

Textos Clásicos

EL CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL EN LA UNIÓN EUROPEA *

INGOLF PERNICE **

SUMARIO:

1. LOS DEBATES ALEMÁN Y BRITÁNICO EN TORNO A UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA
2. EL CONCEPTO DE «CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL»
3. LA GOBERNANZA EUROPEA Y EL PROCESO POST-NIZA DESDE UNA NUEVA PERSPECTIVA
4. CONCLUSIONES

La Unión Europea ha sido descrita en muchas ocasiones como un sistema de gobernanza multinivel. Esto no debe sorprender porque al establecer las instituciones europeas y otorgarles poderes, reconocemos que la vida política en Europa es gobernada a dos niveles (por lo menos): La soberanía se comparte en el nivel europeo; los poderes se distribuyen entre los Estados miembros y sus instituciones comunes en Bruselas, Estrasburgo y Luxemburgo. El término «constitucionalismo multinivel», por el contrario,

* Traducido del inglés por Cristina Elías Méndez.

** Catedrático de Derecho público, internacional y europeo. Humboldt Universität, Berlín. Director del Instituto Walter Hallstein para el Derecho Constitucional Europeo de la Universidad Humboldt de Berlín.

Texto publicado en la *European Law Review* núm. 5, 2002, pp. 511-529, y disponible como Documento 5/02 en la página web del Instituto Walter Hallstein para el Derecho Constitucional Europeo de la Universidad Humboldt de Berlín. El autor agradece a Daniel Thym, asistente de este Instituto, su revisión crítica de los borradores previos y su considerable contribución al presente texto.

N. del T.: A lo largo del texto se escribe el término «Constitución» en mayúscula o minúscula siguiendo en cada caso la opción del autor en el texto en inglés.

sí debe resultar chocante para todos aquellos que no ven ninguna justificación o valor en hablar sobre el constitucionalismo en el contexto de la integración europea. En su discurso en Varsovia el año pasado, Tony Blair dijo que Europa es y debe ser una superpotencia, pero no debería convertirse en un «Superestado». Yo estoy de acuerdo y no parece haber nadie que no esté de acuerdo con esto. Pero, ¿hablar sobre la Constitución europea implica necesariamente la visión de un Estado o de un «Superestado»¹ europeo? Mi respuesta es un rotundo no: El «constitucionalismo multinivel» significa algo muy distinto.

El Secretario británico de Asuntos Exteriores, Jack Straw, correctamente destacó en un discurso en 2001 que «Europa simplemente facilita otra capa de identidad» a los británicos². Por lo tanto, nosotros —los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea— tenemos identidades múltiples: una local, como londinense; una regional, como inglés; una nacional, como británico; y además, una europea como ciudadano de la Unión Europea. En mi opinión, los niveles de acción política establecidos, especialmente los Estados nación y, en su caso, las subdivisiones regionales (*Länder*) y la Unión Europea corresponden a varias identidades del pueblo. Son instrumentos en el interés del pueblo. Y la acción que se lleva a cabo en cada nivel es en beneficio del pueblo involucrado para hacer frente a los retos del carácter local/regional en este nivel, retos con una dimensión nacional al nivel nacional y retos por encima de estas dimensiones al nivel

¹ En este sentido, el Secretario de Estado británico en la oposición, F. MAUDE, *Networks and Nations: Towards the New Europe*, FCE Spezial, 3/2000, <http://www.whi-berlin.de/maude.htm>, parágrafo 17.

² J. STRAW, «A Europe for its citizens», *Conferencia en el Royal Institute of International Affairs*, Chatham House, 27 julio 2001; véase también C. CARTER/A. SCOTT, «Legitimacy and Governance Beyond the European Nation State: Conceptualising Governance in the European Union», (1998) 4 *ELJ* 429 en 442: «Es posible conceptualizar el ser a la vez un escocés, británico y europeo. No hay ninguna contradicción necesaria entre estos roles». Es difícil seguir la contribución de KARL DOEHRING a este debate en «Europäisches und nationales Verfassungsrecht», (2001) 60 *VVDStRL* 357, donde afirma que para él hasta la fecha la «doble identidad» era la característica clásica de la esquizofrenia.

europeo o internacional. En la «constelación postnacional», como se describió en su día por Jürgen Habermas³, el Estado, por sí mismo, es incapaz de cumplir ciertos deberes de interés común, tales como la protección de la libertad, la paz, la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos: El crimen internacional, el terrorismo, el comercio global y los mercados financieros, cambios climatológicos y la comunicación mundial sin límites, etc., requieren nuevas estructuras de gobernanza. Los distintos aspectos de la globalización demuestran que conceptos clásicos como la soberanía nacional y la creencia en los poderes ilimitados del Estado han quedado obsoletos y no son más que cómodas ilusiones —que podrían resultar hasta peligrosas.

El «constitucionalismo multinivel» debe describir y aprehender el proceso en marcha de establecimiento de nuevas estructuras de gobierno complementarias a las formas existentes —que a su vez están transformándose— de auto-organización del pueblo o sociedad⁴, mientras se construye sobre ellas. Es un enfoque teórico para explicar cómo conceptualizar la Unión Europea, que es asunto y creación de sus ciudadanos, al igual que los Estados miembros son asunto y creación de sus respectivos ciudadanos. Los mismos ciudadanos son la fuente de legitimidad para el poder público al nivel europeo, igual que —con respecto a su correspondiente Estado miembro— al nivel nacional, y están sometidos al poder ejercido en ambos niveles. Por lo tanto, la Constitución europea estaría compuesta por las constituciones nacionales y los Tratados europeos en un sistema constitucional

³ J. HABERMAS, «Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie», en: *ibid.*, *Die postnationale Konstellation: Politische Essays (1998)*, 91 et seq.; M. ZÜRN, *The State in the Post-National Constellation - Societal Denationalization and Multi-Level Governance*, ARENA Working Papers WP 99/35, www.arena.uio.no; G.F. SCHUPPERT, «Demokratische Legitimation jenseits des Nationalstaates. Einige Bemerkungen zum Legitimationsproblem der Europäischen Union», en: W. HEYDE/T. SCHABER (eds.), *Demokratisches Regieren in Europa? Zur Legitimation einer europäischen Rechtsordnung (2000)*, 65 et seq. en 76 et seq.: «Die postnationale Konstellation oder die EU als dynamisches Mehrebenensystem».

⁴ Para el concepto original véase I. PERNICE, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revisited?», (1999) 36 *CML Rev.* 703.

bi- o multinivel. En consecuencia, en mi opinión, Europa ya tiene una constitución y no debe elaborarse una, sino que más bien se debe intentar mejorar los Tratados existentes para así mejorar el sistema.

Entiendo que esta visión requiere algunas explicaciones, sobre sus fundamentos, sus consecuencias y su impacto práctico. Procederemos en tres pasos:

- En primer lugar, intentaré explicar por qué se discute tanto en Alemania sobre la Constitución europea y cuáles son las principales posturas en este debate.
- En segundo lugar, me gustaría presentar más elementos del concepto de «constitucionalismo multinivel» para mostrar cómo describe la situación actual en la Unión Europea.
- En tercer lugar, voy a extraer algunas conclusiones sobre las consecuencias de este enfoque para el debate sobre la gobernanza y el proceso posterior a Niza.

1. LOS DEBATES ALEMÁN Y BRITÁNICO EN TORNO A UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Parece haber una diferencia fundamental entre las visiones británica y alemana sobre qué es una constitución y sobre la necesidad de la misma. El Reino Unido tiene más o menos una historia constante y una tradición en valores constitucionales. La clave de la Constitución británica es la supremacía del Parlamento. La unidad del Estado y la soberanía están concentradas en la «Reina en el Parlamento». Este principio y numerosas convenciones se han ido consolidando desde hace siglos, y nunca han sido realmente cuestionados. No hay necesidad de una Constitución (escrita).

El caso de Alemania es diferente. Un motivo es la historia, el otro es la estructura federal del país. No se confía en ninguna convención, si no tenemos un documento escrito que recoge todos los detalles sobre la fundación, organización y limitación del poder público legítimo. La Constitución es la expresión de un consenso básico, el contrato social del pueblo. Por razones históricas, el pueblo no confía en que el poder público respete siempre y completamente la dignidad humana y los derechos fundamenta-

les. Por lo tanto, un catálogo de derechos fundamentales que establezca la orientación y límites del poder público y defina el estatus de autonomía y libertad del pueblo es algo muy apreciado por el pueblo alemán. Debido a la estructura federal de Alemania, necesitamos, además, un conjunto de reglas sobre la división de competencias y normas de conflicto, al igual que un árbitro o tribunal constitucional, que resuelva los conflictos de competencia entre la Federación y los Estados federados. El Tribunal Constitucional es también el último recurso del individuo para la defensa de sus derechos fundamentales.

De esto se deduce que el pueblo alemán tendría dificultades para entender una Unión Europea dotada de poderes legislativos y ejecutivos que carezca de una definición clara de este poder, limitado y sujeto al respeto de los derechos y libertades fundamentales del individuo. Este es el motivo de la presión ejercida por los alemanes, en especial por el Tribunal Constitucional de Karlsruhe, para el desarrollo de un sistema de protección de los derechos fundamentales en la UE. Este también es el motivo para las nuevas presiones que vienen concretamente de los *Länder* alemanes para el establecimiento de un catálogo claro de competencias de la Unión, y así poder ellos preservar un espacio discrecional en la acción política autónoma. Si pierden todo esto, no tendría sentido mantener sus constituciones internas y su sistema parlamentario del gobierno.

El proceso de integración europea, concretamente la pérdida de poderes soberanos y autónomos debido a la extensión de políticas europeas a casi todas las áreas de interés público, puede provocar similares preocupaciones también en Gran Bretaña. La aplicación directa del Convenio Europeo de los Derechos Humanos en Gran Bretaña puede modificar la relación entre los Tribunales y el Parlamento. Incluso el proceso interno de *devolution* parece provocar algunas reflexiones sobre cómo debería organizarse la división de poderes en el país. Son cuestiones de carácter constitucional, y pueden incrementar la comprensión por el empeño, en otros Estados miembros de la Unión, por una Constitución para Europa.

2. EL CONCEPTO DE «CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL»

También en Gran Bretaña, más y más autores, incluyendo a Paul Craig⁵ y S. D. Scott⁶, aceptan que la Unión Europea tiene una constitución, aunque Mads Andenas y John Gardener subrayan que el término no se escribe con mayúscula⁷. Recientemente, Alan Dashwood publicó un artículo sobre los procedimientos legislativos de la Comunidad Europea titulado «The constitution of the European Union after Nice: Law-making procedures»⁸ («La constitución de la Unión Europea tras Niza: Procedimientos legislativos»), en el que la palabra «constitución» se escribe con «c» minúscula. En su discurso en Varsovia, Tony Blair dijo:

«hay un importante debate sobre la Constitución para Europa. En la práctica, sospecho que, dada la diversidad y complejidad de la UE, su constitución, como la británica, continuará encontrándose en una serie de diferentes Tratados, leyes y precedentes. Quizás es más fácil para los británicos que para los demás reconocer que un debate constitucional no tiene que terminar necesariamente con un único documento con fuerza jurídica obligatoria llamado Constitución para una entidad tan dinámica como la UE».

Además, la constitución europea, que en mi opinión ya existe, desde luego puede ser encontrada en una serie de Tratados, leyes y precedentes distintos. Es lo que se llama el Derecho originario de la Unión Europea, establecido en los Tratados sobre la Unión Europea, la Comunidad Europea y Euratom, el Derecho elaborado por los jueces europeos en Luxemburgo, así como —a este respecto mi perspectiva es novedosa— las constituciones nacionales y la jurisprudencia relacionada de los tribunales constitucionales nacionales. Por lo tanto, la constitución europea sería un

⁵ P. CRAIG, «Constitutions, Constitutionalism, and the European Union», (2001) 7 *ELRev.* 125.

⁶ S. D. SCOTT, «Constituting Europe: In Defence of Public Reason», (2001) 12 *KCLJ* 75.

⁷ M. ANDENAS/J. GARDENER, «Introduction: Can Europe Have a Constitution?», (2001), 12 *KCLJ* 1 at 3.

⁸ A. DASHWOOD, (2001) 26 *E.L.Rev.*, 215.

único sistema legal, compuesto de dos capas constitucionales complementarias, la europea y la nacional, que están estrechamente entremezcladas y son interdependientes, que uno no puede leer y entender completamente sin hacer referencia a la otra. En caso de conflicto entre la norma europea y la norma nacional en un determinado supuesto, es inherente a este sistema y es condición para su propio funcionamiento, que solo una norma prevalezca⁹. En opinión del Tribunal de Justicia, como expresó ya en 1964 y reiteradamente ha confirmado posteriormente¹⁰, además de ser ampliamente reconocido por los tribunales nacionales, prevalece la norma europea, y los tribunales nacionales¹¹, igual que los órganos administrativos nacionales, están obligados a inaplicar la norma nacional en conflicto, incluso si es una norma elaborada por el parlamento nacional.

El concepto de «constitucionalismo multinivel» fue desarrollado para explicar el funcionamiento de este sistema como resultado de un proceso de establecimiento progresivo de un nivel supranacional de poder público basado en las constituciones nacionales, todo ello unificado en un sistema constitucional compuesto: Un sistema dividido de poderes para hacer frente a los retos de la globalización en la era «postnacional». En primer lugar, voy a explicar en detalle algunos elementos importantes de lo que significa el constitucionalismo multinivel, y en segundo lugar haré un resumen de algunas de sus más importantes implicaciones.

2.1. Cinco elementos básicos del concepto de «constitucionalismo multinivel»

El constitucionalismo multinivel está basado en una aproximación contractual de cómo las instituciones políticas están establecidas y organizadas

⁹ Para la justificación doctrinal véase abajo II.2.d.

¹⁰ Caso 6/64, Costa/ENEL, [1964] ECR 1141; véase también Caso 106/77, Simmenthal II, [1978] ECR 629.

¹¹ Véase la sentencia más reciente del Tribunal Constitucional Federal Alemán en el caso sobre los plátanos, BVerfGE 102, 147, y los comentarios por I. PERNICE, «Les bananes et les droits fondamentaux: La Cour constitutionnelle allemande fait le

por aquéllos para cuya actuación están diseñadas: El pueblo o la sociedad de un país o territorio específico que forma una comunidad y se organiza por una decisión libre. Sobre esta base, se puede resumir el concepto de «constitucionalismo multinivel» con los siguiente cinco elementos y nociones:

2.1.a) *El concepto «postnacional» de «Constitución»*

En el proceso de globalización, los Estados son cada vez más incapaces de hacer frente a los retos y servir efectivamente a las necesidades de sus ciudadanos con respecto a la paz, la seguridad, el bienestar, etc. La «constelación postnacional» descrita por J. Habermas requiere estructuras supra- e internacionales que sirvan como instrumentos complementarios para llenar esta creciente laguna. Sobre la base de un concepto funcional «postnacional» del constitucionalismo¹², no cabe asumir que solo los Estados pueden tener una constitución. En general, el término significa más bien el instrumento legal por el cual el pueblo de un territorio específico acuerda crear instituciones investidas de poder público, es decir, de poderes para alcanzar ciertos objetivos en su interés común o general, y definir sus respectivos derechos con relación con tales instituciones y su estatus como ciudadanos de la organización, «comunidad» o políticas así creadas¹³. Los pueblos de los Estados miembros de la UE lo han hecho así para su respectivo Estado, y al elaborar los Tratados europeos, también y de forma adicional para la Unión Europea.

point», 2001 CDE 427. Para el caso del Reino Unido, véase P. CRAIG, «Report on the United Kingdom», en: A.-M. SLAUGHTER/A. STONE SWEET/J.H.H. WEILER (eds.): *The European Court and National Courts - Doctrine and Jurisprudence (1998)*, pp. 195-224.

¹² Véase I. PERNICE, «Europäisches und nationales Verfassungsrecht», (2001) 60 *VVDStRL*, 148 et seq. en 155 et seq.

¹³ Para la aplicación de este concepto a la tradición constitucional del Reino Unido, véase THYM, «European Constitutional Theory and the Post-Nice Process», en: M. ANDENAS/J. USHER (eds.): *The Treaty of Nice, Enlargement and Constitutional Reform* (próximamente).

2.1.b) *El proceso constituyente europeo como proceso conducido por los ciudadanos*

Históricamente, ha habido muy diversos caminos para la elaboración de constituciones. Uno, si no el más apropiado y atractivo, podría ser —y era— facultar a los representantes de los grupos de las personas implicadas para negociar un borrador que posteriormente se presentaba para su ratificación. Así es exactamente cómo, sobre la base de cláusulas de integración, condiciones y procedimientos establecidos en las constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea, se han elaborado y adoptado los Tratados europeos: Como expresión de la voluntad común, como instrumento para perseguir ciertas metas comunes, los ciudadanos de los Estados miembros —a través de sus respectivos gobiernos y procedimientos constitucionales— han acordado crear y desarrollar instituciones supranacionales adicionales, confiándoles ciertas competencias a ejercer según los procedimientos establecidos en los Tratados, y definiendo su propio estatus común como ciudadanos de esta Unión, y sus derechos y libertades¹⁴. La condición de estado de los Estados miembros y la ciudadanía nacional no se cuestionan, pero se ha añadido una nueva capa constitucional estableciendo un poder público para asuntos de interés común, extrayendo su legitimidad de los mismos sujetos que también están vinculados a sus políticas: los ciudadanos de la Unión. En un sistema democrático, no puede existir otra base para la legitimidad del poder público más que los ciudadanos, y esto es lo que se encuentra en la Unión Europea. Y esta nueva capa constitucional, paso a paso, evoluciona hasta convertirse en el marco constitucional común de las constituciones nacionales que, en paralelo y en consecuencia, modifican su carácter de instrumento básico de un Estado soberano hacia carta constitucional de un Estado «Miembro».

¹⁴ Haciendo hincapié en la observación de que «la legitimidad de los varios niveles de gobierno no deriva la una de la otra, partiendo de que cada nivel goza de su propia legitimidad», M.P. CHITI, «The EU legal order», in: *EuropEos* (ed.), *Institutional reforms in the European Union. Memorandum for the Convention* (2002), p. 131 en p. 144.

2.1.c) *La constitución de la Unión Europea y las constituciones nacionales*

Este proceso tiene un fuerte impacto sobre las realidades de las constituciones nacionales, los poderes y las funciones de las instituciones de los Estados miembros y sobre los ordenamientos jurídicos nacionales en general. Cada reforma de los Tratados europeos, que el Tribunal acertadamente denomina la «carta constitucional de una Comunidad basada en el imperio de la ley»¹⁵, comprende una modificación implícita o explícita de las constituciones nacionales, puede «derogar» y modificar los poderes del nivel nacional y constituir otros, poderes nuevos en el nivel europeo. Aun siendo «autónomos» en su origen, ambos niveles constitucionales dependen mucho el uno del otro: el poder europeo no podría funcionar sin las instituciones nacionales y los ordenamientos jurídicos en que están basados, y los poderes nacionales tienen que apoyarse y operar a través de las instituciones europeas si quieren conseguir resultados que, por su cuenta, no podrían lograr. Por lo tanto, en aplicación del Derecho europeo que prevalece sobre el Derecho nacional en conflicto, las autoridades nacionales actúan como agentes europeos, mientras con respecto al Derecho europeo, los gobiernos nacionales en el Consejo tienen el poder decisivo, y los parlamentos nacionales en muchos aspectos participan, o por lo menos pueden participar muy activamente. Es importante resaltar que estas funciones europeas de los gobiernos y parlamentos nacionales no se reflejan en los textos de las constituciones nacionales, ni suficientemente en los libros sobre aquéllos, pero en la práctica tienen más peso que sus responsabilidades nacionales¹⁶.

¹⁵ Véase la opinión consultiva 1/91, European Economic Area I, [1991] ECR I-6079 at 6102; y el caso 294/83, Les Verts, [1986] ECR 1339 en p. 1365 et seq.; más recientemente la opinión consultiva 2/94, Accession to the ECHR, [1996] ECR I-1759 en p. 1789.

¹⁶ Para la calificación de los parlamentos nacionales como parlamentos europeos véase: I. PERNICE, «The Role of National Parliaments in the European Union», en: MELISSAS/PERNICE (eds.), *Perspectives of the Nice Treaty and the Intergovernmental Conference in 2004* (2001), p. 73.

2.1.d) *Las múltiples identidades de los ciudadanos de la Unión*

Como resultado de la integración europea, los ciudadanos de los Estados miembros se han dado a sí mismos una nueva ciudadanía, en cuanto que ciudadanos de la Unión Europea (art. 17 TCE) como expresión de su estatus legal común. Disfrutan de derechos iguales y tienen obligaciones de acuerdo con las provisiones de los Tratados y la legislación europea, disfrutan de las libertades del mercado interior y de la norma de no discriminación como ciudadanos en cualquier Estado miembro donde residan o actúen. Son ciudadanos de la Unión y tienen derecho a votar a nivel local y europeo, y las administraciones nacionales y los tribunales están obligados a garantizar que tales derechos tengan efecto en cada caso. De forma más general, los ciudadanos de los Estados miembros han adoptado identidades múltiples — local, regional, nacional, europea— que corresponden a los varios niveles de la comunidad política de que son ciudadanos. Tales identidades están basadas respectivamente en el contrato social acordado con las personas involucradas en ciertos objetivos de dimensión y carácter local, regional, nacional y europeo, estableciendo así un ordenamiento jurídico auto-referencial que es la Constitución del correspondiente sistema político. Ninguno de estos sistemas cubre todas las posibles cuestiones de interés público, pero son complementarios y están vinculados entre sí por disposiciones relativas a la atribución de los respectivos poderes y responsabilidades, la participación y representación de uno en el funcionamiento del otro, y normas de conflicto que aseguran que, en cualquier nivel de toma de decisión, el sistema produce solo una solución para cada caso.

2.1.e) *La Unión Europea como la Unión de ciudadanos europeos*

En razón de su evolución histórica, el proceso de integración europea puede ser, en consecuencia, conceptualizado como un proceso de «constitucionalismo multinivel» en el que la distribución de los poderes compartidos por los niveles nacionales y europeos se reorganiza y cambia constantemente, mientras que todo el poder público —nacional o europeo— extrae su legitimidad de los mismos ciudadanos. Esto puede ayudar a aumentar el

grado de conciencia de los ciudadanos sobre el hecho que la Unión Europea es su instrumento de acción política tanto como lo son los Estados miembros y sus regiones, y que la Unión no es un poder extraño y sin nombre. Es parte del sistema político y constitucional establecido para hacer frente a los retos de la globalización, por los ciudadanos y en su nombre. Su «constitución» ha cambiado la realidad de las constituciones nacionales, las funciones de las instituciones que establecen y la identidad política de los ciudadanos. Es el carácter multinivel de este sistema lo que hay que tener en cuenta al abordar la cuestión de la gobernanza en Europa y cuando se discute una revisión de los Tratados europeos con el fin de llevarlos hacia un formato más democrático, más eficiente y mejor entendido por los ciudadanos.

2.2. La Constitución europea bajo una nueva luz: la revisión de interpretaciones tradicionales

En consecuencia, es importante subrayar las consecuencias de este enfoque para una serie de interpretaciones tradicionales en relación con la Unión Europea. Solo se mencionan aquí las cuatro más destacadas:

2.2.a) ¿La Unión Europea como organización internacional?

Aunque los Tratados europeos están elaborados como Tratados internacionales, la Unión Europea no es una organización internacional según los criterios clásicos. Tampoco es un Estado, aunque muestra algunas características de estructuras estatales. Se le podría denominar, como lo hacen muchos sin decir mucho, simplemente una organización *sui generis*, o, como ahora proponen Eijsbouts y Thym lo que traducido yo llamaría «Unión constitucional» (*Verfassungsverbund*), una «Federación constitucional» (*Constitutional Federation*)¹⁷. En contra de los importantes argumen-

¹⁷ Véase W.T. EIJSBOUTS, «Classical and baroque constitutionalism in the face of change (Review essay)», (2000) 37 *CMLRev.* 213 en p. 218 y Thym, *supra* nota 13, sección I.C.4.

tos, elaborados por Trevor Hartley¹⁸, basados en el concepto de norma básica (*Grundnorm*) que necesariamente tienen que ser las constituciones nacionales, la Unión Europea debe distinguirse de las organizaciones internacionales, por lo menos, por los siguientes cuatro motivos:

- en ninguna organización internacional los ciudadanos tienen su propia representación política y participan en el procedimiento de toma de decisiones;
- ninguna organización internacional prevé una acción legal directa contra los particulares por legislación o decisión directamente aplicable, y por lo tanto
- en ninguna organización internacional, la cuestión de la protección de derechos fundamentales frente a tal poder «internacional» ha sido planteada —aunque debería serlo— y
- ninguna organización internacional prevé recursos legales para los individuos contra las medidas de aquella organización, puesto que no hay acciones con efecto directo sobre el particular.

La Unión Europea, en su propia esencia, no es (solo) una organización de estados sino, ante todo una organización de ciudadanos, aunque tiene la apariencia, a primera vista, de una organización entre Estados.

2.2.b) *¿Quiénes son los «señores de los Tratados»?*

El concepto de constitucionalismo multinivel implica que el poder público europeo, al igual que el poder público nacional establecido, organizado y limitado por la Constitución de un Estado miembro, es original. No

¹⁸ T. HARTLEY, «The Constitutional Foundations of the European Union», (2001) 117 *L.Q.R.* 225 en p. 226: «Por lo tanto, la legislación comunitaria y los pronunciamientos del Tribunal Europeo deben su validez a los Tratados, y los Tratados deben su validez al derecho internacional y a los sistemas jurídicos de los Estados miembros. La Constitución de los Estados Unidos es una norma básica, los Tratados básicos de la Unión Europea no lo son». Si se acepta la noción kelseniana de la norma básica, queda la cuestión de: ¿por qué no se puede construir una norma básica a través de un tratado internacional?

es un poder derivado de la soberanía nacional, sino directamente de la voluntad o soberanía del pueblo que ha construido la Unión a través de los procedimientos establecidos en sus respectivas constituciones: Aunque los ciudadanos, en general, confiaron todos los poderes a las autoridades nacionales, con la conclusión de los Tratados europeos han reorganizado el sistema y —en una acción conjunta con el pueblo de los demás Estados miembros— han investido de ciertos poderes y responsabilidades también a las autoridades supranacionales europeas recientemente constituidas. La afirmación de que los señores de los Tratados son los Estados miembros¹⁹ es engañoso, porque los Estados con democracias modernas no son los «señores», sino los instrumentos de la auto-organización y autodeterminación de la sociedad. Los «señores de los Tratados», si hay, solo pueden ser los ciudadanos, no los Estados miembros. En razón de las obligaciones de homogeneidad que impone el art. 6 TUE y el procedimiento del art. 7 TUE, es hasta dudoso afirmar que los Estados miembros, cada uno, son todavía los señores soberanos de sus constituciones.

Si la progresiva «constitución» de la Unión Europea es un asunto, no de los Estados, sino del pueblo que a través de este procedimiento no solo crean instituciones en común para sus objetivos compartidos, sino también se definen a sí mismos como los ciudadanos de la Unión y se dotan de un estatus europeo, tanto político como jurídico, no queda finalmente contemplar la posibilidad de que un Estado miembro u otro salga de la Unión mediante una acción unilateral. El parlamento británico, por lo tanto, no tendría el derecho a decidir la derogación de la Ley sobre las Comunidades Europeas de 1973 y que el Reino Unido dejara de ser un Estado miembro de la Unión Europea. Aunque eso fuera posible de conformidad con el Derecho internacional, la lógica constitucional de la Unión sí excluye esta op-

¹⁹ Véase la sentencia más reciente del Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso sobre plátanos, BVerfGE 75, 223 at 242, y su sentencia sobre el Tratado de Maastricht, BVerfGE 89, 155 at 190. Y véanse también los comentarios críticos de U. EVERLING, «Sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft noch Herren der Verträge?», *Festschrift für H. Mosler*, 1983, p. 173; con más referencias: I. PERNICE, *Comments on Article 23*, nota 21, en: H. DREIER (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. II (1998).

ción. Esto no solo despojaría a los ciudadanos y empresas británicas de los derechos garantizados en otros Estados miembros así como en relación con las instituciones europeas, sino que, sobre todo, negaría los derechos de los ciudadanos de la Unión procedentes de otros Estados miembros que se encontraran en el Reino Unido. Puesto que todos estos derechos derivan de la voluntad común de los ciudadanos de la Unión, el retirarse de la Unión solo sería legalmente admisible sobre la base de un *actus contrarius* de los ciudadanos europeos en la forma de otro Tratado de acuerdo con el art. 48 o 49 TUE.

2.2.c) ¿«Competencia sobre las competencias»?

La «competencia sobre las competencias» significa el poder para decidir de forma libre e independiente sobre la atribución de las competencias a un poder público²⁰. La estructura multinivel de la Constitución europea implica que ni los Estados miembros ni la Unión Europea tienen la competencia sobre la competencia. El verdadero soberano son los pueblos que confieren poderes específicos y competencias a las instituciones que acuerdan establecer en el proceso constituyente. Cada responsabilidad y competencia atribuida al correspondiente nivel de acción política está limitada por su propia naturaleza, y queda sujeta a las disposiciones de la respectiva

²⁰ El término se usa en este sentido por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia sobre el Tratado de Maastricht, BVerfGE 89, 155 en p. 181, 192, 195 et seq.; P. LERCHE, «“Kompetenz-Kompetenz” und das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», en: *Festschrift Heymanns-Verlag (1995)*, p. 409 en p. 415 et seq., sin embargo, demuestra que este uso es inespecífico y dudoso; CRAIG, supra nota 11, en p. 206 et seq., lo usa en un sentido mucho más estricto para la cuestión de qué tribunal es competente para juzgar al final sobre la cuestión de la supremacía de una regla dada europea sobre la legislación nacional. De forma similar, pero calificando este uso con las palabras «competencia sobre la competencia judicial»: F.C. MAYER, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra-vires-Akte in Mehrebenensystemen. Eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA (2001)*, p. 28 et seq.

constitución. La competencia para crear nuevas funciones o competencias es —con todo el respeto debido a la protección de los derechos humanos y a la libertad— el poder soberano del pueblo, ni los Estados ni la Unión Europea disponen del mismo.

Si el instrumento por el cual el poder público legítimo se crea, se define y asigna a ciertas instituciones, para el nivel que sea, es la constitución, cualquier modificación requiere una revisión de la Constitución. Dentro del marco de la Unión Europea y su constitución, la revisión de constituciones nacionales tiene que conformarse, como anteriormente se ha demostrado, según las disposiciones del Derecho europeo. En consecuencia, la llave del procedimiento constitucional de y —en la medida que la autonomía constitucional de los Estados miembros esté sujeta a limitaciones de conformidad con el Derecho europeo— también dentro de la Unión Europea es el art. 48 TUE junto con las cláusulas nacionales de integración, incluyendo los procedimientos y condiciones establecidos allí. Cualquiera revisión de los Tratados, sea para hacer más efectiva la estructura institucional, o para la atribución de nuevas competencias, o para la limitación de competencias de la Unión, supondrá cambios implícitos de las Constituciones nacionales, mientras ciertas modificaciones del escenario constitucional en los Estados miembros pueden requerir una reforma de los Tratados europeos, si es que éstos no la excluyen.

2.2.d) *¿Jerarquía de normas o supremacía funcional del Derecho europeo?*

Desde la perspectiva del «constitucionalismo multinivel», la relación entre el Derecho europeo y el Derecho nacional no es jerárquica, sino funcional²¹: Los Estados miembros tienen que ser democráticos y respetar el imperio de la ley, así como los derechos fundamentales, porque esto es la base del sistema político en el nivel de la UE, y la condición para el correcto

²¹ Para más detalles véase: PERNICE, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, *op. cit.* supra nota 12, p. 182 et seq., 185.

uso por los ciudadanos de sus derechos en cada Estado miembro. Puesto que el origen del poder público europeo son los ciudadanos de la Unión tanto como estos ciudadanos son los sujetos y el origen de la legitimidad de sus respectivas constituciones nacionales, no hay una supremacía *a priori* ni del Derecho europeo, ni de las constituciones nacionales. El hecho de que la constitución europea esté basada en e incluya las constituciones nacionales, o que se base en la voluntad común de los ciudadanos de todos los Estados miembros, como tal, no implica ninguna jerarquía. Ambos ordenamientos jurídicos coexisten, aunque son parte de un sistema que en última instancia debe producir una respuesta jurídica a cada caso. Este sistema es necesariamente no-jerárquico, desde su origen y construcción²².

Consecuentemente, se ha dejado a los tribunales nacionales y europeos y a su cooperación judicial determinar en el caso concreto si es aplicable la norma nacional o el Derecho europeo. El concepto de cooperación, tal y como ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia sobre el Tratado de Maastricht²³, en la práctica sí evita la réplica en el caso (teórico) de un conflicto. Dar prioridad a la norma europea frente a las normas nacionales en conflicto no deriva solo de la necesidad de preservar el funcionamiento del ordenamiento jurídico europeo, sino, sobre todo, del propio fundamento del concepto de Derecho: la norma general del Estado de Derecho (*rule of law*) requiere la aplicación igual a todos los casos donde se cumplan las condiciones de la norma, sin tomar en consideración ni la nacionalidad, ni el Estado miembro en cuestión. Este es la misma condición para la legitimidad y aceptación del Derecho europeo: Un Estado miembro y sus ciudadanos no se sentirían vinculados y cumplirían con una norma si no hubiera la garantía de que los demás también lo hacen.

Esta reciprocidad forma la base contractual para la validez de cada norma general. Es también la condición necesaria para el funcionamiento del sistema, en el interés común de los Estados miembros y sus ciudadanos, y que está implícita en las cláusulas de integración de las constitucionales

²² THYM, supra nota 13, apartado I.A.4. Véase también MAYER, supra nota 20, p. 37, quien propone entender el término «niveles» (levels) como plataformas que coexisten en igualdad de condiciones.

²³ BVerfGE 89,155.

nacionales, como en el caso del art. 23(1) de la Ley Fundamental federal alemana. Entiendo que es en este sentido que Paul Craig, tras citar a Lord Bridge en la sentencia *Factortame II* de la Cámara de los Lores, describe los argumentos relevantes para la supremacía del Derecho europeo como esencialmente *contractuales, a priori y funcionales*²⁴. Su conclusión es que desde la perspectiva doctrinal, «el Derecho de la Comunidad Europea ha tenido un marcado impacto sobre la ortodoxia constitucional tradicional» en Gran Bretaña²⁵. La mencionada «reciprocidad» no resulta en contramedidas de un Estado contra otro en el caso de vulneración de una obligación contractual. Contrariamente al enfoque del Derecho internacional, en la Unión Europea la reciprocidad se sitúa en el nivel de los ciudadanos, la base de la validez y reconocimiento del Derecho; al igual que un ordenamiento jurídico nacional, el hacer respetar el cumplimiento de las normas comunes se encarga y se entiende tarea de unas instituciones comunes —la Comisión y el Tribunal de Justicia— siguiendo unos procedimientos comunes, y esto constituye la misma base del gran éxito de la Unión Europea.

3. LA GOBERNANZA EUROPEA Y EL PROCESO POST-NIZA DESDE UNA NUEVA PERSPECTIVA

Desde la perspectiva del constitucionalismo multinivel, muchos de los asuntos debatidos en el foro europeo parecen diferentes: La perspectiva relevante tiene que ser la de los ciudadanos, para quienes el desarrollo de la constitución europea conlleva reformas en las constitucionales nacionales. El enfoque «integrador», por lo tanto, toma en consideración de forma más adecuada las implicaciones sobre las constituciones nacionales de cualquier modificación del marco constitucional europeo. Estas implicaciones son importantes, tanto para el debate sobre la gobernanza europea como para el proceso posterior a Niza, en que la Declaración de Laeken en diciembre 2001 resultó un paso prometedor.

²⁴ CRAIG, *supra* nota 11, en p. 203, 208.

²⁵ *Ibid.* 224, pero dejando abierto «cómo los tribunales nacionales dentro del Reino Unido abordan los problemas de la competencia sobre la competencia».

3.1. Implicaciones para el debate sobre la gobernanza europea

En el verano del 2001, la Comisión Europea publicó un «Libro Blanco sobre la Gobernanza en la Unión Europea», en el que analiza el sistema existente con todos sus problemas y propone algunos pasos para mejorarlo en lo posible sin una revisión de los Tratados²⁶. Sin embargo, el Libro Blanco facilita una definición muy limitada de gobernanza, centrada en las instituciones, Estados y gobiernos: «Reformar la gobernanza se refiere a la cuestión de cómo la UE utiliza los poderes conferidos por sus ciudadanos. Se trata de cómo se hacen y deben hacerse las cosas. El objetivo es abrir el procedimiento de elaboración de políticas para que sea más inclusivo y posibilite una mayor exigencia de responsabilidad»²⁷. Si cualquiera reforma es para acoger los cambios relevantes de la vida social y política, la gobernanza, por el contrario, debería definirse como todo el conjunto de medios de autogobierno de una sociedad; tanto los Estados como la Unión Europea, así como la constitución del poder público, son solo algunos de estos medios. Desde un enfoque de gobernanza multinivel, no deberíamos centrarnos en las instituciones, sino en los ciudadanos. Deberíamos combinar esto con una consideración de cómo la sociedad europea se organiza a sí misma en la UE como un instrumento, adicional al de los Estados miembros, para hacer frente a los retos que exceden las capacidades de Estados individuales y, en particular, a los nuevos asuntos globales.

3.1 a) *El «espacio intermediario»: negociaciones, redes y comunicación*

Esto implica que el debate sobre la gobernanza debería considerar más atentamente el «espacio intermediario», tanto entre el individuo y los poderes públicos, como entre los niveles nacionales y europeos de gobernanza. Es el campo de acción de la sociedad civil y la opinión pública, del pluralismo y la libre comunicación. No hay ninguna referencia en el Libro Blanco a qué rol desempeña este «espacio intermediario» y cómo se puede estruc-

²⁶ COM(2001) 428.

²⁷ Ibid. p. 8.

turar. Es el espacio que enlaza la sociedad a las instituciones políticas, el espacio donde la sociedad comunica su voluntad política y continúa el debate público. Las cuestiones que deberían tratarse bajo este paraguas incluirían la formación de partidos políticos europeos, el lobbying y la participación de grupos, el papel de las ONGs o —más en general— de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones, pero también el autogobierno de la sociedad, tales como los agentes sociales con respecto a las condiciones laborales o, como fue propuesto, las organizaciones de negocios y ecológicas con respecto a los estándares medioambientales de producción y consumo²⁸.

Si, por otro lado, el enfoque regulatorio usual en el gobierno parece en realidad perder terreno en favor de una acción de apoyo y de soluciones contractuales por el «estado negociador» para alcanzar los objetivos de interés público²⁹, sería importante desarrollar estructuras y formas en que tales procedimientos podrían ser organizados en la Unión Europea de forma útil mediante las experiencias y las estructuras de los sistemas nacionales establecidos, con vistas a una más eficiente implementación de las políticas adoptadas en el interés común de la Unión. *Eberhard Schmidt-Aßmann* recientemente ha explicado hasta qué punto el Derecho administrativo europeo está ya basado en la cooperación entre varios actores en los niveles nacional y europeo, de modo que cabe referirse a un sistema administrativo no jerárquico integrado³⁰.

²⁸ Véase *Proposals of the European Consultative Forum on the Environment and Sustainable Development*, en: European Commission, *Sustainable Governance. Institutional and procedural aspects of sustainability*, Luxembourg 2000, www.europa.eu.int/comm/environment/forum, p. 13 (C.7).

²⁹ Para los problemas de las nuevas formas de la administración pública en cooperación con la privada véase: M. SCHMITT-PREUß/U. DI FABIO, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, 56, *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, 1997, pp. 160/235.

³⁰ E. SCHMIDT-AßMANN, «Europäische Verwaltung zwischen Kooperation und Hierarchie», en: H.-J. CREMER/T.GIEGERICH/D. RICHTER/A. ZIMMERMANN (eds.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Helmut Steinberger*, 2002, p. 1375 en pp. 1379-84, 1389-99: «Europäische Verwaltung als Informations-, Entscheidungs- und Kontrollverbund».

El documento de la Comisión se refiere a las redes, pero no explica cómo se forma la voluntad política relativa a Europa —ni cómo debe organizarse su formación— en los Estados miembros y directamente para las políticas europeas. La gobernanza también significa influir en las redes sociales a través de una variedad de canales, y al contrario, analizando, canalizando y, si es necesario, limitando la influencia de las redes en las decisiones de los gobiernos. Todo el asunto de la comunicación, las redes sociales y el autogobierno de los ciudadanos debería ser abordado más claramente en el próximo debate para poder ampliar el alcance de la reflexión, investigación y creatividad institucional. Esto parece ser especialmente importante en vista al proceso constitucional actual que nos ocupa desde Laeken.

3.1.b) *Las políticas europeas como políticas internas de los Estados miembros*

En términos de exigencia de responsabilidad, y por lo tanto, en relación con cualquier paso hacia la mejora de la legitimidad democrática y el control de la Unión, debe hacerse patente que las políticas al nivel europeo son de hecho políticas internas de los Estados miembros, y ya no forman parte de su política exterior. Es simplemente otra forma para la elaboración (conjunta) de leyes y políticas para los ciudadanos de cada Estado miembro y que son aplicables a ellos. Las implicaciones de esta perspectiva para la organización nacional de la formación de la voluntad que va a ser expresada en el Consejo son evidentes. Los ministros de Asuntos Exteriores no pueden ser quienes coordinan las políticas europeas³¹. Sin embargo, los gobiernos nacionales todavía no están dispuestos a aceptarlo; las instituciones nacionales y, en particular, los parlamentos nacionales no están completamente preparados para asumir sus responsabilidades como partes integrantes del sistema europeo. Hay que tomar por lo menos tres pasos para aumentar la transparencia, exigencia de responsabilidad y eficiencia:

³¹ Para cuestiones de este tipo en relación a los casos alemanes y franceses véase: MAYER, *supra* nota 20.

- La función legislativa del Consejo debe ser separada de sus funciones ejecutivas para hacer más transparente el hecho de que el Consejo sea decisivo en el procedimiento legislativo.
- El Consejo, cuando actúa en su capacidad legislativa, debe actuar con publicidad a fin de permitir la exigencia de responsabilidad a los ministros y permitir su control por los parlamentos nacionales.
- La creación de ministros para asuntos europeos para la coordinación de políticas europeas en el nivel nacional y en representación del Consejo legislativo de los Estados miembros.

Si gran parte de la legislación nacional relevante para la vida diaria de los ciudadanos es determinada, en esencia, por las directivas y políticas adoptadas a nivel europeo, si de hecho los ministros nacionales tienen la última palabra en el proceso legislativo europeo, y si el único control eficiente de estos ministros puede ser ejercido por los parlamentos nacionales, la necesidad de una mayor visibilidad de sus funciones europeas se hace evidente³². Las campañas electorales nacionales se centrarían de esta manera más de lo habitual en temas que incluyen las políticas europeas de los gobiernos nacionales, en vez de pasar en silencio por encima de esta dimensión del poder real y decisivo.

3.1.c) *La participación de los poderes locales y regionales en el procedimiento legislativo*

Con respecto a una mayor integración de los niveles de acción política en el procedimiento legislativo de la Unión, los poderes regionales y los parlamentos nacionales deben participar en una fase temprana de la legislación europea. Tal y como confirma la Declaración (núm. 43) sobre el Protocolo de Aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad, anejo al Tratado de Ámsterdam, es su responsabilidad implementar las

³² Estas funciones de los parlamentos nacionales está explicadas con más detalle por I. PERNICE, «The role of National Parliaments in the European Union», en: D. MELISSAS/I. PERNICE (eds.), *Perspectives of the Nice Treaty and the Intergovernmental Conference in 2004* (2001), p. 73.

políticas europeas, y la eficiencia de estas políticas depende mucho de la capacidad, habilidad y disponibilidad de aquéllos para actuar como filiales europeas. Su inclusión en el proceso legislativo compensaría cualquiera pérdida de autonomía y autoridad resultante de un desplazamiento de competencias hacia el nivel europeo, haría la dimensión europea de su trabajo más visible y, finalmente, proporcionaría a la legislación europea la experiencia y los conocimientos necesarios «desde la base». Pueden ofrecer información y soluciones que aseguran la efectividad de la legislación en lo que concierne a su aplicación.

Hasta ahora, solo los expertos nacionales, y a veces, los expertos del mundo de los negocios u otras organizaciones son consultados. Hay dos formas de realzar la inclusión de los poderes locales y regionales en el procedimiento, basado en las prácticas e instituciones existentes:

- La práctica de los libros blancos y verdes para entablar un amplio debate con el público en una fase temprana del procedimiento debe aplicarse de forma más sistemática, y en particular, incluir un diálogo más activo con los poderes regionales y locales.
- El Comité de las Regiones debe ser desarrollado para formar un «foro» con los representantes de los poderes locales y regionales para su consulta en el momento en que los servicios de la Comisión elaboran sus propuestas legislativas.

3.1.d) *La división vertical de los poderes ejecutivos*

Por último, el Libro Blanco destaca la responsabilidad ejecutiva de la Comisión. Como ya se ha subrayado, el sistema europeo hasta ahora se ha basado en la competencia de los Estados miembros para implementar y ejecutar la legislación europea. El compartir poderes funcionalmente entre los dos niveles de gobierno tiene ventajas tales como lograr no solo preservar algo de autonomía de los poderes nacionales, sino también que los poderes regionales o nacionales estén más cerca de los ciudadanos y tengan más conocimientos de las circunstancias específicas in situ. Este principio debe ser mantenido y puesto de manifiesto. A un ejecutivo europeo, en consecuencia, se le deben conferir los poderes y las responsabilidades para la aplicación administrativa del Derecho europeo solo en la medida en que sea

indispensable, como por ejemplo en materia de competencia y de control de las ayudas estatales, y estos poderes deben estar expresamente establecidos en los Tratados. Lo dicho también es aplicable a las políticas de exterior y de seguridad común.

En algunos casos, como para la aplicación de las normas de competencia de los Tratados, la creación de una agencia especializada puede ser conveniente para preservar estas áreas ejecutivas de las políticas cotidianas de la Comisión³³. Sin embargo, no hay que confundir la descentralización necesaria con el principio de subsidiaridad, cuyo objetivo es conservar el mayor grado posible de autonomía de los poderes locales y regionales. En general, la ejecución e implementación de la legislación europea debe continuar siendo la responsabilidad de los Estados miembros, y de acuerdo con el principio de proporcionalidad establecido en el art. 5(3) TCE, debe reservarse para ellos tanto espacio como sea posible para la acción política. Esta es la condición para la aceptación de la legislación europea en los Estados miembros y el funcionamiento de sistema europeo de poderes divididos como tal. La división funcional de poderes entre legislativo y ejecutivo ha sido, por este motivo, en cierto modo subrayada y debe continuar así en el sistema europeo de división de poderes mediante la separación vertical de competencias entre los niveles europeo y nacional.

3.2. Los asuntos de la agenda posterior a Niza

La agenda posterior a Niza, tal y como fue plasmada en la Declaración de Niza sobre el Futuro de la Unión³⁴, se ha convertido en virtud de la De-

³³ Un estudio en profundidad de las nuevas posibilidades de creación de agencias para estas finalidades, dejando atrás la doctrina «Meroni», ha sido realizado por A. YATAGANAS, «Delegation of Regulatory Authority in the European Union. The Relevance of the American Model of Independent Agencies», *Harvard Jean Monnet Working Papers* 03/01(2001).

³⁴ Declaración núm. 38 al Tratado de Niza (2000); para los comentarios véase: D. TSATSOS, «The Treaty of Nice. A failure which can only be remedied by means of an effective and properly implemented post-Nice process», en: D. MELISSAS/I. PERNICE (eds.), *Perspectives of the Nice Treaty and the Intergovernmental Conference in 2004* (2001), p. 10.

claración de Laeken, en más de sesenta preguntas³⁵. Pero aparte de la consolidación y simplificación de los Tratados con vistas a lograr una especie de Constitución³⁶, los asuntos de mayor envergadura siguen siendo el estatus de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, la cuestión de un catálogo de competencias y el papel de los parlamentos nacionales. Este no es el lugar adecuado para tratar todos estos asuntos³⁷, sino que es la tarea de la Convención encontrar una respuesta apropiada y consistente a las preguntas planteadas por los Jefes de Estado y Gobierno. Mencionaremos aquí brevemente solo dos puntos: el primero es una solución procesal a la difícil pregunta de cómo asegurarse que el espacio de los Estados miembros para la acción política sea respetado por la Unión Europea, y el segundo es exponer algunas ideas sobre una organización adecuada de la representación de la Unión para el mundo exterior.

3.2.a) *El respeto a los límites de las competencias europeas y el principio de subsidiariedad*

Los textos y las definiciones por sí mismas no proporcionan ninguna salvaguardia fiable frente a la erosión de las competencias nacionales como

³⁵ Declaración de Laeken - The Future of the European Union, 15 de diciembre de 2001.

³⁶ Dando buenas razones de por qué la simplificación es en sí misma un «proceso constitucional», L. TOSATO, «Simplification of the Treaties as a constitutional process», en: *EuropEos* (ed.), *Institutional reforms in the European Union. Memorandum for the Convention* (2002), p. 183.

³⁷ Sobre la Carta de Derechos Fundamentales véase: I. PERNICE, «Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union», *2000 Deutsches Verwaltungsblatt*, 847; sobre el asunto de las competencias: I. PERNICE, «Rethinking the methods of Dividing and Controlling the Competencies of the Union», en: *European Commission* (ed.), *Europe 2004 Le Grand Debat. Setting the Agenda and Outlining the Options* (2002), p. 96; véase también: I. PERNICE, «The role of National Parliaments in the European Union», en: MELISSAS/PERNICE (eds.), *supra* nota 34, p. 73; I. PERNICE, «The European Constitution, Discussion-paper», en: HERBERT QUAND FOUNDATION (ed.), *Europe's constitution - a framework for the future of the Union, Sinclair House Debates 16* (2001), p. 18.

consecuencia de un uso amplio de las competencias europeas. Están expuestas a la interpretación de los que tienen que aplicarlas, y el control ex post del Tribunal de Justicia es parte de este sistema. No hay una solución clara para los casos en que el legislador europeo o el Tribunal actúan *ultra vires*, aunque este supuesto parece ser más bien académico³⁸. Se ha propuesto crear un tribunal constitucional supremo, o un Consejo Constitucional³⁹, compuesto por jueces de los tribunales supremos de los Estados miembros y del Tribunal Europeo de Justicia. Pero la práctica demuestra que casi todos los casos llevados ante el Tribunal comprenden hasta cierto punto cuestiones de competencia, por lo que sería difícil seleccionar aquellos casos que deben ser presentados al Tribunal superior. Además, tales soluciones no impedirían que los Tribunales Constitucionales nacionales reúsen la aplicación de la legislación europea al nivel nacional de lo que consideran *ultra vires*⁴⁰.

El problema es básicamente político, y como se reconoció hace poco en una comunicación de la Comisión sobre un proyecto para la Unión Europea, se necesita una salvaguardia procesal externa para asegurar que no se vulneran los límites de las competencias europeas y el principio de subsidiariedad⁴¹. Mi propuesta es incorporar el «interés de la subsidiariedad» y la salvaguardia de los límites de las competencias europeas al proceso político mismo⁴². Los «perdedores» en un caso de acciones *ultra vires* o la vulneración del principio de subsidiariedad no son los gobiernos nacionales. Hasta para los mismos gobiernos puede ser conveniente usar el «canal europeo» para aplicar políticas que no lograrían una aceptación a nivel

³⁸ Para un análisis más detallado véase MAYER, supra nota 20.

³⁹ J. H. H. WEILER, «The European Union Belongs to its Citizens: Three Immodest Proposals», (1997) 22 *ELRev.* 150 en p. 155.

⁴⁰ Véase también F.C. MAYER, «Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte», (2001) 61 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 577 en p. 609.

⁴¹ European Commission, Communication of 22 May 2002 on «A project for the European Union», COM (2002), 247 final, p. 24-25.

⁴² I. PERNICE, «Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund», 2000 *Juristenzeitung* 866, en pp. 874, 876.

nacional. Al final, es el parlamento nacional el que sufre y queda vinculado a las normas europeas en cuestiones en que antes tenía la competencia y podía legislar de forma autónoma. Pero dar a los parlamentos nacionales algo de codecisión en el proceso legislativo de la Unión en general, resultaría en un conflicto con el papel del Parlamento Europeo y excedería en mucho sus capacidades de funcionamiento. Se ha propuesto crear una Comisión Parlamentaria de Subsidiariedad (PSC), compuesta por dos parlamentarios de cada Estado miembro que sea consultada en cada caso dudoso y dé su opinión motivado sobre la cuestión. El Parlamento y el Consejo entonces estarían obligados a justificar con detalle el por qué consideran que sí se respetan los límites de las competencias europeas y el principio de subsidiariedad y por qué tienen el poder de adoptar el acto en cuestión. El Tribunal de Justicia tendrá la última palabra, si se le plantea la pregunta, y puede basar su decisión en todos los argumentos previamente dados. La ventaja de esta solución, sin embargo, es que se abordan las cuestiones, básicamente, en el escenario correcto: Al control político y al judicial les queda lo que deberían tener: la *ultima ratio*.

Los parlamentos nacionales desempeñan un papel democrático importante en el contexto europeo: participan en la Convención Constitucional y tienen la última palabra en el procedimiento de revisión de los Tratados europeos, controlan a sus gobiernos en sus políticas europeas en el Consejo, son responsables de la transposición y aseguran la aplicación de la legislación europea en el nivel nacional. Proporcionar a través del PSC un foro de participación directa y un específico papel activo en el proceso legislativo europeo cumpliría hasta cierto punto algunas de las reivindicaciones incluidas en la Declaración de Niza. Este nuevo rol de los parlamentos nacionales, como perros guardianes a nivel europeo de su propio interés legítimo, quedaría de esta forma limitado a una función específica que no se solapa con las funciones del Parlamento Europeo. Y no excedería, sin embargo, las capacidades de los parlamentarios nacionales, como se argumenta a veces, puesto que el PSC solo puede involucrarse en casos dudosos referidos que le hagan llegar un gobierno nacional o un parlamento nacional. Aunque su composición puede reflejar el espectro político en los Estados miembros, la función e identidad específica del PSC como organismo de control condicionaría a sus miembros para no solo apoyar lo que

puedan decidir los gobiernos nacionales en el Consejo, sino también a ejercer un fuerte escrutinio de los casos que les presenten sobre subsidiariedad y límites de las competencias de la Unión.

El papel específico del PSC podría resultar subrayado si tuviera la capacidad de imponer al Consejo un período de «enfriamiento» de reflexión adicional sobre cuestiones de competencia y subsidiaridad en un caso dado, o de referir un caso de inmediato al Tribunal de Justicia. Podría ser reforzado aún más con un derecho de codecisión en el campo de la aplicación de competencias generales como los arts. 308 TCE ó 95 TCE en relación con la armonización de la legislación para el funcionamiento del mercado interior.

Las propuestas para crear una segunda Cámara en el Parlamento Europeo compuesta por parlamentarios nacionales con una función consultora o de observación⁴³ podrían concretarse de forma específica y adecuada con el PSC. Además, hay una propuesta para crear una Comisión de Subsidiariedad Conjunta que incluiría a parlamentarios nacionales y a representantes del Consejo o del Parlamento Europeo, pero con un derecho real de veto en el proceso legislativo europeo⁴⁴. Aunque esta solución tendría la ventaja de facilitar un foro de discusión para llegar a acuerdos entre los actores interesados, no daría a los parlamentos nacionales una plataforma independiente suficiente para articular y expresar en público sus puntos de vista sobre las cuestiones en juego.

3.2.b) *La reorganización de la representación de la Unión*

La ampliación de la Unión será una amenaza para la eficiencia de los procedimientos de toma de decisión, para la cohesión de la Unión con respecto a la diversidad de las culturas (políticas), sistemas sociales e intere-

⁴³ Véanse los debates de T. BLAIR, A Larger, Stronger, more Democratic Europe, Speech to the Polish Stock Exchange, Warsaw, 6 October 2000, online www.number-10.gov.uk y L. JOSPIN, *L'avenir de l'Europe élargie*, discurso de 28 mayo de 2001, online www.premier-ministre.gouv.fr.

⁴⁴ J. MEYER, el representante del Parlamento alemán en la Convención de Bruselas.

ses específicos de sus Estados miembros, así como en relación con el principio democrático en la medida en que los crecientes poderes a nivel europeo se ejercen en relación a quinientos millones de personas de treinta Estados miembros, y la capacidad de influencia de cada uno de los ciudadanos en o sobre el control de las decisiones políticas tomadas al nivel europeo se está acercando a cero. Dar a la Unión un rostro, por una persona que lo represente a nivel interna y en el mundo externo y que sea el responsable último de sus políticas, podría contribuir a resolver no solo estos déficits de eficiencia y responsabilidad democrática, sino también la falta de una identidad europea de los ciudadanos de la Unión. Puesto que la Unión ya no es una agencia tecnocrática para la integración de mercados nacionales y la gestión de políticas agrarias de un pequeño grupo de países, sino una importante herramienta para los intereses comunes y políticas generales de los ciudadanos de una treintena de Estados, se requiere una adaptación de sus instituciones para reflejar este carácter político.

Por este motivo, debe considerarse la función y rol de un Presidente de la Unión. Europa no solo debe hablar con una sola voz, sino también, como destacó el Comisario Lamy recientemente en su discurso en la Universidad Humboldt de Berlín, «a través de una única boca»⁴⁵. No sería suficiente, como propone ahora la Comisión, fusionar las funciones del Alto Representante y del Comisario para Asuntos Exteriores⁴⁶. Desde luego, una personalidad así podría asegurar una política externa más eficiente y coherente para la Unión, pero ¿le daría a la Unión el necesario rostro de representación? Los siguientes elementos pueden esclarecer algunas ventajas específicas de reformar el estatus y rol del Presidente de la Comisión sobre la base de las estructuras e instituciones existentes de la Unión Europea:

- El Presidente debería ser el representante de la Unión para los ciudadanos y el mundo exterior, como símbolo de su unidad, y el guardián de la diversidad cultural y social de sus Estados miembros.

⁴⁵ P. LAMY, *Europe's Role in Global Governance - The Way Ahead*, FCE 3/02, www.whi-berlin.de/lamy.htm (acción propuesta).

⁴⁶ Communication of the European Commission, *supra*, nota 41, pp. 13-17.

- El Presidente debería tener la función de Presidente de la Comisión, que es el organismo ejecutivo de la Unión. Él/ella debe ser elegido por el Parlamento Europeo y nombrado por el Consejo Europeo.
- El Presidente debería tener las funciones del Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y de la Presidencia del Consejo para representar las políticas externas europeas de acuerdo con estrategias, posiciones y acciones en común decididas por el Consejo.
- El Presidente debería organizar y asegurar la coherencia del trabajo hecho por cada uno de los Comisarios responsables de las políticas exteriores en el comercio, el medio ambiente, el desarrollo, la seguridad, etc., así como, a través de la rama ejecutiva del Consejo, las políticas exteriores nacionales.
- En este rol específico, el Presidente debería ser responsable ante el Parlamento Europeo, mientras sus políticas están vinculadas por las directrices de política general de la Unión, tal y como quedan establecidas en las reuniones del Consejo Europeo bajo su presidencia.

Para el funcionamiento del sistema democrático europeo, es crucial que las elecciones tengan un significado político real: (grupos de) partidos europeos deberían poder presentar sus candidatos a la Presidencia y sus programas políticos y proporcionar a los ciudadanos la posibilidad de una elección política real cuando acuden a las urnas. Por lo tanto, un Parlamento Europeo así elegido tendría que guiar y observar de cerca las políticas de la Comisión y del Presidente, mientras su libertad de elección queda limitada por la necesidad de lograr un acuerdo general para sus políticas en el Consejo Europeo. Diversas mayorías en los niveles nacional y europeo resultarían en un fuerte escrutinio de sus propuestas y en una limitación de su libertad de acción, mientras que mayorías convergentes permitirían políticas más innovadoras. Pero eso es exactamente lo que requiere un sistema multinivel: coherencia política y un consenso amplio y negociado para cualquier cambio político importante. El Presidente defiende sus políticas y su estrategia en el Consejo, y los Estados miembros serán decisivos para su éxito. Si él/ella fracasa, el Parlamento Europeo puede censurarle y ele-

gir otro Presidente, los ciudadanos pueden sancionar políticas malas o fracasadas mediante una nueva elección en las siguientes elecciones.

Un Presidente que tenga el rol de representar a la Unión en el mundo exterior solo aparentemente chocaría con los intereses de los Estados miembros de preservar esta importante función para sus Jefes de Estado o sus ministros de asuntos exteriores. Y es que en una Unión de treinta Estados miembros, cada uno de ellos solo tendría este privilegio una vez en quince años. Conferir esta función a un Presidente europeo daría, desde luego, más autoridad, continuidad, neutralidad, experiencia y eficacia a esta función y ofrecería una oportunidad auténtica a cada una de las personas que pueden ser candidatos de concurrir a la elección y de desarrollar esta función en el interés común de la Unión. En particular, proporcionaría a la Unión una persona a quien los países extranjeros podrían dirigirse y que simboliza la unidad necesaria de la Unión como actor político en la mente del pueblo. Seguiría siendo función de los Jefes de Estado y Gobierno nacionales representar a su país dentro de la Unión y frente al mundo exterior, un país, sin embargo, que es parte de la Unión y recobra de esta forma soberanía e influencia en el escenario global, que no podría ejercer por su cuenta.

4. CONCLUSIONES

Constitucionalismo multinivel significa tomar en serio el peso político y constitucional de la construcción europea como parte de cómo la sociedad está organizándose hoy en día. Mientras se acepta que la Unión Europea ya tiene una constitución y que la Constitución europea es el sistema compuesto por la constitución nacional y europea en un único sistema legal coherente, la necesidad de simplificar los Tratados, adaptar el marco institucional a las necesidades y los hitos de la Unión ampliada constituye una razón destacada y suficiente para el Convenio Constitucional de Bruselas para dar pasos significativos hacia la reforma. Por primera vez, los parlamentarios están fuertemente involucrados en la preparación de la revisión de los Tratados, y esto da la esperanza de que esta operación sea un éxito. Puede resultar en un Tratado, que derive del Derecho ya existente de la Unión, y que sea proclamado, tal y como lo ha contemplado Jacques

Chirac en su discurso en Berlín en el verano de 2000⁴⁷, para ser la Constitución de la Unión Europea. Sería apropiado proporcionar, al final del procedimiento, un referéndum final al nivel europeo. Con esto a la vista, el futuro Tratado consolidado sería considerado, desde el comienzo de los trabajos preparatorios, como un asunto de los ciudadanos, sería negociado en público con la participación activa de los ciudadanos y la sociedad civil, y tendría, por este motivo, la posibilidad de ser finalmente aceptado por los ciudadanos de la Unión, incluyendo a los nuevos Estados miembros, como la expresión de un nuevo y más amplio contrato social europeo⁴⁸.

Resumen:

El autor parte de la concepción de la Unión Europea como un sistema de gobernanza multinivel, pero también del concepto de constitucionalismo multinivel. El constitucionalismo multinivel trata de describir y aprehender el proceso en marcha de establecimiento de nuevas estructuras de gobierno complementarias a las formas existentes —que a su vez están transformándose— de auto-organización del pueblo o sociedad, mientras se construye sobre ellas. Se trata de un enfoque teórico para explicar la concepción de la Unión Europea como asunto y creación de sus ciudadanos, fuente de su legitimidad, al igual que lo son de los Estados miembros. La Constitución europea estaría así compuesta por el Derecho originario de la Unión Europea, el Derecho elaborado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las Constituciones nacionales y la jurisprudencia relacionada de los tribunales constitucionales nacionales. La tesis del autor es, por tanto, que no resulta preciso elaborar una Constitución europea, sino mejorar los Tratados existentes para así mejorar el sistema. A lo largo del trabajo, Pernice explica los debates en torno a una Constitución europea que tuvieron lugar en Alemania e Inglaterra y las implicaciones de dicha discusión en cada país; profundiza en la explicación y desarrollo del concepto de constitucionalismo multinivel; y finalmente se detiene en la gobernanza europea en el proceso posterior al Tratado de Niza, proponiendo un enfoque de gobernanza multinivel que no se centre en las instituciones, sino en los ciudadanos.

⁴⁷ J. CHIRAC, *Notre Europe*, Discurso a la Cámara baja alemana, 26 de junio de 2000, online www.elysee.fr.

⁴⁸ Para más detalles véase: I. PERNICE/F. MAYER/S. WERNICKE, «Renewing the European Social Contract: The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism», (2001) 12 *KCLJ* 61.

Palabras Clave: *Constitucionalismo multinivel. Constitución europea. Gobernanza multinivel. Constituciones nacionales. Unión Europea. Estados miembros. Participación de los ciudadanos.*

Abstract:

The author starts from the conception of the European Union as a system of multilevel governance, but also from the concept of multilevel constitutionalism. Multilevel constitutionalism seeks to describe and understand the ongoing process of establishing new structures of government complementary to and building upon —while also changing— existing forms of self-organization of the people or society. This is a theoretical approach to explain the concept of the European Union as creation and matter of its citizens, the source of its legitimacy, as they are of the Member States. The European Constitution would thus be composed of the primary law of the European Union, the law made by the Court of Justice of the European Union, national constitutions and case law related to the national constitutional courts. The author's thesis is, therefore, that it is not necessary to establish a European Constitution, but to improve the existing Treaties in order to improve the system. Throughout the work, Pernice describes the discussions about a European Constitution that took place in Germany and England and the implications of that debate in each country; he goes into the explanation and development of the concept of multilevel constitutionalism; and finally the author analyses European governance in the process after the Treaty of Nice, by proposing a multilevel governance approach which does not focus on institutions but on citizens.

Keywords: *Multilevel constitutionalism, european Constitution, multilevel governance, national constitutions, European Union, Member States, participation of citizens.*

