto acto jurídico que funda un ordenamiento jurídico primario y constituyendo, de éste último, parte integrante fundamental en su componente de *inner law*– no puede sino proceder de una voluntad constituyente.

A lo largo de este proceso analítico, sin duda, debe superarse la emergente rigidez de tipo procedimental de las categorías dogmáticas, como la de asumir como fundacional de nuevos ordenamientos constitucionales el sólo pronunciamiento de tal voluntad mediante asambleas constituyentes idóneamente constituidas para tal fin. A eso mueve no tanto y no sólo el reconocimiento de las peculiaridades históricas de las asambleas constituyentes de las fases posbélicas cuanto la consideración de que aún antes de tal periodo evolutivo del constitucionalismo contemporáneo, en aquél originario, prevalecía una naturaleza «flexible» de las rígidas constituciones modernas (Pace).

Subsiste en todo caso el hecho de que una decisión constituyente como base de un nuevo ordenamiento constitucional, que garantice al mismo tiempo también una nueva jerarquía entre los ordenamientos nacionales y el comunitario, resulta necesaria para resolver todas las posibles antinomias que presentaría la falta de legitimación de tal jerarquía. Por otra parte, ¿en qué disposiciones del Tratado constitucional es posible reconocer al Parlamento europeo una fuerza propia, constituyente y/o de «revisión constitucional», que pueda imponerse a las «Altas Partes contratantes» (es decir gobiernos nacionales, y sólo indirectamente Parlamentos nacionales)? También desde este ángulo, por lo tanto, debe observarse que la mera elección mediante sufragio universal del Parlamento Europeo y la natural (pretendida) compe-

tencia constituyente del mismo no representa argumento definitivo como garantía de ejercicio por parte de un poder constituyente. El Parlamento europeo, en la realidad concreta, sigue ejerciendo sólo los poderes que los «señores de los tratados» le reconocen.

El argumento definitivo desde esta óptica, de esta forma, vuelve a proponerse como necesidad de una legitimación constituyente por parte de los pueblos europeos, que se expresan tanto a través de los parlamentos nacionales, tanto a través de sus representantes en el Parlamento europeo, como, en la fase identificada como verdaderamente constitutiva del nuevo constitucionalismo europeo, a través de la acción directa de los ciudadanos de los países miembros.

Pero, como se ha evidenciado, la hipótesis de un referéndum europeo, lleno de evocaciones constituyentes, todavía no se ha considerado necesaria en esta fase (ni concretamente practicable). Junto a la noción de ciudadanía europea, aquél está aún destinado a servir de «premisa ideológica», destinada a sostener «una tensión creciente para seleccionar valores e ideas comunes para un pueblo de Europa en sentido estricto (que) va afianzándose en la consciencia de la identidad nacional» (De Minico).

Desde este punto de vista también, no puede sino subrayarse nuevamente cómo el horizonte constituyente, pacífico también entre las opiniones contrarias, ha faltado en la ulterior, actual e importante, fase de desarrollo de la integración comunitaria. Los problemas no habrían faltado en ausencia de una disciplina comunitaria en la materia y de los sujetos legitimados para proponerlo en el ámbito comunitario. Resta, así, únicamente el horizonte nacional; sin embargo, la realización de referenda nacionales claramente no podría subrogar el esperado efecto legitimador «de la función nominalmente constituyente ejercitada por el binomio Convención-Conferencia intergubernamental, (pudiendo sólo intervenir) en el ámbito de los instrumentos empleados por cada Estado para integrar el derecho comunitario en su propio ordenamiento» (De Minico).

Volviendo a las tesis ya enunciadas anteriormente, la orientación que parece resultar más convincente y argumentada es la que lleva a evidenciar que los trabajos de la Convención habrían concretado poco más que una reorganización normativa de los tratados de las Comunidades y de la Unión europea. «Eso no quita, de hecho —como bien se ha observado—, que sigamos sin saber qué hacer con un texto que es objetivamente imposible llamar Constitución, porque una Constitución es tal no sólo por el hecho de que posea este tipo de contenidos, sino también, y sobre todo, porque representa el resultado de un proceso que nace, del pueblo, con la intención de convertirse en un proceso constituyente, con una legitimación, la del titular de la soberanía, que no puede dar lugar a dudas, con una rompedora fuerza conformante, justamente porque se basa en la voluntad del *demos*. En otras palabras, para poder afirmar que un determinado texto normativo es una Constitución, y, en el presente caso, es la Constitución europea, es necesario que se elabore por obra de una asamblea constituyente europea, elegida

mediante sufragio universal directo por un pueblo europeo que debería caracterizarse por un *idem sentire* que, hasta hoy día, no ha sido posible encontrar» (Salmoni).

Siguiendo una orientación ya suficientemente argumentada por la mejor doctrina constitucional italiana y extranjera, puede asimismo afirmarse que el tema de las relaciones entre derechos y Constituciones en el nuevo ordenamiento comunitario –y con ello el tema de la «justiciabilidad» de los derechos reconocidos en la Carta de Niza (y ahora en el Tratado constitucional)– no ha ofrecido todavía soluciones completamente satisfactorias.

Piénsese en ese sentido en los problemas constitucionales planteados por los art. 51 y 52 de la Carta de Niza, aún no totalmente solucionadas por el nuevo Tratado constitucional, incluso considerando los añadidos aportados al art. 52, ni el papel asignado a las «Explicaciones» del Presidium de la Convención sobre la interpretación de la «Carta». Ello ha llevado a una autorizada doctrina a interrogarse sobre la necesidad de dar vida a una especie de «súper-Tribunal europeo para regular los problemas, una suerte de tribunal de conflictos constitucionales europeos con la tarea de armonizar las categorías y las jurisprudencias de las distintas Cortes».

Pero lo que en mayor medida resalta de dicha relación, con peculiar referencia a la garantía de las posiciones jurídicas subjetivas constitucionalmente garantizadas, en el pasado sólo despejado por la conocida jurisprudencia sobre los «contralímites», parece centrarse en la necesidad (constitucional pero también política) de una «reforma constitucional tanto en el ámbito europeo como a escala nacional» (De Siervo), sin que se pueda continuar a aventurar/practicar un proceso de integración comunitaria, que se convierta *in itinere (quasi de facto)* en un proceso de constitucionalización comunitaria plena, sin una legitimación democrática adecuadamente representativa, como sólo los procesos constituyentes pueden asegurar, y pendiente «de proyectar un sistema de garantías verdaderamente funcional» (De Siervo).

En un lúcido análisis sobre los «tipos» de «contralímites» opuestos por el nivel de las garantías aseguradas por las constituciones y por las jurisdicciones nacionales desde la óptica de la positivación del art. II-53 en el TC, jóvenes y reconocidos estudiosos (Celotto-Groppi) han subrayado bien todas las paradojas de la jurisprudencia constitucional en la materia (tanto de la nacional como del resto de los tribunales constitucionales europeos). Por una parte, en efecto, «los “contralímites” hay que entenderlos como regurgitado del orgullo nacional (...sobre todo en razón de la consideración según la cual es ya claro cómo) la intervención del derecho comunitario no constituye un atentado a los ordenamientos constitucionales nacionales, sino, más bien, un instrumento de notable potencialidad para desarrollar los principios y valores presentes en la constitución, pero a menudo rechazados u olvidados» (§ 4). Por otra, hay que resaltar «la inutilidad de estas tendencias, por cuanto ningún Estado ha tenido el “coraje” verdadero de declarar la prevalencia de un “contralímite” sobre las normas comunitarias (§ 4) ... el derecho comunitario (en efecto) “ejecutará” las garantías impuestas en tutela de la rigidez de las

Constituciones, gracias a los principios de primacía y de eficacia directa, que no pueden carecer de valor aún con respecto a las normas de rango constitucional», como el caso Kreil ha demostrado, con referencia a las relaciones entre el derecho comunitario y ordenamiento constitucional alemán. Se deriva de ello una consideración según la cual se subraya como «los contralímites se prestan a convertirse no en un rígido muro de confín entre ordenamientos, sino en el punto de articulación, la bisagra en las relaciones entre la UE y los Estados miembros... Una UE que tiende a la formación de un auténtico Estado unitario de tipo federal no puede consentir que los distintos Estados miembros, sobre todo en materia de derechos, no apliquen las disposiciones propias que reconocen los niveles de protección más elevados, al igual que sucede tradicionalmente en los Estados federales... (desde esta óptica, por tanto) los “contralímites” adquieren una legitimación propia, cual forma dinámica de prevalencia del derecho nacional, respecto al caso concreto; la primacía asume contenidos nuevos y diferentes, admitiendo excepciones en ámbito nacional» (§ 4) (Salmoni).

Por el momento, estas últimas resultan ausentes de la previsión comunitaria *de jure condendo*, la cual se limita «a afirmar libertades y derechos, en cuanto que el moderno constitucionalismo exige al menos que en las disposiciones de garantía predeterminen también las categorías de los límites que podrán ser posteriormente desarrollados por el legislador en situaciones subjetivas de ventaja. De igual forma, en el constitucionalismo moderno resulta bastante importante la exacta predeterminación de los casos en los que el ejercicio de los poderes limitadores de las libertades se reservará únicamente a las autoridades jurisdiccionales en lugar de a las autoridades administrativas. El riesgo subsiguiente es que toda una serie de importantes libertades puedan resultar en concreto bastante menos garantizadas que en nuestro ordenamiento» (Salmoni).

5. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Con relación a los temas ilustrados en la introducción pueden sacarse ahora algunas conclusiones. Sobre la cuestión nominalista, parece que se puede concluir que el Tratado constitucional puede adscribirse a la tipología de los tratados y no en la de las constituciones. Aunque resulta indubitado que en el TC se disciplina una materia ampliamente comparable a la de las constituciones, éste carece de una de las condiciones constitutivas esenciales para que pueda realmente definirse como Constitución, aquélla justamente del poder constituyente. Tampoco puede afirmarse que dicha tarea y tal legitimación constituyente puedan reconocérsele a la Convención instituida *ad hoc* para su redacción. Por otra parte, las formas seguidas para su aprobación son justamente las relativas a la firma de tratados, esto es la adopción por parte de la Conferencia intergubernamental y la ratificación por parte de los (25) parlamentos de los estados miembros. De la misma manera, debe obser-

vase que, si bien no tiene la forma y la fuerza de una Constitución, el TC desarrolla muchas de sus funciones, pudiendo por ello, con una buena razón, denominarse Tratado constitucional. Como autorizadamente se ha señalado (Pace), de hecho, la tesis a favor de la transformación del TC en Constitución europea efectiva supondría, por eso mismo, concluir que «las constituciones de cada estado, como consecuencia de tal acto, resulten deslegitimadas... o en cualquier caso fuertemente redimensionadas».

Por otra parte, tampoco podría afirmarse la inidoneidad frente a la finalidad de una transformación semejante —que supondría la plena legitimación de un nuevo ordenamiento constitucional, el europeo— la frágil previsión del art. 11 de la Const. Italiana, prevista para la cesión de cuotas de soberanía nacional (con el objeto de asegurar la paz y la justicia entre los pueblos) pero no ciertamente para legitimar una nueva fuente de producción constitucional, que introduce un nuevo orden político.

Por otro lado, la propia inidoneidad del art. 11 de la Const. (al igual que puede decirse también de otros ordenamientos constitucionales europeos) debe además afirmarse para la propia recepción del TC en el orden jurídico interno, dado que no se trata de simples disposiciones reguladoras de la materia económica sino de un texto nuevo y orgánico que comprende la propia cuestión de los derechos. ¿Es posible reconocer a la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno una plena efectividad frente a la recepción de tal ordenamiento orgánico con la fuerza propia de una ley ordinaria? Esta preocupación doctrinal, que habría sugerido una recepción del TC mediante ley constitucional, no se consideró digna de atención y aunque las cuestiones que de esa vía seguida se derivaron no carecen de importancia para la composición en el futuro de eventuales colisiones en materia de derechos entre los dos ordenamientos. La cuestión, en efecto, invoca directamente la relación entre Tribunales constitucionales nacionales y Tribunal comunitario: ¿cuál de los dos tribunales tendrá la última palabra en la interpretación y en la garantía de los derechos?

De esas premisas deriva el subrayado que hemos realizado sobre la necesidad de una reconstrucción de la fuente de legitimación política de la Constitución europea a través de procesos constituyentes idóneos, que no necesariamente deberían asumir la forma de asamblea constituyente. Pero, también en esta hipótesis, no hay duda de que los problemas de teoría constitucional seguirían interfiriendo en el ejercicio mismo del poder constituyente por parte de los pueblos europeos. Dichas cuestiones no se encuentran principalmente en las formas que se deben adoptar para el pronunciamiento constituyente, sino en la cuestión central de si es legítimo y con qué límites la convocatoria de un referéndum constituyente europeo semejante (o procedimientos similares) —naturalmente abierto al voto del pueblo de cada estado miembro— frente a los límites (implícitos y explícitos) que el texto constitucional italiano ha previsto en los arts. 138 y 139 de la Const., y que la Corte constitucional ha confirmado en varias oportunidades. De esta forma, tampoco bajo este aspecto puede seguir sin respuesta la necesidad de un procedi-

miento constituyente ya subrayado por la doctrina clásica, según el cual sólo un factor de discontinuidad puede considerarse como fundante de un nuevo ordenamiento constitucional que deje atrás un ordenamiento ya formalmente superado. La conclusión sobre este punto, por lo tanto, sólo puede ser una. Respecto a las dos alternativas posibles planteadas en la Conferencia intergubernamental —la de poner en marcha un auténtico proceso constituyente o, al contrario, la de predisponer cambios aún importantes de los tratados comunitarios— el camino elegido ha sido el segundo, en cuanto más factible desde el punto de vista de las relaciones de las fuerzas políticas entre los estados miembros y, al mismo tiempo, capaz de asegurar una continuidad con respecto al pasado. Las mismas previsiones de la Parte IV del TC en materia de derogación de los tratados precedentes, y de sucesión y continuidad jurídica en materia del procedimiento de revisión (ordinaria y simplificada), confirman la tesis acerca de la naturaleza del proceso constituyente y acerca de la formal adscripción del TC a la naturaleza jurídica de los tratados (pactista y paritaria). Realmente, es discutible la definición misma del proceso en curso como “proceso constituyente” (Grimm) y eso por las mismas razones con las que se ha negado la naturaleza de Constitución al TC apenas firmado.

En conclusión, la cuestión planteada, en la fase actual, sólo puede considerarse —como se ha intentado hacer anteriormente— respecto a la interpretación de los contenidos de las disposiciones del TC (I-6) en materia de prevalencia del derecho comunitario sobre el derecho de los estados miembros. Con referencia a tal cuestión ha de decirse que, a partir de la afirmación jurisprudencial de la primacía del derecho comunitario (1964, Costa/Enel) y del efecto directo en los Estados miembros (Van Gend en Loos), el derecho comunitario había visto plenamente reconocida tal prerrogativa jurídica con respecto a los derechos nacionales. Por tanto, debe profundizarse hoy sobre la cuestión en relación con el derecho de la UE respecto a las constituciones nacionales. En este marco de relaciones, más de una señal, a partir del caso Kreil, indica que las constituciones nacionales no siempre pueden resistirse a la primacía de la Constitución europea y en el futuro fácilmente puede aventurarse que «la importancia de las constituciones nacionales se reducirá con el paso del tiempo».

La cuestión queda, pues, planteada. La solución se remite al futuro inmediato del concreto diálogo entre los tribunales (TJUE, TEDH, Tribunales constitucionales nacionales), por un lado, y a las decisiones de los pueblos europeos de profundizar en la integración comunitaria para alcanzar una verdadera casa común, es decir, optando por constituirse como efectiva comunidad política de derecho. Para alcanzar dicho proceso de autodeterminación de los pueblos europeos —de lograrse— no podrá faltar el recurso a la legitimación constituyente, propia de un ordenamiento social que se constituye como comunidad política organizada como Estado, superando de esta manera las originales fórmulas que hasta el momento han sido empleadas, de una entidad jurídica a mitad de camino entre organización internacional y Estado.