

CIUDADANÍA Y “GUBERNACULUM” EN EL TRATADO
SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA
CITIZENSHIP AND “GUBERNACULUM”
IN THE EUROPEAN UNION CONSTITUTION TREATY

MASSIMO LA TORRE
Università degli Studi di Catanzaro

Fecha de recepción: 3-2-06
Fecha de aceptación: 20-2-06

Resumen: *Este artículo analiza algunos de los aspectos más relevantes del proyecto de Constitución europea. Su enfoque se centra en su naturaleza híbrida entre un Tratado internacional y una constitución, la versión restrictiva de la interpretación de la Carta de Derechos fundamentales y la ciudadanía europea como algo derivado. La conclusión considera que las previsiones de esta Constitución tienen más que ver con el constitucionalismo de los Antiguos que con el constitucionalismo de los Modernos.*

Abstract: *This paper analyzes some of the most relevant aspects of the European Constitution Project. It deals with the Project's hybrid nature stuck between an international Treaty and a constitution, the restrictive view of the interpretation of the Charter of Fundamental rights and European citizenship as a derivative status. The paper's conclusion is that this Constitution Project is closer to ancient rather than modern constitutionalism.*

PALABRAS CLAVE: Constitución, Unión Europea, constitucionalismo, gobernanza.
KEY WORDS: Constitution, European Union, constitutionalism, governance

Parece que el proyecto de Constitución europea sea ya cosa del pasado. Los referenda con resultado negativo de Francia y Holanda marcan el fracaso de un proyecto político de gran envergadura. Y sin embargo los textos y el esfuerzo legislativo están allí, abiertos a la discusión y a una futura distinta deliberación de los pueblos. Así que, a pesar de su fracaso, merece la pena



estudiar y examinar aquellos documentos. Cierta distancia temporal desde el momento “constitucional”, es decir de su sumisión al voto popular, nos permite además ser más fríos e imparciales. En este escrito por lo tanto intento un análisis de la relevancia y de la concepción de la ciudadanía implícita en el Tratado sobre la Constitución europea en la perspectiva de su posible revitalización.

Mi contribución se articula de la manera siguiente. Empiezo con una primera evaluación de la naturaleza y del carácter del proyecto de Constitución europea. Siguen algunas consideraciones sobre algunas diferencias entre los dos proyectos de Constitución que han sido presentados (el primero del julio 2003, resultado de la así llamada Convención, y el otro del octubre 2004, reformado y desarrollado por los Estados miembros y que es producto formal de un Consejo Europeo). Luego me dedico a un análisis de las normas específicas sobre ciudadanía contenidas en el Tratado. Y finalmente termino con unas consideraciones de carácter general, especialmente respecto a la noción de ciudadanía adoptada e introducida en el proyecto, y por lo que concierne su modelo de constitucionalismo. De hecho, y no hubiera podido ser de otra manera, detrás del Tratado, se vislumbra un preciso modelo de orden constitucional. El cual –y ésta es mi tesis central– se encuentra en contradicción con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y con lo que podríamos definir el movimiento constitucional europeo desde la Segunda Guerra Mundial y en general con lo que se concibe como el constitucionalismo de los “Modernos”.

Hay quien ha hablado respecto a las tendencias y a los desarrollos actuales de las instituciones comunitarias europeas de “constitucionalismo autoritario”¹; yo prefiero apuntar a la vieja noción de *gubernaculum* y a su transubstanciación posmoderna.

I.

No se puede no darse cuenta del carácter híbrido, complejo y farragoso, en cierta medida barroco, del proyecto de Constitución europea². En primer

¹ Cf. A. SOMEK, “Authoritarian Constitutionalism: Austrian Constitutional Doctrine 1933 to 1938 and Its Legacy”, en Ch. JOERGERS and N. S. GHALEIGH (ed.), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and Its Legal Traditions*, Hart, Oxford, 2003, pp. 361 ss.

² Cf. J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna 2003, p. 47: “Il progetto [...] resta un testo ibrido”.

lugar hay que subrayar su ambigüedad –que encontramos ya en su denominación oficial que es: *Tratado institutivo de una constitución*–. La ambigüedad resulta clara también en la fórmula adoptada por el artículo I-1: “La presente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa...”. Y el Preámbulo finaliza con un agradecimiento “a los miembros de la Convención por haber elaborado el proyecto de esta Constitución en nombre de los ciudadanos y de los Estados de Europa”. Tampoco podemos olvidar que el artículo I-60 introduce una regla inédita en la historia del derecho comunitario: la previsión explícita de la posibilidad para un Estado miembro de retirarse voluntariamente de la Unión. Además, el método previsto para la revisión de la Constitución (art. IV-443) es en última instancia aquel de la revisión de un tratado de derecho internacional (con la complicación de la intermediación de otra Convención)³, aunque se introduzcan procedimientos de revisión simplificados (arts. IV-444 y IV-445).

Como sabemos, un tratado es algo producido por los Estados (podríamos añadir: desde arriba), mientras que una constitución es algo producido por la generalidad de los ciudadanos (desde abajo). Un tratado no presupone necesariamente ningún procedimiento democrático; es un acuerdo, un compromiso, entre sujetos distintos, que permanecen tales, y que aquí se guían por una racionalidad estrictamente prudencial o negocial. Una constitución, en la tradición europea, es un acto de la soberanía popular, de un pueblo que se constituye como tal, y que crea un espacio común de actuación y convivencia. El tratado, en la terminología de Michael Oakeshott, sería la institución de una “*enterprise association*”, una sociedad de intentos para conseguir unos fines específicos y limitados; una constitución en cambio es la fundamentación de una “*association in terms of a practice*”, y tiene como resultado y fin algo que abarca el conjunto de las relaciones sociales entre sujetos, una “*civil condition*”⁴.

Así que resulta bastante complicado pensar una estructura colectiva al mismo tiempo producto de un tratado y de una constitución. En cierta medida los dos términos se anulan entre sí. Y nos encontramos antes la alternativa siguiente: *aut* son los ciudadanos a decidir una estructura de convi-

³ Como escribe Andreas Fisahn, “la Convención se ha entusiasmado tanto de sí misma que en un futuro los cambios de la Constitución necesitan de la contribución de una Convención” A. FISAHN, “Die europäische Verfassung -- ein zukunftsöffener Entwurf?”, *Kritische Justiz*, núm. 37, 2004, p. 387.

⁴ Cf. M. OAKESHOTT, *On Human Conduct*, Clarendon, Oxford 1975, pp. 121-122.



vencia general (*constitución*) aut son los (jefes de) Estados que se ponen de acuerdo para juntar sus fuerzas en un ámbito cuyos confines sean bien delimitados (*tratado*). Sin embargo, si se dice que se trata de un tratado que instituye una constitución, nos están diciendo que de verdad el “*mode of relationship*” (para usar una vez mas a los términos de la filosofía política de Oakeshott⁵) es aquel del *tratado* y no de la constitución⁶.

En segundo lugar hay que constatar que el proyecto en cuestión representa más que un documento *constitucional* una especie de codificación o mejor dicho de *consolidación* de un derecho en gran medida ya vigente. Así se explica por ejemplo la inclusión de la parte tercera, que trata de muchas minucias, y sobre todo del mercado común, en el texto “constitucional”. El intento en cierta medida es de formalizar y codificar el *acquis communautaire*, el “acervo comunitario”, y así también de quitarle el carácter –predominante hasta ahora en varios ámbitos– de “derecho jurisprudencial”. Hacia esta dirección se encamina la introducción explícita del *principio de atribución*. En efecto, en el artículo I-11, apartado primero, leemos que “la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución”. No podrán los órganos de la Unión ejercer poderes que no sean literalmente otorgados por los Estados Miembros y que no sean formalmente previstos en el documento constitucional, en contra de lo que parecía ser según algunos un criterio interpretativo posible en la situación pre-constitucional, es decir aquel de los “poderes implícitos” (*implied powers*)⁷ –siguiendo en cierta medida una doctrina que ha marcado el federalismo norteamericano y que tiene una justificación no deontológica, sino teleológica y pragmática–. Sin embargo, la así llamada “cláusula de flexibilidad” (art. I-18) reintroduce la posibilidad de atribución de poderes no previstos en casos excepcionales mediante una decisión del Consejo y propuesta de la Comisión.

Por cierto no hay que olvidar y se debe apreciar que el texto “constitucional” elimine y supere la vieja articulación del orden comunitario en tres pilares, unificándolos todos a través de la personalidad jurídica finalmente

⁵ *Ibid.*, p. 121.

⁶ Sin embargo en el caso de los Estados federales las cosas se presentan de manera más compleja: “la aprobación de una constitución federal allí donde no existe una unidad política previa exige el consentimiento de todos los Estados afectados” L. M. DIEZ-PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid 2002, p. 94.

⁷ Cf. J. H. H. WEILER, “The Transformation of Europe”, *Yale Law Journal*, núm. 100, 1991, pp. 2403 ss.

reconocida a la Unión. Lo que permite la aplicación del “método comunitario” y el ordinario procedimiento de “legislación” a todo el conjunto de materias y reglas comunitarias. Esto es un evidente avance hacia una verdadera estructura constitucional, en el sentido de no ser sometida en principio a la dinámica intergubernamental y así de permitir, por lo menos en general, la extensión del principio de legalidad a todas las esferas de la maquinaria comunitaria.

De todas maneras, es la dinámica misma de la concreta elaboración de la “constitución” la que la hace sumamente ambigua, ya que el texto es producto por un lado de una “Convención” de ciudadanos sin legitimidad democrática explícita (ya que no han sido elegidos directamente por los pueblos) y por otro lado del acuerdo de los Estados (de sus órganos ejecutivos). Además, hay que subrayar al respeto que la parte tercera del texto en gran medida no ha sido ni siquiera discutida por la Convención y ha sido elaborada y “cocinada” exclusivamente por los ejecutivos estatales.

Finalmente la misma arquitectura de la Unión, tal y como está diseñada por el proyecto, es ambigua, híbrida. Hay un doble poder legislativo, repartido entre el Parlamento europeo (que decide por mayoría) y el Consejo europeo (donde se reúnen los jefes de Estado) –que decide en muchos casos *por unanimidad*. En cierta medida esta ambigüedad se extiende al mismo concepto de *ley* adoptado en el proyecto.

El proyecto reformula las fuentes del derecho comunitario según una nueva jerarquía que es la siguiente: 1) leyes europeas, 2) leyes-marco europeas, 3) reglamentos europeos, 4) decisiones europeas. Ahora bien, la “ley europea” coincide con lo que hasta ahora llamábamos *reglamento* (comunitario), y la “ley marco” es equivalente a lo que hasta ahora se denominaba *directiva*. “La ley europea –dice el art I-33– es un acto legislativo de alcance general”, y es inmediatamente aplicable. “La ley marco europea es un acto legislativo que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y medios”.

En nuestras tradiciones constitucionales la *ley* sin embargo es ideal típicamente la expresión de la voluntad general –lo que significa que tiene que satisfacer por lo menos tres condiciones: (i) Tiene que ser expresión mediante representantes del sujeto de la voluntad general, el pueblo o los ciudadanos. (ii) Tiene que ser una medida que establezca una regla de carácter universalizable orientada al bien común –la universalización concierne tanto la



forma como el *contenido* de la medida en cuestión-. (iii) Tiene que ser el resultado no de simple decisiones, o de simples negociaciones, sino de deliberaciones orientadas a la prevalencia del mejor argumento y a la posible ideal aceptabilidad del conjunto de los afectados. (Sólo así se explica en efecto la presunción de constitucionalidad de la que goza la ley).

Ahora bien, ¿cómo se producen según la Constitución europea las “leyes europeas” y las “leyes marco” europeas? Se producen –según el art. I-34– mediante el procedimiento de co-decisión entre Parlamento europeo y Consejo europeo, donde el Parlamento no tiene poder de iniciativa legislativa y puede sólo vetar la decisión del Consejo (art. III-396). Sin embargo, hay que subrayar que la co-decisión representa sólo el proceso ordinario de emanación de los actos legislativos europeos. Hay muchos otros casos no ordinarios, según una doble tipología. (a) Hay casos en los cuales el Consejo actúa según el criterio de la unanimidad y donde el Parlamento juega el papel de mero órgano consultivo. Este por ejemplo es el caso de la legislación en materia de derechos de ciudadanía (art. III-126). (b) Hay casos también donde el proyecto excluye de manera completa cualquier posible intervención del Parlamento. Este es el caso por ejemplo de la política exterior y de la política de defensa (art. III-300).

II.

Quisiera ahora pasar a examinar de manera muy rápida algunas diferencias que hay entre los dos textos acabados del proyecto de Constitución. El primero fue remitido al Consejo europeo de Roma del 18 de julio 2003. El segundo texto firmado en Roma el 29 de octubre 2004 por los jefes de Estados es el definitivo. Ahora bien, los dos textos *no son idénticos*, y las diferencias no son siempre minucias. Muy relevante por ejemplo ha sido la revisión de los criterios de la mayoría calificada para las decisiones del Consejo europeo, así como las nuevas normas en materia de revisión del Tratado. Aquí yo quiero subrayar dos modificaciones introducidas por los ejecutivos y la dinámica intergubernamental.

La primera concierne al Preámbulo; la segunda a la Parte segunda que contiene y recoge la Carta de los derechos fundamentales de la Unión. El primer texto de la Constitución se abría con una cita de Tucídides: “Nuestra constitución [...] se llama democracia porque el poder está en las manos no de una minoría, sino del mayor número”. En la versión definitiva del pro-

yecto la cita ha desaparecido. Lo que quizás puede señalar alguna duda o perplejidad sobre la posibilidad de comparar la Unión europea a la polis griega y especialmente a Atenas del siglo quinto antes de Cristo. Sin embargo, las dudas sobre esta comparación, por cierto retórica, apuntan hacia un menor entusiasmo democrático alrededor de la nueva Constitución.

La segunda novedad que quiero subrayar es la siguiente. La Constitución europea recoge y recibe la Carta europea de Derechos fundamentales y le da pleno valor jurídico (art. I-9, apartado primero). Sin embargo, la Constitución en su primera versión añade en el artículo II-52 los párrafos siguientes. “4. En la medida en que la presente carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretaran en armonía con las citadas tradiciones. 5. Las disposiciones de la presente carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos. 6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente carta”. Además, en el Proyecto de Constitución, en el Preámbulo de la Carta, se añade que: “En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad de la Convención europea”.

Como se puede ver, en el Preámbulo reformado y en los tres nuevos apartados del artículo II-52 se introducen criterios ulteriores (y básicamente restrictivos) para la interpretación de la carta. Pero sobre todo se reenvía a una misteriosa distinción *entre derechos y principios*. Esta se encuentra formulada de manera explícita en las declaraciones y explicaciones de algunos representantes de los Estados miembros. Su contenido fundamental es que los “principios” serían aquellas normas sobre derechos que necesitan una acción positiva de los órganos públicos, mientras que “derechos” serían simplemente aquellos así llamados negativos, los derechos de la “primera generación”, los derechos “liberales”. Mientras que los “derechos” serían accionables delante del juez, lo mismo no podría decirse de los “principios”. Así que la función de los (pocos) derechos sociales incluidos en la Carta tendría valor sólo hermenéutico, formal, pero no substancial. No se puede –este es el punto fundamental– ir a demandar un “principio” ante un juez.

Ahora bien, el nuevo texto, el definitivo, del Proyecto de Constitución añade un último apartado al artículo en cuestión, cuyo número ya no es el 52, sino el 111. “7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros”. ¿Qué significa esto? Nada más y nada menos que los derechos fundamentales tienen que ser interpretados, o mejor dicho, que tienen valor *hermenéutico*, y no substantivo, y esto *siempre*, aunque sean derechos en sentido estricto y no “principios”, es decir aunque sean derechos “liberales”, con referencia al alcance que los Estados miembros han querido concederles a los derechos mismos.

Una vez más el objetivo son los derechos sociales que se ven reducidos a meras sombras de las *policies*, de las políticas de los Estados. Se intenta también con estas disposiciones contrarrestar el funcionalismo de la Comisión europea de Bruselas y el activismo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo.

III.

Llegamos ahora al corazón –por decirlo así– de nuestra cuestión: la emergencia de una nueva ciudadanía supranacional, la ciudadanía europea.

El presente proyecto de Constitución habla mucho de ciudadanía, y lo hace no sólo en la Parte segunda, la parte de los derechos fundamentales, sino también en la Parte primera, luego en la tercera, e incluso en el Preámbulo, donde –como hemos visto– se da las gracias “a los miembros de la Convención Europea por haber elaborado el proyecto de esta Constitución en nombre de los *ciudadanos* y de los Estados de Europa”. El lugar donde se especifica la noción de ciudadanía de la Unión es el Título segundo de la Parte primera en el artículo I-10.

Las disposiciones que encontramos en dicho artículo reproducen fundamentalmente lo que ya estaba establecido por el Tratado de la Unión Europea de Amsterdam (de 1997) –que a su vez había modificado el tenor al respecto del Tratado de Maastricht (de 1992)–. La primera cosa que se dice es que: “1. Toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro posea la ciudadanía de la Unión, que se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”. La ciudadanía europea por lo tanto no es un estatus originario pri-

migenio, sino accesorio o derivado. Se es ciudadano europeo si y sólo si, o en cuanto y sólo en cuanto, se es ciudadano (o nacional) de un Estado miembro. Una previa, tímida referencia a la posibilidad de una ciudadanía “dual” en una versión preliminar del proyecto ha sido definitivamente borrada⁸.

El apartado dos del artículo I-10 establece en qué consiste esta ciudadanía supranacional. Fundamentalmente consiste en *cinco* derechos: libre circulación, sufragio, protección consular, derecho de petición, y derecho de dirigirse a los órganos de la Unión en su propia lengua estatal. Se trata es decir : (a) del derecho “de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”; (b) del derecho “de sufragio activo y pasivo en las elecciones al parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”; (c) del derecho “de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”; (d) del derecho “de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al defensor del Pueblo Europeo”; (e) así como finalmente del derecho “de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y de recibir una contestación en esa misma lengua”.

Todos estos derechos están sometidos a una importante cláusula de limitación o restricción, según la cual “estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por la Constitución y por las medidas adoptadas en la aplicación de estas”. La cláusula, al ser muy vaga, resulta bastante amplia. De manera que las limitaciones a los derechos no están vinculadas ni a la reserva de ley ni al respeto del contenido esencial de los derechos, ni siquiera al principio de proporcionalidad; condiciones todas estas que en cambio sí que sirven de garantía para los derechos contemplados en la Parte segunda de la Constitución (véase el artículo II-112, apartado 1). Aunque el apartado 2 de este último artículo, el II-112, al establecer que “los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas”, hace la garantía del primer apartado inaplicable a los derechos, entre otros, de ciudadanía en su conjunto.

⁸ Cf. P. BIRKINSHAW, “Supranationalism, the Rule of Law, and Constitutionalism in the Draft Union Constitution”, *Yearbook of European Law*, núm. 23, 2004, p. 221.



Efectivamente –como he anticipado– de ciudadanía se habla y mucho también en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, es decir ahora en la Parte segunda del proyecto de Constitución. Como es conocido, la Carta estructura los derechos fundamentales según seis valores básicos. Estos son: (1) dignidad, (2) libertades (al plural), (3) igualdad, (4) solidaridad, (5) ciudadanía, (6) justicia. Por lo tanto, el Título quinto de la Carta trata de la ciudadanía, y lo hace a lo largo de ocho artículos (arts. 99-106). Así que hay más normas sobre ciudadanía en la Carta (ahora Parte segunda del proyecto de Constitución) que en la parte primera (donde de ciudadanía en sentido propio se trata sólo en un artículo, el I-10).

Los ocho artículos del título quinto de la carta básicamente reformulan, o mejor dicho, anticipan (ya que la Carta es cronológicamente anterior al texto constitucional), los cinco derechos previstos en el artículo I-10. Con una sola novedad: el derecho a una buena administración –del que trata el artículo II-101–. Sin embargo, en la formulación de dicho artículo queda muy claro que el derecho a una buena administración no es un derecho cívico o ciudadano, en cuanto su titularidad está adscrita a cualquier residente en la Unión europea, aunque no sea nacional de un Estado miembro. “Toda persona –dice el primer apartado del artículo II-101– tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”.

El contenido de este derecho es la introducción, relevante –me parece–, de la estructura del procedimiento contradictorio o “adversarial” –hasta ahora reservada en muchos Estados miembros solo para los procedimientos judiciales– también a los procedimientos administrativos. El derecho a la buena administración así se substancia en tres derechos específicos: (i) “el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente”; (ii) el derecho de toda persona a tener acceso al expediente que la concierna”; (iii) el derecho a que la Administración motive sus decisiones. Pero, una vez más, este derecho no se puede considerar un derecho de ciudadanía en sentido propio, ya que se lo adscribe a toda persona afectada por medidas de la Administración y no sólo a los nacionales de los Estados miembros (los ciudadanos europeos). Si así no fuese, y se podría argumentar que así no es, ya no se podría afirmar el carácter derivativo de la ciudadanía europea y su dependencia absoluta de la nacionalidad de un Estado miembro. De manera que se puede considerar que este artículo abra nuevas perspectivas a una distinta y más abierta (y densa) configuración del estatus de ciudadano europeo.



Relacionado con el “derecho a la buena administración” está otro derecho previsto por el artículo II-102, el “derecho de acceso a los documentos”. Según este artículo “todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado Miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte”. Sin embargo, aquí resulta un poco inquietante que a lado de las personas físicas se mencionen las *personas jurídicas*, a las cuales se les otorga el mismo derecho. Es decir, aquí se pone en cierta manera una equivalencia fuerte entre personas físicas y personas jurídicas, donde detrás de estas últimas se vislumbra claramente el perfil de las empresas y corporaciones empresariales. De modo que entre los sujetos o los titulares de los derechos de ciudadanía la Carta incluye las empresas, a la par que en el Título segundo sobre libertades, antes de sancionar la propiedad como derecho fundamental (sin mención de ninguna función social –a la manera por ejemplo del artículo 41 de la Constitución italiana de 1948), se añade un derecho fundamental inédito: el derecho a la empresa (art II-76)– ya que el derecho a la iniciativa privada del que hablan algunas Constituciones europeas resulta mucho menos específico, cubriendo por ejemplo el ejercicio de las profesiones liberales (que tradicionalmente y deontológicamente no se pueden equiparar a una actividad empresarial). Muy significativo además es que se incluya dicho derecho (el del artículo II-76) y con ello el derecho de propiedad en el título de las *libertades*, dándole una dignidad *política* que en las Constituciones europeas generalmente no se le otorga.

IV.

La ciudadanía es algo que tiene que ver y mucho con la soberanía. Se puede decir que una comunidad política es como una moneda con dos caras⁹. Una cara es la soberanía, y ésta se define como el poder de emanar las reglas y medidas que dirigen la conducta de los sujetos de la comunidad. Este poder se configura como soberano si posee los que los juristas alemanes llaman la *Kompetenz-Kompetenz*, la competencia sobre la competencia, la competencia de poder definir y atribuirse sus propias competencias.

⁹ Cf. M. LA TORRE, “Citizenship: An European Wager”, *Ratio Juris*, núm. 8, 1995.



La ciudadanía, que es la otra cara de la moneda del orden político, fundamentalmente consiste en la titularidad de los derechos de contribuir a la producción de aquellas reglas y medidas que afectan al conjunto de los miembros de la comunidad. Ahora bien, así como la soberanía se apoya en un elemento de meta-competencia, de poder sobre poderes, lo mismo vale por lo que concierne la ciudadanía –que es el elemento subjetivo y público de la soberanía–. El ciudadano es aquel sujeto que, entre otras cosas, decide sobre los derechos de ciudadanía mismos, y así tiene el poder de darles contenido y extensión determinada. Si el ciudadano no puede decidir sobre sus poderes, no tiene de verdad los poderes de un ciudadano. Podríamos decir que la ontología del ciudadano es reflexiva en el mismo sentido de la ontología de la *persona*: persona es un sujeto que tiene conocimiento o experiencia o capacidad de ser sujeto y de intervención sobre su subjetividad. De la misma manera ciudadano es un sujeto que tiene experiencia o capacidad de ser ciudadano y de intervención sobre su ciudadanía.

Pero, ¿que pasa en este respecto con la ciudadanía europea? Lo que aquí vemos ya lo he anticipado. El ciudadano europeo, además de tener poderes muy limitados, no tiene ningún metapoder; es decir, no tiene capacidad de ser o actuar como ciudadano *en materia de ciudadanía*.

El artículo III-126 establece de manera clarísima que en materia de derechos políticos del ciudadano europeo: “el Consejo delibera por unanimidad, previa consulta del Parlamento europeo”. Lo que quiere decir que allí donde se trata de emanar medidas y reglas sobre los derechos más importantes y paradigmáticos del ciudadano europeo, los de sufragio, el ciudadano (y por él el Parlamento) no tiene ni siquiera el poder de co-decisión. En este caso el Parlamento no actúa como órgano legislativo, sino más modestamente y menos democráticamente como órgano *consultivo*. La única cosa que se parece a un derecho de metacompetencia por parte de los ciudadanos se encuentra en el artículo I-47 donde se prevé que: “Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requiere un acto jurídico de la Unión para los fines de aplicación de la Constitución”. Es una especie de derecho de iniciativa popular en materia legislativa –con la limitación radical sin embargo de no poderse dirigir directamente al Parlamento o al Consejo ni de vincular la acción de la Comisión, la cual bien podrá modificar o desatender la propuesta del millón de ciudadanos europeos–.



En el presente proyecto de Constitución europea, en resumen, la ciudadanía consiste de derechos muy cortos. Sobre todo se queda privada de su arraigo ontológico, es decir de sus *metapoderes*, y resulta en buena medida una simple *façon de parler*, palabrería, quizás incluso ejercicio de malabarismo¹⁰.

De todas maneras, frente a este proyecto la pregunta fundamental que hay que poner es la siguiente: ¿Qué tipo de constitucionalismo se nos propone? Ahora bien, aquí habría en primer lugar que distinguir –me parece– entre un constitucionalismo de los “Antiguos” y un constitucionalismo de los “Modernos”¹¹. Esta distinción me parece más pertinente que la otra, entre un constitucionalismo franco-americano y otro anglo-germano, que nos ha propuesto al respeto hace poco un estudioso alemán¹².

El primero, el constitucionalismo de los Antiguos, se caracteriza por la separación entre dos esferas de poderes públicos, *gubernaculum* e *iurisdictio*. La *iurisdictio* es un ámbito de derechos privados en el que el poder de gobierno no tiene prerrogativas soberanas, y que está protegido por la posible acción de los tribunales. El *gubernaculum* por el contrario es el ámbito de gobierno, de prerrogativas de gobierno, sobre el cual los tribunales no tienen ninguna competencia y hacia el cual los ciudadanos no pueden hacer valer ningún derecho. En el constitucionalismo de los Antiguos la constitución es fundamentalmente “concedida”, *octroyée*, por el soberano a los ciudadanos, o bien es un *pacto* entre los dos (a la manera de la Magna Charta, o si se quiere, de la alianza entre Yahvé y el pueblo elegido). El liberalismo doctrinario francés de la primera mitad de siglo XIX todavía refleja bastante bien este modelo.

El constitucionalismo de los Modernos –que coincide en buena medida con el modelo franco-americano del que habla Christoph Möllers¹³– tiene

¹⁰ Renaud Dehousse ha hablado “des références incantatoires à la citoyenneté européenne contenue dans le Traité de Maastricht”. R. DEHOUSSE (dir.), *Une constitution pour l'Europe?*, Presses de Sciences Politiques, Paris 2002, p. 35.

¹¹ Sobre esta distinción véase el clásico texto de Charles H. McILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, New York 1947, especialmente capítulo sexto.

¹² Léase Ch. MÖLLERS, “The Politics of Law and the Law of Politics: Two Constitutional Traditions in Europe”, E. O. ERIKSEN, J. E. FOSSUM, A. J. MENENDEZ (ed.), *Developing a Constitution for Europe*, Routledge, London 2004, pp. 129 ss.

¹³ Véase *ibid.*



tres caracteres básicos. (a) Todo el conjunto de los poderes públicos está sometido a las reglas constitucionales (de manera que no hay *gubernaculum* distinto de la *iurisdictio*). (b) Las reglas constitucionales son el producto de un procedimiento excepcional o extraordinario (incluso en el sentido de *extra ordinem*) de deliberación colectiva, mediante el cual la comunidad se autoinstituye en su generalidad (el “momento constitucional” del que habla Bruce Ackerman¹⁴). No es *octroyé*, ni es un “pacto” entre un soberano ya constituido y la ciudadanía. (c) Los ciudadanos son titulares de “intensos” o “largos” derechos constitucionales que tienen un carácter definitorio del mismo orden constitucional, y por lo tanto incluso de la soberanía.

Ahora bien, el presente proyecto de Constitución europea no satisface a ninguna de las tres exigencias del constitucionalismo de los Modernos. (i) No somete el *gubernaculum* –los poderes públicos– a un proceso de constitucionalización, ya que el poder más relevante queda en manos del Consejo europeo que permanece irresponsable hacia cualquier institución *comunitaria* europea. (ii) El procedimiento de emanación del proyecto ha sido en gran medida de carácter intergubernamental o de carácter burocrático y tecnocrático –a pesar de las novedades presentes en el método de la Convención de Giscard¹⁵. Es decir, estamos en frente a un texto *octroyé* –que representa a lo mejor un pacto entre los Ejecutivos, la burocracia comunitaria, y unos autoproclamados representantes de los pueblos–. (iii) Los ciudadanos sí tienen derechos fundamentales, pero éstos no comprenden los derechos políticos –que están sometidos plenamente a la autoridad, al *gubernaculum*, de los Estados miembros–.

El hecho mismo de que un vocablo bastante singular, *governance*, aparezca en el proyecto para definir su forma de gobierno señala –me parece– el carácter “distinto”, y –cabe añadir– “antiguo” del constitucionalismo de la Unión europea. Se afirma que la Unión persigue la “*good governance*”. La transparencia de los trabajos de las instituciones –se dice en el artículo I-50– se respetará “a fin de fomentar una buena gobernanza”. Pero, ¿qué significa “gobernanza”? No es el equivalente de “gobierno” en sentido constitucional (uno de los tres poderes del Estado), ya que la mención de este último reenviaría y supondría una constitucionalización plena y articulada de aquel o por lo menos plantearía la cuestión de dicha constitucionalización.

¹⁴ Véase B. A. ACKERMAN, *We the People, Vol. 1, Foundations*, Belknap Press, Cambridge, Mass. 1991.

¹⁵ Cf. O. DUHAMEL, “Convention versus IGC”, *European Public Law*, núm.. 11, 2005, pp. 55 ss.

“Gobernanza” significa más bien gobierno *informal*, gobierno no sometido a las formalidades de un verdadero derecho constitucional¹⁶; significa en una palabra –me parece– *gubernaculum*. El hecho que éste se presente hoy a través de un neologismo, y tal vez bajo las vestes de una doctrina posmoderna que dice querer salir de los viejos y estancados paradigmas del Estado, no le quita por cierto su claro y en cierta medida rancio olor a antiguo.

MASSIMO LA TORRE

Università degli Studi di Catanzaro
Departamento di Scienza e Storia del Diritto
Viale Pio X, 250
88100 Catanzaro
Italia
e-mail: mlatorre@unicz.it

¹⁶ Cf. A. MENÉNDEZ, “Between Laeken and the Deep Blue Sea. An Assessment of the Draft Constitutional Treaty from a Deliberative-Democratic Standpoint”, *European Public Law*, núm. 11, 2005, p. 126.



