

# CONSTRUCCIÓN POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA Y PODER CONSTITUYENTE<sup>1</sup>

GAËLLE MARTI

*Catedrático de Derecho público  
Universidad de Lorraine*

## SUMARIO

- I. Introducción
- II. El poder constituyente, «el olvidado» de la construcción política de la unión europea.
- III. La defensa de la llegada de un poder constituyente europeo.

## I. INTRODUCCIÓN

«Nosotros no aliamos Estados, unimos hombres». Esta cita está extraída de un discurso pronunciado por Jean Monnet en Washington poco más de un año antes de la firma del tratado constitutivo de la Comunidad europea del carbón y del acero. Pone de manifiesto que la integración política ha constituido siempre el horizonte de la construcción comunitaria, incluso si ésta ha adoptado primeramente la forma de una integración económica, y más exactamente, sectorial. Esta dimensión *política*, es decir, que aspira a la organización de la vida colectiva de una comunidad de individuos, estaba ya en germen en la declaración de Shuman de 9 de mayo de 1950, por la mención de la perspectiva federal de la organización propuesta a los socios europeos de Francia. La dimensión política ha encontrado una traducción en el preámbulo de los tratados fundacionales, el tratado constitutivo de la comunidad europea del carbón y del acero (1951) haciendo referencia a la puesta en escena de los «fermentos de una comunidad más amplia y más profunda entre pueblos durante mucho tiempo enfrentados por divisiones sangruientas» por la creación «de instituciones capaces de orientar un destino en adelante compartido», mientras que el tratado constitutivo de la Comunidad económica europea (1957) afirmaba, según una fórmula desde entonces constantemente recogida, el establecimiento de una «unión cada vez más estrecha entre los pueblos».

1 Traducido por M.<sup>a</sup> Mercedes Serrano Pérez (Universidad de Castilla La Mancha).

En otras palabras, desde el origen, la ambición de la construcción europea era, no sólo organizar la simple *cooperación* entre Estados, sino más bien *integrarlos* en un conjunto más amplio teniendo por objeto regir la vida en sociedad de sus pueblos (la elección del término «comunidad» no era en este sentido anodina).

Esta ambición no pudiendo, sin embargo, según la lúcida verificación operada por Robert Shuman, «realizarse de golpe, ni en una construcción de conjunto»<sup>2</sup>, se ha traducido por la elección en favor del método *funcionalista*<sup>3</sup> cuyo objetivo era alcanzar, partiendo de una integración sectorial, la integración política por un efecto de engranaje (*o Spill over*) que resulta de la acción de instituciones supranacionales. Así, la pertinencia del método constituyente hasta ahora utilizado para fundar y legitimar la organización de la vida en sociedad de los individuos en el marco estatal fue, desde el acto de nacimiento de las Comunidades, rechazado en beneficio de la creación de «una solidaridad de hecho» teóricamente abocada *in fine* a un acercamiento de los pueblos.

La opción funcionalista nunca ha sido hasta ahora negada, lo que se ha traducido por la reconducción *ab libitum* del método intergubernamental de revisión de tratados<sup>4</sup>. A la inversa, los intentos de ruptura para introducir el método constituyente han quedado en el limbo, dando sólo lugar a «proyectos» de estatuto de una Comunidad política europea (1953)<sup>5</sup> o tratados sobre la Unión europea (1984)<sup>6</sup>, o «informes» (tales como el informe Herman de 1994<sup>7</sup>) los cuales han sido todos enterrados.

Esta exclusión del método constituyente, sin embargo, no ha contrariado realmente sus aspiraciones políticas. Las revisiones sucesivas de los tratados han ampliado de hecho considerablemente el campo de acción de las políticas comunes, más allá de la esfera puramente económica para abordar aspectos reales tales como la política exterior y de seguridad, la justicia, la materia penal o la monetaria y la política de asilo. También progresivamente, los poderes del Parlamento europeo, instancia representativa de los pueblos europeos, han sido incrementados hasta llegar a la situación actual en la que esta institución es la vez colegisladora y autoridad presupuestaria de pleno derecho con el Consejo de la Unión europea. Y la Corte de Justicia evidentemente ha trabajado en este sentido, afirmando la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario de la que se derivaba la primacía y el efecto directo de sus normas, proclamando la naturaleza «constitucional» de los tratados, o aun más protegiendo los derechos fundamentales de los individuos por el recurso a la técnica de los principios generales del

2 Extraído de la declaración de Shuman de 9 de mayo de 1950: «Europa no se hará de una vez, ni en una construcción de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas que creen en primer lugar una solidaridad de hecho».

3 L.-J. CONSTANTINESCO, «¿Fédéralisme-constitutionnalisme ou fonctionnalisme? Réflexions sur la méthode de l'intégration européenne», en *Mélanges Fernand Deboisse*, vol. 2: *La construction européenne*, Bruselas, París, ediciones Labor, Fernand Nathan, 1979, pp. 19-27.

4 Con la excepción quizá de los procesos que han conducido a la adopción del tratado que establecía una Constitución para Europa, sobre la cual volveremos posteriormente (V. infra)

5 C. REVEILLARD, «La constitution européenne: le précédent du 10 mars 1953», *Europe comparée*, n.º 2/2004.

6 Resolución del Parlamento europeo de 14 de febrero de 1984 relativa al proyecto de tratado fundacional de la Unión europea, Bull. CE, n.º 2/1984, p. 8.

7 Resolución del Parlamento europeo de 10 de febrero de 1994 sobre la Constitución de la Unión europea, JOCE n.º C 61 de 28 de febrero de 1994, p. 155.

derecho. El resultado es la construcción progresiva de un ordenamiento jurídico constitucional, en el que los sujetos son a la vez los Estados y los individuos y donde las normas se integran en los ordenamientos jurídicos nacionales y se imponen a sus órganos.

Esta constatación, vinculada a la articulación entre, por una parte, la producción de un objeto constitucional y, por otra parte, al rechazo a la adopción del método constituyente que invita a un reflexión sobre el lugar del concepto de poder constituyente en la construcción política de Europa<sup>8</sup>.

La reflexión sobre este concepto, y su trasposición al nivel de la Unión europea, implican no obstante algunas aclaraciones previas, en tanto esta «noción-límite»<sup>9</sup> del derecho constitucional está sujeta a controversias que afectan tanto a su juridicidad como a su contenido. Más precisamente, la mayor parte de autores están de acuerdo en definir el poder constituyente como el poder «de establecer o modificar la constitución»<sup>10</sup>, pero restringen el estudio de este concepto sólo al poder constituyente llamado derivado, a saber el poder de revisión de la constitución con la exclusión del poder constituyente denominado originario. Siendo esto último el origen de una ruptura en la cadena normativa y su acción no estando, por definición, enmarcada por el derecho, la mayoría de los autores rechazan en efecto el hecho de que pueda ser aprehendido por la ciencia jurídica<sup>11</sup>.

Esta concepción «positivista» del ordenamiento jurídico sin embargo no es atacada por ciertos autores que consideran al contrario que la cuestión del origen del derecho no puede quedar fuera del campo del análisis jurídico y se entregan a un estudio teórico de este concepto<sup>12</sup>. Igualmente pensamos que el poder constituyente originario puede ser objeto de una aprehensión jurídica desde el instante en el que se vincula a explicar la fundación de un ordenamiento jurídico y el discurso jurídico no puede ignorar una reflexión sobre los fundamentos mismos de su objeto de estudio.

Reintroducir el poder constituyente originario en el campo jurídico genera inevitablemente consecuencias en cuanto a la definición misma de este concepto. En efecto, desde el paso de la soberanía de derecho divino a la soberanía del pueblo, el poder

8 Reflexión a la cual hemos consagrado nuestra tesis doctoral, a la que nos remitimos: G. MARTÍ, *Le pouvoir constituant européen*, Bruselas, Bruylant, 2011, 802 pp.

9 E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Le pouvoir constituant du peuple notion-limite du droit constitutionnel», en *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, trad. del alemán por O. Jouanjan, Bruselas, Bruylant, Paris, LGDJ, 2000, 317 páginas.

10 G. VEDEL, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1984, 616 páginas, spéc. P. 114. Ver también, para una definición similar, O. DHAMEL, «Pouvoir constituant», en O. DHAMEL Y Y. MENY (Dir.), *Dictionnaire-constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, 1112 páginas, spéc. p. 777.

11 Es emblemática en este aspecto la posición de Carré de Malberg, según la cual «la formación inicial del Estado como también su primera organización, no pueden ser considerados más que como un simple hecho», Cf. R de Carre de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, tomo 2 (1992), Paris, reedición, del CNRS, 1962, 638 páginas, spéc. p. 491. Poder de hecho, el poder constituyente no puede ser el objeto de un estudio jurídico, lo que se traduce en el hecho de que la mayoría de autores se limite a describir las formas tradicionales prestadas por el poder constituyente que se trata de la elección, por el pueblo, de una asamblea constituyente y/o de la adopción de la constitución por la vía de un referéndum constituyente (ver en este sentido B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 25 ed. 874 páginas, spéc. pp. 217 y s.; MATHIEU Y M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, 874 páginas, spéc. pp. 217 y s.

12 Ver en este sentido especialmente O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 266.

constituyente originario significa esencialmente el derecho del pueblo de adoptar la constitución, entendida como la norma suprema de un ordenamiento jurídico y político dado y supone en práctica que el procedimiento de adopción de la constitución reserva un lugar predominante al pueblo, ya sea por elección de una asamblea constituyente o por la participación directa del pueblo en la ratificación de la constitución. Las características de este poder, que derivan de esta definición, son ser originario (el pueblo no detenta ese poder más que de él mismo), absoluto (no estando ese poder por definición atado por ninguna regla preexistente) e inalienable (no pudiendo el pueblo ser privado de él). Entenderemos pues el poder constituyente como el poder del pueblo de adoptar el acto fundacional de un ordenamiento político-jurídico determinado, que manifiesta su voluntad de constituirse en comunidad política y de organizar su futuro común. Así definido, el concepto de poder constituyente que está ontológicamente unido a la democracia implica que el pueblo, destinatario de las reglas dictadas por las instituciones con el fin de organizar la vida en sociedad, sea igualmente el autor de las mismas.

Ahora bien, es esta correlación indisoluble, según nosotros, entre poder constituyente y democracia la que se revela problemática en la elección operada en favor del método funcionalista. En efecto, la exclusión de la problemática constituyente de la construcción europea es particularmente dañina, no en la profundización de la integración en los aspectos «políticos», por oposición a los aspectos «económicos», pero sí en la democratización de la Unión europea. Ahora bien si los dos movimientos (integración y democratización) han estado durante mucho tiempo separados sin que esto constituya un obstáculo real en la construcción europea, no es seguro que esta situación pueda perdurar todavía mucho tiempo. ¿No ha declarado la Corte constitucional alemana, en su decisión de Lisboa de 30 de junio de 2009, que en caso de «desproporción entre el tipo y la extensión de las competencias de soberanía ejercidas, por un parte, y el grado de legitimación democrática por otra», Alemania podría «negarse a participar más en la Unión europea»<sup>13</sup>?

Si tal conclusión parece imponer la aparición de un poder constituyente propiamente europeo, no es esta la dirección en la que parecen estar comprometidos los «Señores de los tratados». La razón fundamental que explica esta exclusión del método constituyente para construir la Europa política reside, en efecto, en el temor de los Estados de verse desposeídos de su soberanía debido a la adopción, por sus pueblos, de un acto constituyente para Europa. La idea comúnmente compartida es aquella según la cual el poder constituyente estaría indisolublemente unido a la forma estatal en el marco en el que este concepto se ha encarnado históricamente. La mayoría de la doctrina, hace incluso del titular del poder constituyente, entendido como el poder de establecer y de modificar la constitución, el criterio que permite localizar al titular de la soberanía en una asociación de Estados, siendo el soberano el que puede modificar la respectiva ampliación de las competencias de cada nivel de «gobierno». El Estado federal basado así sobre una constitución que ningún Estado federado puede modificar solo, debe concluirse que dispone de la competencia de la competencia y en consecuencia de la soberanía; a la inversa, los Estados miembros de una confederación quedan libres de

13 Corte constitucional federal alemana, decisión del 30 de junio 2009, *Traité de Lisbonne, RTDE*, n.º 4/2009, pp. 799-824, spéc. pt 264.

definir, en su calidad de «creadores de los tratados», las competencias de estas últimas, y conservar en consecuencia su soberanía. De esta lectura binaria de los fenómenos federalistas resulta que la transferencia de poder constituyente a los ciudadanos europeos tendría como consecuencia inmediata la transformación de la Unión europea en Estado federal y la correlativa pérdida de la calidad de Estados soberanos por parte de los Estados integrantes de la Unión.

En contra del pensamiento dominante, creemos al contrario que el Estado no es el sólo receptáculo de la soberanía constituyente del pueblo. En otras palabras, la exclusión del método constituyente para construir Europa no resulta de una *necesidad teórica* sino más bien de una *elección política* por parte de los autores de los tratados, y sobre la cual estos últimos pueden en consecuencia retractarse.

Admitir esta concepción implica sin embargo, previamente, aceptar que el Estado no es la única forma de organización política y que existe una vía intermedia entre la categoría de Estado y la de organización internacional, lo que la mayoría de la doctrina excluye firmemente<sup>14</sup>. Ciertos autores sin embargo, como Carl Schmitt<sup>15</sup>, Oliver Beaud<sup>16</sup>, Elisabeth Zoller<sup>17</sup> o también Hugues Dumont<sup>18</sup> han puesto en evidencia la reducción, según ellos «arbitraria e históricamente caduca»<sup>19</sup> del federalismo a la oposición Estado federal/confederación para poner de manifiesto la existencia de una «tercera vía»: la Federación, a veces llamada Federación de Estados o incluso Federación plurinacional, que presenta la característica de reunir dos poderes políticos en un mismo territorio. A pesar de las sutiles distinciones existentes entre estas diferentes teorías de la Federación, nosotros la definiremos como una forma de asociación política original que

14 Ver especialmente L. Le Fur, *Etat fédéral et confédération d'Etats* (1896), París, reedición Universidad Panthéon-Assas-París II, 2000, 839 páginas; R. Carre de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel*, tomo 1 (1920), París reedición del CNRS, 1962, 638, páginas, spéc. pp. 90 y s.; C. Leben, «Fédération d'Etats-nations ou Etat fédéral?», *Harvard Jean Monnet Working Paper*, n.º 7/00, (Symposium: Respuesta a Joshka Fischer), <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers00.html>. Los manuales de derecho constitucional generalmente no presentan el federalismo más que a través de la oposición Estado federal /confederación, Cf. F. Hamon y M. Troper, *Droit constitutionnel*, París, Dalloz, 10 ed., 2007, pp. 401 y s. El manual de los profesores V. Constantinesco y S. Pierre-Caps, es sin embargo una excepción y se entrega a un análisis de las teorías de la Federación, *Droit constitutionnel*, París, PUF, 3 ed., 2007, 570 páginas, spéc. pp. 302 y s.

15 C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, (1982), París, PUF, 1993, 576, páginas, spéc. pp. 507 y s.

16 O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, París, PUF, 2009, 2 ed., 447 páginas; «Fédéralisme y Fédération en France, histoire d'un concept impensable?», en *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, n.º 3/99, Estrasburgo, Presses Universitaires de Estrasburgo, 1999, pp. 7-82; «La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération», en J.-F. KERVEGAN y H. MOHNHAUPT (Dir.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie: Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et la philosophie*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1999, 394 páginas, spéc. pp. 197-270; «Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération», *RDP*, 1998, pp. 83-122; «La Fédération entre l'Etat et l'empire», en B. Theret (Dir.), *L'Etat, la finance et le social*, París, El descubrimiento, 1995, pp. 282-304.

17 E. ZOLLER, «Aspect internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la Fédération d'Etats», *RCADI*, tomo 294 (2002), pp. 49-155.

18 H. DUMONT, «The European Union, a Plurinational Federation *in sensu* cosmopolítico», en M. SEYMOUR, A.-G. GAGNON, *Multinational Federalism*, Palgrave, Mac Millan, 2012, pp. 85-106.

19 O. BEAUD, «La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération», *op. cit.*, p. 206.

tiende a asociar de forma duradera entidades preexistentes en un conjunto más extenso, englobándolas sin hacerlas desaparecer.

El doble interés de la teoría de la Federación es que permite considerar la aparición de un poder constituyente europeo en un marco no estatal y que, sobre todo, no implica la desaparición de los Estados como tales.

Esta conclusión teórica resulta fundamental para el futuro de la construcción política de la Unión europea en la medida en la que establece la posibilidad de la aparición de una auténtica democracia al nivel supranacional. En efecto, si el poder constituyente, como poder de auto-institución de una sociedad política, no es otro que la misma democracia, entonces es efectivamente su exclusión de la construcción europea que es, al menos en parte, la causa del déficit democrático que sufre (I) y que reclama, de nuevo, la aparición de un verdadero poder constituyente europeo (II).

## II. EL PODER CONSTITUYENTE, «EL OLVIDADO» DE LA CONSTRUCCIÓN POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA

Conforme a las predicciones de los Padres fundadores de la construcción europea, el ordenamiento jurídico de la Unión europea ha incrementado sus similitudes con los ordenamientos jurídicos constitucionales, y especialmente nacionales. Ahora bien, este fenómeno de «constitucionalización»<sup>20</sup> se ha desarrollado de manera endógena (A), sin que se pueda identificar, en su base, la acción de un poder constituyente europeo (B).

### 1. La constitucionalización endógena del ordenamiento jurídico de la Unión europea

Son los Estados miembros en su condición de «Señores de los tratados», quienes han dado nacimiento al ordenamiento jurídico comunitario adoptando los tratados fundacionales de París y de Roma.

Es posible considerar que, desde el origen, estos tratados comportaban una dimensión *materialmente* constitucional en la medida en que habilitan la transmisión y las modalidades de ejercicio de poder en el seno del ordenamiento jurídico que fundan e incluyen ciertas disposiciones (tales como el principio de no-discriminación o también el principio de libre circulación), que pueden ser comparados a un embrión de derechos fundamentales, cuyos destinatarios serían los individuos. Los tratados tenían igualmente *ab initio* una dimensión *formalmente* constitucional en la medida en la que representan

20 Según M. Weiler, «constitucionalización implies a combined and circular process by which the treaties were interpreted by techniques associated with constitutional documents rather than multi-partite treaties and in which the treaties both as cause and effect assumed the higher law attributes of a constitution» (la constitucionalización describe el proceso combinado y circular por el cual los tratados han sido interpretado por medio de técnicas tradicionalmente reservadas a los textos constitucionales en vez de a las convenciones internacionales, la causa (pero también la consecuencia) es que los tratados presentan los atributos normativos de una constitución). Cf. J. H. H. WEILER, «Supranationalism revisited – a retrospective- The European communities after 30 years», in W. MAIHOFER (Dir.), *Noi, simura, selected working papers of the European University Institute* Florence, European University Institute, 1986, pp. 341-396, spec. p. 382.

la norma suprema del ordenamiento jurídico comunitario y definen así, a semejanza de una constitución rígida, una jerarquía de normas que establece el ordenamiento jurídico.

Si el mimetismo constitucional es todavía muy imperfecto y profundamente incompleto al final de los años 1950, los Estados miembros de la Unión europea han incrementado considerablemente esta dimensión al hilo de las revisiones de los tratados, ampliando los ámbitos de competencia de las Comunidades y después de la Unión europea y más allá de la esfera económica inicial, incrementando los poderes de las instituciones representativas de los ciudadanos europeos, o también estableciendo la ciudadanía de la Unión europea.

En consecuencia es posible sostener que, por la acción de ese poder que se podría calificar de «fundacional»<sup>21</sup>, los Estados han acordado el establecimiento de un ordenamiento jurídico llamado a desarrollarse de manera gradual.

Pero son sobre todo las instituciones europeas, primero y ante todo la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (convertida en Corte de Justicia de la Unión europea) quien ha contribuido profundamente al «desarrollo constitucional»<sup>22</sup> (*verfassungsentwicklung*) del ordenamiento jurídico de la Unión europea por su jurisprudencia creadora.

Por la consagración de los principios de primacía<sup>23</sup> y de efecto directo<sup>24</sup> del derecho comunitario, la corte se ha vinculado en primer lugar a afirmar la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario<sup>25</sup>, tanto respecto al derecho internacional como a los derechos nacionales, siendo esta etapa el paso previo antes de su constitucionalización. La Corte se ha consagrado después a la constitucionalización *material* del ordenamiento jurídico comunitario, enunciando los principios reguladores del reparto de competencias y de poderes<sup>26</sup>, afirmando la pertinencia del principio democrático<sup>27</sup> y del Estado de de-

21 Nos remitimos aquí a nuestra tesis, en la que hemos determinado la «teoría de la institución» desarrollada por el decano Hauriou (M. HAURIUO, *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, centre de philosophie politique et juridique, 1986, 191, páginas), para calificar de «poder fundador» el poder puesto en práctica por los Estados (G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen op. cit.*, spèc. pp. 135 y s).

22 Esta noción, construida por la doctrina alemana, es empleada para describir el hecho de que los tratados fundacionales del ordenamiento jurídico comunitario y europeo han desarrollado, a medida del movimiento de integración europea, las características de las constituciones estatales y, por consiguiente, que el ordenamiento jurídico comunitario ha evolucionado gradualmente hacia un sistema político fundado sobre bases constitucionales. Sobre esta noción ver especialmente J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe. Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des communautés et de l'Union européennes*, tesis, Estrasburg, 1996, Bruselas, Edición de la Universidad de Bruselas, 1997, 425 páginas, spèc. pp. 203 y s.

23 CJCE, 15 de julio de 1964, Costa c/ENEL, asunto. 6/64, Rec. P. 114.

24 CJCE, 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos, asunto 26/62, Rec. P. 3.

25 Sobre esta cuestión ver especialmente D. SIMON, «Les fondements de l'autonomie du droit communautaire», en *Droit international, droit communautaire, perspectives actuelles*, en *Droit international, droit communautaire, perspectives actuelles*, actes du XXXIII colloque de la SFDI, Paris, Pedone, 2000, pp. 207-249.

26 Especialmente los principios del equilibrio institucional (CJCE, 13 de junio 1958, Meroni, aff. 10/56, Rec. P. 53) o también de autonomía institucional y procedimental (CJCE, 11 febrero 1971, Norddeutsches-Vieh-und Fleischkontor, aff. 39/70, Rec. p. 49).

27 CJCE, de 29 de octubre de 1980, Roquette (asunto llamado «isoglucose»), asunto 138/79, Rec. p. 3333: «la consulta (del Parlamento europeo) es el reflejo, aunque limitado, al nivel de la Comunidad, de un principio democrático fundamental según el cual los pueblos participan en el ejercicio del poder por la mediación de una asamblea representativa»

recho<sup>28</sup> y subsanando, por la vía pretoriana, el mutismo de los tratados fundacionales en materia de derechos fundamentales de los individuos<sup>29</sup>. La acción del juez de Luxemburgo ha permitido por fin desarrollar la dimensión formalmente constitucional de los tratados, por el sistema completo de recursos que ha permitido establecer la autoridad del derecho originario, tanto respecto a las instituciones como en contra de los Estados miembros.

Este poder creador de la Corte, autorizado por los Estados fundadores que le han concedido el monopolio de la interpretación auténtica de los tratados, ha sido reforzado por la utilización de métodos de interpretación teleológicos y sistemáticos puestos al servicio de la profundización en la integración. El poder normativo así conferido al juez no es sin embargo absoluto, habiendo reservado expresamente la Corte las modificaciones de «envergadura constitucional»<sup>30</sup> a la acción de los Estados. Esta «función constituyente»<sup>31</sup> de la Corte ha sido sin duda el instrumento determinante de la transformación de los tratados originarios en la «carta constitucional básica de una Comunidad de derecho»<sup>32</sup>.

Así, el ordenamiento jurídico comunitario se ha construido sobre la base de un poder fundador de los Estados miembros, transmitido y ampliado por la función constituyente de la Corte de Justicia. Este método funcionalista ha permitido la producción y el desarrollo «endógeno» de un ordenamiento jurídico de esencia constitucional, cuyo corolario reside en la imposible identificación del concepto de poder constituyente en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión europea.

## 2. El escurridizo poder constituyente europeo

Ni la «función constituyente» de la Corte de justicia, ni el «poder fundador» de los Estados anteriormente destacado pueden ser asimilados a la manifestación del poder constituyente, debido a la ausencia de su titular legítimo, el pueblo. Ni teniendo en

28 CJCE, 23 de abril de 1986, «Los Verdes», asunto 294/83, Rec. p. 1365. Sobre esta cuestión ver especialmente D. SIMON «La Communauté de droit», en F. SUDRE y H. LABAYLE (Dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., pp. 85-123 spéc. P. 94.

29 Ver en este sentido las sentencias clave Stauder (CJCE, 12 de noviembre 1969, Stauder, aff. 29/69, Rec. P. 419) e Internacional Handelsgesellschaft (CJCE, 17 diciembre 1970, Internacional Handelsgesellschaft, aff. 11/70, Rec. p. 533). En el asunto Kadi, la Corte ha señalado que «el control jurisdiccional (de la legalidad de los actos de derecho derivado respecto a los derechos fundamentales) constituye una garantía constitucional perteneciente a los fundamentos mismos de la Comunidad» (CJUE, 3 de septiembre 2008, Kadi y Al Barakaat, aff. Jointes C-402 y 415/05 P, Rec. p. I-6351).

30 Según la expresión utilizada por la Corte en su opinión 2/94 de 28 de marzo 1996, adhesión de la Comunidad a la Convención de la protección de los derechos del Hombre y de las libertades fundamentales, Rec. p. I-1759.

31 Cf. H. GAUDIN, «La «fontion constituante» de la Cour de justice des Communautés européennes», en *Les procédures de révision des traités communautaires: du droit international au droit constitutionnel*, Actes du colloque de la CEDECE de 27 de octubre 2000, Bruselas, Bruylant, 2001, pp. 25-52.

32 Así que la Corte de justicia ha calificado ella misma los tratados fundacionales en el informe «Les-Verts» (CJCE, 23 de abril 1986, «Les Verts», aff. 294/83, Rec. P. 1339). Sobre esta cuestión ver especialmente D. SIMON, «La Communauté de droit», en F. SUDRE y H. LABAYLLE (Dir.), *Realité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, op. cit., pp. 85-123, spéc. p. 94. Ver igualmente J-P-JAQUE, «Le rôle du droit dans l'integration», *Philosophie politique*, 1991, pp. 119-133, spéc. p. 132: «le refus des Etats d'élaborer une véritable constitution a conduit à la mise en place d'une constitution judiciaire».

cuenta la participación popular directa durante la ratificación de los tratados, ni el episodio que ha conducido a la adopción del tratado que establece una Constitución para Europa son en este sentido susceptibles de modificar esta conclusión.

Algunos autores, teniendo en cuenta la participación de los ciudadanos en la adopción de los tratados fundacionales, califican de «poder constituyente de la organización internacional»<sup>33</sup> el poder ejercido por el pueblo en esta ocasión.

En efecto, el pueblo no está totalmente excluido de la adopción de los tratados originarios, en el que interviene durante el procedimiento de ratificación, a fin de autorizar ésta, o durante la revisión de la constitución nacional a veces afectada por la integración, y se advierte incluso un resurgimiento del recurso a la técnica del referéndum en las dos últimas oleadas de ampliaciones de 2004 y 2007, habiendo recurrido a este instrumento<sup>34</sup> la casi totalidad de los Estados candidatos.

Ahora bien, si las leyes de ratificación y las revisiones constitucionales nacionales permiten relacionar los tratados europeos con los ciudadanos de los Estados, no se puede afirmar que su suma y su convergencia constituya la expresión de un poder constituyente europeo, ya que que los pueblos no obtienen su título de competencia directamente en el ordenamiento jurídico de la Unión europea, sino más bien de reglas nacionales que rigen estos procedimientos.

La misma conclusión se impone tratándose del tratado «no-nacido» que establece una constitución para Europa, y esto, a pesar de la introducción de la Convención sobre el futuro de Europa. El criterio decisivo para localizar al titular del poder constituyente, es decir el poder de adoptar la Constitución, ha quedado en efecto en manos del Estado, como lo demuestran las disposiciones relativas a la adopción del tratado constitucional que subordinan la entrada en vigor de este texto a su ratificación, por los Estados, según sus reglas constitucionales respectivas<sup>35</sup>. El hecho de que ciertos Estados hayan decidido organizar un referéndum durante el procedimiento que conduce a la ratificación no permite considerar el tratado que establece una constitución para Europa como la obra jurídica de un poder constituyente europeo. En efecto, las ratificaciones refrendadas, cuando han tenido lugar, se han basado en las disposiciones de las constituciones estatales y no en el tratado que establece una constitución para Europa. En otras palabras, el episodio del tratado que establece una constitución para Europa es más un negocio de *democratización del proceso* del poder de revisión que la manifestación de un *poder constituyente europeo democrático*.

Sin duda, la influencia de los Estados sobre la adopción y la revisión de los tratados se explica por las inquietudes relacionadas con el impacto de la transferencia del poder constituyente al pueblo y, más exactamente por el temor de que esto llevaría a la desaparición de los Estados. Sin embargo, las consecuencias de esta exclusión del concepto del poder cons-

33 C. CHEVALIER-GOVERS, «Actes constitutifs des organisations internationales et constitutions nationales», *RGDI* publ., n.º 2/2001, p. 386.

34 Con la excepción de Chipre, Bulgaria y Rumanía.

35 Cf. artículo IV-447 del tratado que establece una constitución para Europa.

tituyente son cruciales para la construcción política de la Unión europea, en la medida en que es en gran parte responsable del «déficit democrático»<sup>36</sup> de la construcción europea.

Este fenómeno se explica fácilmente si nos remontamos a los orígenes de la decisión política. Según M. Bernardi, la decisión política puede definirse como un mandamiento en el que se consiente obedecer porque se reconoce a la voluntad de la cual emana el poder de mandar<sup>37</sup>. En la medida en que la posición de quien decide ya no está legitimada por un principio exterior (por ejemplo la legitimidad de derecho divino), la decisión política sólo es posible si existe identidad entre el que decide y el que consiente. El acto constitutivo, que es la decisión política por excelencia, debe integrar esta estructura de la decisión política. Ahora bien las normas de la Unión europea, debido a su primacía y a su efecto directo, alcanzan a partir de ahora a los residentes de los Estados miembros, mientras que siguen siendo los Estados los que detentan formalmente el poder de adoptar y de revisar los tratados originarios, de ahí el déficit democrático tan desacreditado.

Existen muchas maneras de resolver ese déficit democrático. Así, la mayoría de los autores abogan por incrementar los poderes de la institución encargada de expresar la legitimidad democrática en el seno de la Unión, es decir el Parlamento europeo. Otros defienden al contrario una implicación más grande de los parlamentos nacionales en el funcionamiento de la Unión. Estas diferentes soluciones coinciden por la atención prestada al proceso de toma de decisión en el seno de la Unión. Ahora bien, la democratización de los procesos decisorios no puede, en nuestra opinión, constituir más que uno de los caminos de la reabsorción del déficit democrático, residiendo el otro en el acto constitutivo. Democratizar la Unión europea puede entonces consistir en hacer del pueblo el autor de la carta constitucional de este ordenamiento jurídico y en romper con el método funcionalista que ha caracterizado la integración europea.

### III. LA DEFENSA DE LA LLEGADA DE UN PODER CONSTITUYENTE EUROPEO

Concebir un poder constituyente a nivel europeo que respete la existencia de los Estados implica, en un primer momento, desmontar el concepto de poder constituyente afín de demostrar que no está sustancialmente relacionado con la forma estatal (A) antes de considerar, en un segundo momento, la transposición de este concepto en la Unión europea, considerada a luz e la teoría de la Federación (B).

#### 1. La ausencia de exclusividad constituyente del Estado

La demostración de la contingencia del marco estatal de la expresión del poder constituyente implica volver a la definición misma de ese concepto, aparecido en la estela de la revoluciones americanas y francesas.

<sup>36</sup> La paternidad de la expresión se atribuye supuestamente a D. MARQUAND, *Parliament for Europe*, Jonathan Cape, Londres, 1979.

<sup>37</sup> Cf. B Bernardi, *Qu'est-ce qu'une décision politique?*, París, J. Vrin, 2003, 128 páginas, spéc. p. 48.

El cambio de paradigma que ha resultado no ha tenido sólo el impacto de la sustitución de la titularidad de la soberanía, pasando del monarca al pueblo. Ha causado también una modificación de la noción de soberanía. Mientras que era definida, antes de las revoluciones de finales del siglo XVIII, como un poder absoluto de *mandar* concedido al monarca, su transferencia al pueblo le ha modificado el objeto. La soberanía se manifiesta por el poder del pueblo de adoptar el acto fundacional del ordenamiento jurídico, ésta ya no puede ser asimilada a un poder de mando, sino que se limita a *establecer* el poder de mandar otorgado a las instituciones.

El pueblo soberano anterior al Estado que creó por el acto constituyente, está por lo tanto en una posición de exterioridad en relación al ordenamiento jurídico-político, de tal manera que se vuelve inconcebible hablar de soberanía en el Estado. La aparición del concepto de poder constituyente tiene justamente como objetivo hacer desaparecer toda soberanía en el interior del ordenamiento jurídico, para dejar sólo subsistir a los órganos constituidos cuyos poderes son definidos y limitados por la constitución<sup>38</sup>.

Asimismo la soberanía *del* Estado debe ser redefinida, no puede ser entendida, en nuestra opinión como el otorgamiento a su titular del poder de determinar él mismo el círculo de sus competencias (la competencia de la competencia). En efecto, sólo el pueblo, anterior al Estado que creó por el acto constituyente, puede determinar soberanamente el círculo de competencias estatales. La soberanía *del* Estado no tiene pues más que un significado en el plano internacional, donde se limita a justificar la calidad de sujeto de derecho internacional del Estado.

La puesta en evidencia de las transformaciones de la noción de soberanía, engendradas por el cambio de su titularidad, autoriza la transferencia del concepto de poder constituyente fuera de la esfera estatal. En efecto, la aparición del concepto de poder constituyente significa que sólo el pueblo, excluyendo al Estado, debe a partir de ahora ser considerado como soberano, concretándose su soberanía por la adopción del acto constituyente. Sin embargo, si el pueblo puede por esta vía decidir establecer un ordenamiento jurídico estatal, al que confiere el ejercicio de la totalidad del poder público, nada se opone a que decida, también soberanamente, repartir estos derechos de poder público entre dos niveles de gobierno, uno dentro del ámbito estatal y el otro del ámbito supranacional.

Admitir que el marco estatal no es más que la forma histórica en la cual se ha encarnado el poder constituyente implica no reducir el ordenamiento jurídico internacional solamente a las relaciones interestatales, sino al contrario aceptar la presencia de fenómenos constitucionales en el nivel supranacional. En otras palabras, puede existir, más allá del Estado, un *gobierno*, es decir una comunidad de individuos que comparten los mismos valores así como un «destino común»<sup>39</sup>. El modelo típico-ideal de la Fede-

38 Esta primera característica de la soberanía constituyente del pueblo prohíbe en nuestra opinión asimilar, al contrario de la mayoría de la doctrina, poder constituyente originario y poder constituyente derivado. Este último, lejos de ser de la misma naturaleza que el poder constituyente originario, debe ser considerado ante todo como un poder constituido, y como tal limitado por las elecciones del pueblo titular del poder constituyente.

39 J. HABERMAS, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, traducido del alemán por Rainer Rochlitz, París, Fayard, 1988, 386 páginas, spèc. p. 68.

ración, definido como una «unión política de *entidades políticas*»<sup>40</sup>, corresponde a este supuesto. En la medida en que la Federación tiene por objeto asociar pueblos y organizar los términos de su deseo de futuro compartido, el concepto de poder constituyente puede aplicarse.

## 2. La posibilidad teórica del poder constituyente en el seno de la Federación

Explorar la llegada del poder constituyente europeo impone tener en cuenta las inquietudes reveladas por la exclusión original de este concepto y que mantienen la necesidad de preservar la existencia de los Estados en el seno de la Unión europea.

Es en el marco teórico de la Federación donde puede ser considerada la aparición de un poder constituyente auténtico que no cuestiona la profunda originalidad de la construcción europea. En efecto, la especificidad de esta forma de asociación política es unir entidades políticas existentes en un conjunto más amplio sin que sea necesario operar la fusión. Por decirlo de otra manera, la Federación es la vez un ordenamiento constitucional y un ordenamiento jurídico interestatal, lo que significa que procede de un doble principio de legitimidad incluyendo los pueblos y los Estados. Esta especificidad se refleja en la heterogeneidad de su acto fundacional, generalmente calificado de «pacto federativo» o «pacto constituyente»<sup>41</sup> y del que Carl Schmitt nos enseña que es un «acto del poder constituyente»<sup>42</sup>. Porque conjuga poder constituyente y sostiene a los Estados, la teoría de la Federación debería aclarar lo que podría ser la fisonomía del poder constituyente europeo en el seno de la Unión europea.

El camino, estrecho, es el de la atribución del poder constituyente, no al *pueblo europeo* sino a los *pueblos europeos* actuando conjuntamente para adoptar el acto fundacional de una Unión europea modelada a imagen de la Federación. Más exactamente, el contenido mismo del pacto federativo podría estar elaborado por una instancia deliberativa encargada de encarnar la voluntad de unión de los pueblos europeos (sobre el modelo de la Convención, en el que una parte de los miembros podría ser elegido directamente por el conjunto de ciudadanos de la Unión europea). En cuanto al consentimiento de los pueblos europeos, idealmente recogido por la vía del referéndum, debería ser descontado por Estado a fin de que el principio del consensualismo o libertad federativa<sup>43</sup> inherente a toda Federación sea preservado. La adopción, por los pueblos europeos, del acto fundacional de la Unión europea sería así capaz de absorber el déficit democrático sin volver a poner en duda la existencia de los Estados miembros.

Al final, el déficit democrático engendrado por la constitucionalización endógena del ordenamiento jurídico comunitario no puede ser subsanado más que con la condi-

40 O. BEAUD, «La Fédération entre l'Etat et l'empire», *op. cit.*, spéc. p. 285.

41 Cf. C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 514.

42 Para desarrollos más extensos relativos a la justificación teórica y a las modalidades prácticas de este poder constituyente de los pueblos europeos, nos remitimos a nuestra tesis, G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, *op. cit.*, spèc. pp. 597 y s.

43 O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, pp. 116 y s.

ción de garantizar que los ciudadanos, que son en el momento actual, al igual que los Estados, los destinatarios de las normas europeas, sean igualmente los autores.

Esto es tanto más cuanto que el principio del poder constituyente del pueblo puede en nuestra opinión ser conciliado con el mantenimiento de la existencia de los Estados, en cuanto que se acepta seguir el camino trazado por la teoría de la Federación. En otras palabras, una Unión europea modelada a imagen de la Federación podría estar fundada sobre el poder constituyente de *los pueblos europeos* sin que esto vuelva a poner en duda la existencia de los Estados sobre los cuales está fundada. Está claro, sin embargo, que la evolución en esta dirección parece en el momento actual comprometida, como lo demuestra la reactivación del procedimiento intergubernamental clásico durante la adopción del tratado de Lisboa. La progresión de la integración europea está entonces condenada a seguir el camino de la Federación solamente a la manera de una asíntota, acercándose siempre más a esta expresión de la democracia postnacional sin encarnarla nunca realmente.

Concluimos con estas palabras tomadas de Altiero Spinelli, quien se expresaba así delante del Parlamento europeo en enero de 1986, después del fracaso del «proyecto Spinelli» de 1984 y la decisión de los dirigentes europeos de reconducir el método funcionalista, materializado por la adopción del Acta única europea: «Queridos colegas, cuando hemos votado el proyecto del tratado concerniente a la Unión, os he recordado la fábula de Hemingway del viejo pescador que captura el pez más grande de su vida, lo ve devorado por tiburones y regresa al puerto sólo con la espina del pez. Nosotros también, hemos llegado a partir de ahora a puerto y a nosotros sólo nos queda la espina del gran pez. El Parlamento no debe por esta razón resignarse ni renunciar. Debemos prepararnos para salir todavía y muy rápido a alta mar, después de tener todo preparado para capturar el pez y protegerlo de los tiburones»<sup>44</sup>. Más de veinticinco años después de este discurso, el hecho es todavía el mismo: es preciso salir a alta mar, capturar el pez, y protegerlo de los tiburones.

\*\*\*

TITLE: *Politic construction of the European Union and the Constituent Power.*

ABSTRACT: *This paper aims at analyzing the use of the concept of «constituent power» in the context of European integration.*

*The thesis is that the constituent power is the «forgotten» of European integration, since this legal order was built and acquired a political and constitutional dimension without any action attributable to an European demos. Indeed, it is under the combined action of the member States (as «masters of the Treaties») and of European institutions (especially the European Court of justice) that the process of «institutionalization» has developed itself endogenously.*

*It is generally argued that the lack of «constituent power» illustrates the fact that the EU has not yet crossed the «state threshold», since this concept was historically shaped within the nation-state framework. However, we believe that the eviction of the concept of constituent power is not a theoretical necessity but that it stems from a political choice, due to the fear that the adoption of a European constitution by a European people could result in the disappearance of the states.*

*However, we think that there is no conceptual need to limit the concept of constituent power to the state field. In other words, we assume that the concept of constituent power could be transposed into the European field and, moreover, that*

<sup>44</sup> Esta cita está extraída de la última intervención de Altiero Spinelli en el Parlamento europeo, en enero de 1986 en A. Spinelli, *Discurso en el Parlamento europeo, 1976-1986*, ed. Pier Virgilio Dastoli, ed. Grupo comunista y relacionados del Parlamento europeo, 1986, p. 260

*this prospect could be essential in the view of bridging the «democratic deficit» of the European Union. The model of the «Federation of States» could be used to sketch a European constituent power respectful of the existence of the nation-states.*

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo analizar el uso del concepto de «poder constituyente» en el contexto de la integración europea. La tesis es que el poder constituyente es el «olvidado» de la integración europea, ya que este ordenamiento jurídico se construyó y adquirió una dimensión política y constitucional sin ninguna acción atribuible a un demos europeo. De hecho, es bajo la acción combinada de los Estados miembros (como «señores de los Tratados») y de las instituciones europeas (especialmente el Tribunal Europeo de Justicia) que el proceso de «constitutionnalization» se ha desarrollado endógena. Por lo general, se sostiene que la falta de «poder constituyente», ilustra el hecho de que la UE aún no ha cruzado el «umbral de estado», ya que este concepto se formó históricamente en el marco del Estado-nación. Sin embargo, creemos que el desalojo del concepto de poder constituyente no es una necesidad teórica, sino que es fruto de una decisión política, debido al temor de que la adopción de una Constitución europea por un pueblo europeo pudiera dar lugar a la desaparición de los estados. Sin embargo, creemos que no hay necesidad conceptual de limitar el concepto de poder constituyente en el ámbito estatal. En otras palabras, se supone que el concepto de poder constituyente puede ser incorporada en el ámbito europeo y, por otra parte, que esta perspectiva podría ser esencial en la vista de la reducción de la «déficit democrático» de la Unión Europea. El modelo de la «Federación de Estados» se podría utilizar para esbozar un poder constituyente europeo respetuoso de la existencia de la nación-estado.

KEY WORDS: *constiturnt power, Federation of States, European People.*

PALABRAS CLAVE: *poder constituyente, Federación de Estados, Pueblo europeo.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 31.05.2013. FECHA DE ACEPTACIÓN: 30.07.2013.