

**LA
CONSTITUCIONALIZACIÓN
DE LA COMUNIDAD
INTERNACIONAL**

**ANNE PETERS
MARIANO J. AZNAR
IGNACIO GUTIÉRREZ**
(eds.)



tirant lo blanch

Valencia, 2010

SUMARIO

Presentación	11
--------------------	----

De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional

IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

I. La Constitución y el Derecho constitucional	15
II. Constitución y Estado	19
III. Sin Estado no hay Constitución	27
IV. El Estado constitucional como pretensión normativa	35
V. La estatalidad abierta como tipo empírico	40
VI. Las vías del pluralismo	47
VII. Bases institucionales para una Constitución europea	54
VIII. Constitución europea	63
IX. Principios y estructura del Derecho constitucional europeo	67
X. Constitución, constitucionalización, constitucionalismo y Derecho constitucional de la Comunidad internacional	82

La Comunidad internacional

CHRISTIAN TOMUSCHAT

I. Inventario	93
II. Cuestiones de principio	100
III. Las funciones fundamentales de la Comunidad internacional	103
IV. Consideraciones finales	117

La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional

BARDO FASSBENDER

I. Introducción	121
II. El Derecho internacional al servicio de la razón de Estado	125
III. “Antiguo” y “nuevo” Derecho internacional: coexistencia y cooperación de los Estados en la era de las Naciones Unidas	127
IV. La “Comunidad internacional” – desarrollo de una idea por parte de la ciencia del Derecho internacional	130

V. Normas del Derecho internacional actual orientadas al bien común	135
VI. El contenido material del bien común de la Comunidad internacional.....	152
VII. Problemas y perspectivas	162

Las consecuencias de la globalización para el debate constitucional europeo

CHRISTIAN WALTER

I. Ejemplos de efectos jurídicamente relevantes de la globalización	176
II. Función y significado de la Constitución en el Estado nacional.....	183
III. Pérdida de unidad a través de la globalización: del Estado nacional soberano al Estado integrado y jurídicamente vinculado	189
IV. Consecuencias para la discusión constitucional europea...	203

Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales

ANNE PETERS

I. La tesis: la des-constitucionalización doméstica/nacional debida a la globalización debería y podría ser compensada a través de la constitucionalización del Derecho internacional.....	208
II. Algunas definiciones: “constitución”, “constitucionalización” y “constitucionalismo”.....	210
III. Una mirada más cercana a las constituciones estatales....	215
IV. Diferentes fenómenos en la constitucionalización del Derecho internacional.....	218
V. Micro-constitucionalización en las organizaciones internacionales	232
VI. Enlazando los discursos nacionales e internacionales sobre las constituciones.....	238
VII. Tendencias anti-constitucionales	246
VIII. Hacia una reconstrucción constitucionalista del Derecho internacional	252

SUMARIO

9

En torno a la unidad sistémica del Derecho internacional

MARIANO ÁZNAR

Introducción.....	263
I. La especialización del Derecho internacional actual	266
II. La unidad sistémica del Derecho internacional actual.....	281
III. Conclusión	298
Notas biográficas	313

PRESENTACIÓN

La concepción de la soberanía estatal que ha determinado hasta ahora el Derecho público implica su escisión en Derecho interno y Derecho internacional, cuyos desarrollos respectivos han podido resultar así diacrónicos y heterogéneos, cuando no simplemente divergentes.

Las transformaciones económicas, sociales y políticas que viene experimentando el mundo en las últimas décadas, simplificadas mediante el término *globalización*, ponen en cuestión, sin embargo, la capacidad descriptiva y la vigencia normativa de tal concepción clásica de la soberanía. En particular, cobra inusitada complejidad la articulación de los dos sectores del ordenamiento antes mencionados. Los vínculos entre Derecho comunitario europeo y Derecho interno de los Estados miembros son ya conocidos; pero constituyen sólo un supuesto, aunque en verdad eminente, de los múltiples desarrollos en los que se enredan inextricablemente los Estados individuales y la Comunidad internacional, ya en su conjunto, ya en algunas de sus formaciones particulares.

Ahora bien, con esas nuevas conexiones cambia también la naturaleza misma de los elementos en relación, que ya no cabe concebir como esferas independientes: más que nunca se hacen inteligibles sólo en su vinculación recíproca. Si ello es aplicable a los Estados más implicados en tales procesos, que han pasado a caracterizarse en forma de *estatalidad abierta*, igualmente se predica de las relaciones internacionales. Los Estados que las determinan se han transformado, en virtud de esa *estatalidad abierta*, en organizaciones ceñidas por una tupida red de vínculos jurídicos. Su acción internacional, antes libremente creadora de Derecho, tiende a convertirse de este modo en desarrollo, configuración, concreción e incluso mera aplicación de tal ordenamiento internacional, que ya no resulta disponible para ellos. Surge así la referencia a una *constitucionalización* de las relaciones internacionales, como complemento inmediato de su cada vez más intensa juridificación. Paralelamente, la Comunidad internacional deja de ser una figura retórica que encubre las relaciones de poder que mantienen entre sí los Estados soberanos para cobrar, a través del Derecho, consistencia propia.

Todos estos procesos son bien conocidos. Y ya es evidente para los constitucionalistas, por ejemplo, que no pueden seguir desarrollando su tarea de espaldas al Derecho europeo; pero lo cierto es que aún no se ha asentado entre ellos la conciencia de la necesaria atención al Derecho internacional. Quizá les resulte más fácil aceptarlo si se dan cuenta del importante papel que les corresponde en su desenvolvimiento; porque la mencionada *constitucionalización* de las relaciones internacionales presupone que cabe proyectar algunos de los elementos que componen el concepto de Constitución más allá de los confines del Derecho estatal interno. Y la discusión de esa tesis requiere la participación de los estudiosos del Derecho constitucional.

Por su parte, la novedosa transformación de las relaciones propias de la *Sociedad internacional* en una *Comunidad internacional* —analizada por la teoría general del Derecho internacional y de las relaciones internacionales— quizá pueda ser mejor comprendida con la ayuda del acervo conceptual de una disciplina, como el Derecho constitucional, acostumbrada a sustantivar las relaciones de poder. Pero, al mismo tiempo, la contribución de los internacionalistas es inexcusable para determinar el concepto de Constitución que resulta finalmente operativo, también para el ámbito del Derecho interno, en las nuevas circunstancias históricas.

Porque el término *Constitución* no es unívoco, y su significado ha variado notablemente a lo largo del tiempo. Ni siquiera el éxito (siempre relativo) de las constituciones normativas en los Estados constitucionales contemporáneos puede detener la Historia. Como ya advirtiera hace tiempo Miaja de la Muela, no es fácil ni automáticamente trasladable al orden internacional toda una terminología aceptada o consolidada en los derechos internos. Ahora, con las transformaciones a las que hemos aludido, parece evidente que no estamos ante un simple uso analógico de dicha noción en el campo del Derecho internacional, ante una extrapolación que deja intacto el objeto, alcance y sentido del concepto en su ámbito de origen, el Derecho interno. Nos enfrentamos más bien a la necesidad de reconstruir juntos un concepto operativo que haga justicia tanto al legado histórico que la palabra condensa como a las profundas transformaciones que hoy experimentan las realidades políticas y los sistemas jurídicos; que haga justicia finalmente, y esto no es menos importante, a las expectativas de futuro que la idea de Constitución está en condiciones de evocar.

Un diálogo de tal género, en el que participan en pie de igualdad constitucionalistas e internacionalistas, se desarrolla en Alemania con particular viveza durante los últimos años, quizá en parte gracias a la concurrencia de dos circunstancias favorables. De un lado, la clásica pasión alemana por los conceptos, su proverbial empeño en el refinamiento dogmático. De otro, el hecho de que no se produzca allí la compartimentación entre áreas del saber que tan a menudo encorseta a la doctrina española. La célebre *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* no distingue entre profesores de Derecho estatal interno y de Derecho internacional público; las cátedras raramente se denominan mediante una sola referencia, sea ésta Derecho internacional, constitucional, administrativo, financiero, incluso Filosofía del Derecho o, genéricamente, Derecho público; y sus titulares, sin perjuicio de especializaciones particulares, no eluden ninguno de los ámbitos comprendidos en tan ambiciosos rótulos. Apenas cabe decir, en definitiva, que las divisiones académicas entorpezcan el debate.

Este libro pretende justamente, con el apoyo de dicha experiencia alemana, promover un diálogo similar entre los profesores españoles. La identidad de sus tres editores bien puede ser en este sentido significativa. Del debate alemán hemos rescatado cuatro textos que, a nuestro juicio, dejan adecuada constancia de las posiciones más innovadoras. Christian Tomuschat, con una de las primeras contribuciones a estos recientes desarrollos, aporta no sólo su *auctoritas* como maestro del Derecho internacional público, sino también una perspectiva funcional característica de los análisis jurídico-constitucionales; Bardo Faßbender profundiza en los ingredientes materiales de ese nuevo Derecho constitucional de la Comunidad internacional; Christian Walter pone de manifiesto las limitaciones del concepto clásico de Constitución —estatal o, si se quiere, también europea— para hacer frente a los nuevos desafíos; Anne Peters analiza las posibilidades y los límites de ese nuevo proyecto de constitucionalización de las relaciones internacionales. Dos enfoques complementarios desde España describen cómo y en qué medida se ha ido abriendo el Derecho constitucional a estas nuevas perspectivas (Ignacio Gutiérrez) y qué posibilidades de unidad sistémica ofrece al Derecho internacional el nuevo y abigarrado panorama (Mariano Aznar).

El proyecto, aunque gestado en relaciones de amistad entre los editores, responde, por supuesto, a un interés compartido por estos

desarrollos. Nuestro primer agradecimiento debe dirigirse a los demás autores que han accedido a que incluyamos en este libro sus contribuciones. Pero, naturalmente, nuestra gratitud será aún mayor para cuantos lectores acojan la invitación al diálogo que este libro supone y colaboren, mediante desarrollos concordantes o críticos, en la depuración de nuestras propias reflexiones.

ANNE PETERS

Universidad de Basilea

MARIANO J. AZNAR

Universitat Jaume I de Castellón

IGNACIO GUTIÉRREZ

UNED

De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional

IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

Sumario: I. La Constitución y el Derecho constitucional. II. Constitución y Estado. III. Sin Estado no hay Constitución. IV. El Estado constitucional como pretensión normativa. V. La estatalidad abierta como tipo empírico. VI. Las vías del pluralismo. VII. Bases institucionales para una Constitución europea. VIII. Constitución europea. IX. Principios y estructura del Derecho constitucional europeo. X. Constitución, constitucionalización, constitucionalismo y Derecho constitucional de la Comunidad internacional.

I. LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

¿Cabe hablar de un verdadero *Derecho constitucional* referido a la *Comunidad internacional*? ¿Dispone acaso dicha Comunidad de una *Constitución* en el sentido propio del término? ¿Existe una al menos en la Unión Europea, o puede siquiera aspirar a dotarse de ella? Pero, quizá antes de todo eso: ¿está en condiciones de valorar y responder las preguntas anteriores un *constitucionalista*, cuya referencia es *la Constitución estatal*? ¿No nos encontraremos quizá ante un mismo término, *Constitución*, cuya eventual aplicación en ámbitos distintos impondría igualmente diferenciar sus significados?

El objetivo de este estudio no es decidir, desde el Derecho constitucional (*del Estado*), sobre la aplicabilidad del concepto de Constitución, de *su* concepto de Constitución, en el marco del Derecho europeo o del internacional; sino, más bien, constatar en qué modo y medida los nuevos usos del término en los mencionados ámbitos se articulan con ciertos debates doctrinales abiertos en la propia doctrina del Derecho constitucional, que a continuación expondremos sintéticamente con pretensiones más descriptivas que normativas¹.

¹ Aunque no parezca necesario justificar adicionalmente tal “distancia histórica” respecto de desenvolvimientos doctrinales no ya recentísimos, sino plenamente actuales, sí es obligado señalar que las lecturas aquí

Porque, bien mirado, quizá no sea ya posible preguntarse si la palabra *Constitución* merece o no al menos dos entradas diferentes en los diccionarios jurídicos, sólo una de las cuales sería propia de la específica *ciencia del Derecho constitucional*. Pues ocurre, en realidad, que desde otras disciplinas se analiza igualmente el sentido del Derecho constitucional, que podría haberse modificado hasta dar cabida no sólo, como hasta ahora, a los ordenamientos jurídicos fundamentales de las comunidades estatales, sino también al de la Unión Europea o incluso al de la Comunidad internacional. Mientras que, por su parte, los debates actuales en el seno de la doctrina del Derecho constitucional atestiguan una cierta *predisposición objetiva* al diálogo con otras disciplinas jurídicas, no ya sobre el concepto de Constitución, sino, lo que seguramente importa más, sobre la orientación y el sentido del Derecho constitucional; aunque, por supuesto, no todos los autores acojan tal perspectiva con entusiasmo.

Como doctrina de referencia para estos debates cabe acudir a la alemana, donde podría estar más clara la importancia del Estado (*Staat*) y de la teoría del Estado (*Staatslehre*) para lo que allí recibe la denominación de Derecho del Estado (*Staatsrecht*) y teoría del Derecho del Estado (*Staatsrechtslehre*)², ámbitos en los que se incluye el Derecho constitucional. Pero ese mismo espacio comprende en Alemania, además, el Derecho europeo y el internacional público, junto con, por ejemplo, el Derecho financiero o el administrativo, con sus múltiples posibilidades de especialización; la mayor parte de los profesores no sólo debe asumir tareas docentes en todas esas materias,

reflejadas se realizaron fundamentalmente durante una estancia investigadora en el *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* con sede en Frankfurt am Main, bajo la dirección del prof. Michael Stolleis. Sus orientaciones han contribuido a dotar a estas páginas de su perfil definitivo, pero también es preciso hacer aquí referencia a las fructíferas conversaciones mantenidas con algunos jóvenes colaboradores del Instituto, a la atención que generosamente han prestado a mis planteamientos, entre otros, los profesores Erhard Denninger, Dieter Grimm, Oliver Lepsius, Heinz Mohnhaupt, Christoph Möllers, Anne Peters, Christian Tomuschat, Thomas Vesting y Rainer Wahl, y especialmente al siempre renovado estímulo intelectual de mi maestro, Antonio López Pina.

² Cfr. por ejemplo, dentro de nuestro ámbito temático, Chr. Tietje, "Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung", *DVBl* 118, 2003, pág. 1081 s.

sino que desarrollan sus investigaciones sin tomar en consideración fronteras disciplinares que nos resultan habituales en España. Esas circunstancias dotan de centralidad y fluidez a las controversias sobre nuestra cuestión, que se han extendido y agudizado allí a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el Tratado de Maastricht³. De ella se ha hablado ya suficiente⁴, aunque quizá merezca la pena destacar una vez más la paradoja de que fuera una sentencia del Tribunal Constitucional la que devolviera protagonismo a los debedores del positivismo jurisprudencial, a quienes con vehemencia defienden la centralidad del Estado y de la teoría del Estado frente a un Derecho constitucional obsesionado a su juicio con la normatividad de la Constitución.

Entretanto, la doctrina española del Derecho constitucional se ocupa ante todo, y quizá sea comprensible, del Derecho constitucional español; que, por más que no se agota en el texto de la Constitución de 1978, sí resulta decisivamente orientado por ella⁵. Incluso una teoría de la Constitución que pretendiera ir más allá del Derecho constitucional positivo, si buscara inspiración en la doctrina alemana, habría de partir sin embargo, como nos informaba Hesse, de la “Constitución actual, individual y concreta”⁶, y tendría que re-

³ Dice W. Hertel, “Die Normativität der Staatsverfassung und einer Europäischen Verfassung. Ein Beitrag zur Entwicklung einer Europäischen Verfassungstheorie”, *JöR* 48, 2000, págs. 239 s.: “A propósito de la sentencia sobre el Tratado de Maastricht del Tribunal Constitucional Federal alemán tuvo lugar en la doctrina alemana del Derecho del Estado una verdadera ‘guerra de religiones’ entre los dos conceptos de Constitución”; los diferentes supuestos metodológicos que aquí trataremos de aclarar impedían, a su juicio, que el debate condujera a la solución del conflicto mediante el convencimiento del adversario.

⁴ Cfr. sólo, ya con cierta perspectiva, el comentario de A. v. Bogdandy, “Das Leitbild der dualistischen Legitimation für die europäische Verfassungsentwicklung. Gängige Missverständnisse des Maastricht-Urteils und deren Gründe (BVerfGE 89, 155 ff.)”, en *KritV* 83, 2000, págs. 284 ss., un volumen consagrado por esta revista a la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht con motivo de la publicación del tomo 100 de su colección de sentencias; y J. Baquero Cruz, “The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement”, *European Law Journal* 14, 2008, págs. 389 ss.

⁵ Por todos P. Cruz Villalón, “El ordenamiento constitucional”, en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid: CEPC, 1999, págs. 119 ss.

⁶ K. Hesse, *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid: CEC, 1983, pág. 4.

sultar, en términos del no menos influyente Böckenförde, *constitucionalmente adecuada*⁷. Pues bien, nuestra Constitución comienza proclamando que “España se constituye en Estado social y democrático de Derecho” (art. 1.1 CE), que “la soberanía nacional reside en el pueblo español” (art. 1.2 CE), que “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española” (art. 2 CE). *Estado, soberanía, pueblo, nación*: tales habrían de ser los pilares de nuestra teoría de la Constitución.

Ahora bien, ¿poseen tales fundamentos firmeza suficiente como para sustentar un Derecho constitucional que dé respuesta a los problemas efectivos que se plantean en la actualidad? Quizá cupiera esquivar esta pregunta señalando que, en cualquier caso, tal respuesta, más o menos eficaz, sería la única que puede ofrecer en España el Derecho constitucional, en cuanto sustentada por el texto de la Constitución. Y es cierto que la Constitución de 1978 sigue proyectando sobre la realidad su pretensión de efectividad normativa. Sin embargo, si constatáramos que esa pretensión no encuentra correspondencia en la realidad, si ésta suscitara cuestiones que la Constitución no acierta a resolver, ¿enmudecería en ese momento el Derecho constitucional? ¿Delimita acaso el texto de la Constitución, su interpretación y aplicación, el círculo máximo de intereses que puede comprender la disciplina científica? Al menos en hipótesis, y de modo semejante a cómo el *Derecho civil* ha dejado ya hace tiempo de ser el Derecho del *Código Civil*, ¿puede concebirse un *Derecho constitucional* que no sea ante todo el Derecho del *código constitucional*? ¿Es acaso posible que no sean primariamente *las normas* y sus peculiaridades formales, sino *los problemas reales* o *los principios ideales* quienes determinen la identidad *constitucional* de una cuestión jurídica? ¿No será necesario preguntarse, más que por la *efectividad de las normas*, por la *eficacia del Derecho* (constitucional)⁸?

Con todo ello se pone en cuestión que el objeto del Derecho constitucional sea necesariamente *la Constitución del Estado*. O, si se quiere, se abre la posibilidad de esbozar un concepto de Constitución que, sin menoscabo de las singularidades del documento constitucio-

⁷ E.-W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden: Nomos, 1993, págs. 37 ss., 66 ss.

⁸ Cfr. J. J. González Encinar, “La Constitución y su reforma”, *REDC* 17, págs. 373 ss.

nal vigente en un concreto Estado, sea capaz de trascenderlo. Podría comenzarse tornando una vez más a la distinción entre acepciones formales y materiales de Constitución, o bien entre la *Ley constitucional* en vigor y la *Constitución* que, incluso entendida como realidad normativa, exige un tratamiento diferente. Pero en absoluto procede volver aquí sobre los antecedentes de tales distinciones, por ejemplo sobre Schmitt o sobre Heller, que también aislaba la Constitución escrita como un simple fragmento de la Constitución total; menos aún estamos en condiciones de aportar una formulación propia a la altura de los tiempos, aunque ya se cuente con materiales para apoyarla⁹. Nuestra única pretensión en este momento es poner de manifiesto que no cabe descartar la perspectiva de un *Derecho constitucional para la Comunidad internacional*, al menos por parte de quienes estén dispuestos a renunciar a la fácil delimitación del Derecho constitucional a partir de la Constitución concretamente vigente en cada Estado y, dejándose llevar por el aliento de algunas orientaciones doctrinales clásicas, abran la vista, tanto tiempo capturada por la norma, a la realidad y a las ideas.

II. CONSTITUCIÓN Y ESTADO

La Constitución normativa nace y se desarrolla en “el mundo del Estado nacional soberano” que, al decir de Konrad Hesse, ya “ha entrado en su ocaso. La Historia ha continuado su marcha alejándose de los terrenos donde arraigaba, que hasta ahora servían como sustrato seguro de la teoría del Estado y de la Constitución”¹⁰.

No procede repetir aquí por extenso la exposición, ya esbozada en otro lugar, sobre el modo en que el Derecho constitucional, relativamente emancipado de la noción de Estado, llega a ofrecer una or-

⁹ Cfr. sólo U. Volkmann, “El Derecho constitucional, entre pretensión normativa y realidad política”, *TRC* 21, págs. 187 ss.

¹⁰ K. Hesse, “Die Welt des Verfassungsstaates. Einleitende Bemerkungen zum Kolloquium”, en M. Morlok (ed.), *Die Welt des Verfassungsstaates. Erträge des wissenschaftlichen Kolloquiums zu Ehren von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Häberle aus Anlaß seines 65. Geburtstages*, Baden-Baden: Nomos, 2001, pág. 13.

denación fundamental para el Estado *y también para la sociedad*¹¹. Baste con señalar que, si parece indiscutible la vinculación histórica de los conceptos de Constitución y Estado¹², existieron además unas razones específicas por las que, en determinado momento y lugar, se destacó la *prioridad* del *Estado nacional* frente al *proyecto constitucional*¹³. El carácter circunstancial de tal primacía del Estado explica que la *teoría del Estado*, entendida como condición de posibilidad de la dogmática jurídico-pública, tenga indudable impronta alemana; hasta el extremo de que la disciplina recibe en Alemania la consideración de una especialidad nacional, sin parangón en otros Estados dotados de régimen constitucional, ajena en particular a las

¹¹ Nos remitimos aquí a I. Gutiérrez Gutiérrez, “Derecho constitucional para la sociedad multicultural”, en I. Gutiérrez (ed.), E. Denninger, D. Grimm, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid: Trotta, 2007, págs. 9 ss. Véase también A. López Pina, “De la idealización del Estado”, *Saber/Leer* 36, 1990, págs. 4 s.

¹² Es ineludible la cita de D. Grimm, por ejemplo “Ursprung und Wandel der Verfassung”, en J. Isensee, P. Kirchhof (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3.^a ed., Bd. I, Heidelberg: C.F. Müller, 2003, págs. 3 ss. Como ha señalado H. Mohnhaupt (“Verfassung I. Konstitution, Status, Leges fundamentales von der Antike bis zur Aufklärung”, en H. Mohnhaupt, D. Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Berlín: Duncker & Humblot, 2.^a ed., 2002, págs. 1 ss.), existe una relación incluso etimológica entre los términos de *Estado* y *Constitución*, que generan conceptos correlativos y complementarios; en alemán, por lo demás, se oscila entre la raíz germánica de *Verfassung* (documentada desde 1346, a partir de finales del siglo XV evoca especialmente la formación de un texto escrito) y la latina de *Konstitution*, cuya esencial sinonimia descansa sin embargo sobre una compleja historia a cuya exposición aquí hemos de renunciar (cfr. págs. 14 ss.; también D. Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2006, págs. 114 ss.). A ambos términos se une un tercero, el de “Ley Fundamental” (*Grundgesetz*), que en la República Federal adquiere nuevo sentido; sobre sus antecedentes cfr. de nuevo H. Mohnhaupt, op. cit., págs. 62 ss., y sobre todo “Von den ‘leges fundamentales’ zur modernen Verfassung in Europa. Zum begriffs- und dogmengeschichtlichen Befund (16. - 18. Jahrhundert)”, en H. Mohnhaupt, *Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2000, págs. 35 ss., pág. 71 para el paso del plural al singular en el S. XIX (un cambio que afecta igualmente al término “Konstitution”).

¹³ Cfr. O. Lepsius, “Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?”, *EuGRZ* 2004, págs. 370 ss.

importantes tradiciones francesa y anglosajona¹⁴. Permanece fiel a esa orientación, por ejemplo, el monumental *Handbuch des Staatsrechts* editado por Isensee y Kirchhof¹⁵, cuya concepción del Estado no puede ocultar la impronta schmittiana por más equívocos que quiera generar la apelación de uno y otro a Hermann Heller¹⁶. Y

¹⁴ Por todos A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlín: Duncker & Humblot, 2001, págs. 95 ss., y de nuevo O. Lepsius, op. cit. en n. 13, págs. 373 y 381. O. Jouanjan “Braucht das Verfassungsrecht eine Staatslehre?”, *EuGRZ* 2004 págs. 362 ss., explica detenidamente la ausencia en Francia de la teoría del Estado como disciplina jurídica autónoma, pese a la centralidad del Estado en la vida política francesa y a la germanizante *contribución* de Carré de Malberg en los primeros años veinte del siglo pasado, precisamente como un reflejo de la actitud antialemana que se manifiesta eminentemente en Duguit. La teoría del Estado elaborada, en cualquier caso, tanto por uno como por otro, por Hauriou o por Esmein, pronto habría quedado olvidada en Francia (dejando a un lado las excepciones de René Capitant y del *Tratado de Ciencia Política* de Georges Bourdeau), ya desde el *Tratado de Derecho constitucional* de Barthélémy y Duez (1926; cinco páginas dedican en la segunda edición, de 1933, a la teoría del Estado, en lugar de los tres volúmenes que ocupaba en el *Tratado* de Duguit).

¹⁵ Cfr. J. Isensee, “Staat und Verfassung”, en J. Isensee, P. Kirchhof (ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, cit. en n. 12, págs. 591 ss. La contribución de Kirchhof en el tomo VII del Tratado es decisiva para proyectar tal visión estatalista sobre el ámbito del Derecho comunitario, y se convierte en anticipo de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht de la que él mismo fue ponente; pero ya en el tomo I se puede comprobar la fundamental identidad de posiciones de los dos editores (P. Kirchhof, “Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten”, en J. Isensee, P. Kirchhof (ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, cit. en n. 12, págs. 775 ss.); sobre su concepción del Estado cfr. también “Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenbund”, en A. v. Bogdandy (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht - Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlín: Springer, 2003, págs. 909 ss.

¹⁶ J. Isensee, cit. en n. anterior, en la nota a pie de página 154, y el Tribunal Constitucional, inspirado por Kirchhof, cuando se le plantea la cuestión de la estatalidad alemana en relación con el Tratado de Maastricht; la invocación de Heller en un contexto que parecía reclamar más bien a Schmitt ha sido muy frecuentemente denunciada; cfr. sólo E. Denninger, “Menschenrechte und Staatsaufgaben – ein ‘europäisches’ Thema”, *JZ* 1996, pág. 586, n. 7; más en detalle sobre el postulado de la homogeneidad social, con referencia también a Kelsen, G. Lübbe-Wolff, “Homogenes Volk – Über Homogenitätspostulate und Integration”, *ZAR* 2007, págs. 121

estas tesis, para las cuales el Estado sigue siendo presupuesto central en la construcción dogmática del Derecho constitucional, siguen encontrando asimismo correspondencia en España¹⁷. Ahora bien, si se considera el conjunto de la doctrina, cabe apreciar que el cambio de las circunstancias históricas ha desplazado la primacía, desde la sustancia estatal, hacia los procesos encauzados por la Constitución¹⁸; como deduce en la propia Alemania Peter Häberle, con su especial sensibilidad para el espíritu de los tiempos, “hic et nunc, en el Estado constitucional, sólo hay tanto Estado como la Constitución determina”¹⁹.

ss. El curso seguido por la recepción alemana de Heller, que explica que haya podido ser traído aquí a colación, es explicado por O. Lepsius, “El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del Derecho político de la República Federal”, *Historia Constitucional (revista electrónica)* n° 9 (2008), <http://hc.rediris.es/09/articulos/pdf/14.pdf>.

¹⁷ Puede valorarse como una matizada recepción la recensión al *Tratado* de Isensee y Kirchhof publicada por J. J. González Encinar, “Derecho del Estado y Ciencia del Derecho del Estado”, *REDC* 41, 1994, págs. 333 ss. (cfr. págs. 338 ss., donde, en referencia crítica a K. Hesse, señala: “La Constitución es ‘Derecho constitucional’, no su objeto. El objeto del Derecho constitucional no es la Constitución, sino el Estado. (...) La Constitución no es un sistema cerrado sobre sí mismo, sino que es Constitución ‘del Estado’ y ‘para el Estado’). En el mismo contexto podrían situarse posiciones como las de C. de Cabo Martín, que concibe al “Estado como categoría jurídico-política unitaria y articuladora de todo el orden constitucional (...) lugar último de resolución del conflicto jurídico-político” (“Encuesta sobre la orientación actual del Derecho constitucional”, *TRC* 1 (1988), págs. 30 s.). Las transformaciones del Estado social tampoco impiden a A. Porrás Nadales considerar una cierta *teoría del Estado postsocial* como condición de posibilidad del desarrollo científico del Derecho constitucional (*Introducción a una teoría del Estado postsocial*, Barcelona: PPU, 1988, págs. 21 ss.). Ya situado ante la perspectiva de la globalización, late la misma posición también en P. de Vega García; porque, a su juicio, “sin Estado, como espacio político del contrato, una teoría de la libertad resultaba impensable” (“Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *REP* 100, 1998, págs. 53 s.); “continúa siendo el Estado el punto de referencia y el marco obligado donde se establecen los supuestos reguladores de la vida social y donde se definen y se expresan democráticamente los principios valorativos ordenadores de la convivencia” (págs. 13 ss.): “el Estado todavía no ha desaparecido y continúa siendo el único referente de la actividad política” (pág. 35).

¹⁸ Por todos, O. Lepsius, op. cit. en n. 16.

¹⁹ P. Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, 3ª. ed. actualizada y ampliada, Baden-Baden: Nomos, 2005, pág. 35, con referencia a los antecedentes de la fórmula en Arndt y Smend.

Tal “disputa por la primacía”, en cualquier caso, no necesariamente afecta a los rasgos esenciales que dotan de su respectiva identidad a los conceptos de Constitución y Estado, y tampoco pone en duda la vinculación entre ambos. Aunque sería injusto minusvalorar la relevancia que puede cobrar el desplazamiento de los acentos, por ejemplo al valorar la respuesta del Estado en situaciones de excepción, importa más aquí insistir en que también quienes anteponen la Constitución suelen colocarla por delante, precisamente, del Estado.

El carácter indisoluble del vínculo que une a la Constitución con el Estado suele apoyarse en consideraciones históricas. Aunque la referencia a la Constitución como logro evolutivo resulta reiterada en la doctrina alemana desde la aportación de Niklas Luhmann²⁰, en nuestro ámbito resulta más representativa la reflexión de Dieter Grimm, que también invoca a Luhmann²¹, y para quien la génesis del Estado constitucional consolida una estructura cuyos elementos resultan desde ese momento conceptualmente inseparables. Merece la pena exponer sus posiciones con algún detalle.

Grimm (págs. 4 ss.) distingue entre los conceptos empírico y normativo de Constitución, que se ocupan de las relaciones políticas *de facto* y *de iure*. El segundo de ellos alude a la norma especializada que regula la instauración y el ejercicio del poder político; pero no se identifica con cualesquiera disposiciones referidas al mismo, capaces incluso de limitar a quien lo ejerce; es preciso diferenciar, frente a la genérica *juridificación* del poder político, el significado preciso que tiene su *constitucionalización*: “La necesidad de juridificación

²⁰ N. Luhmann, “Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), págs. 176 ss.

²¹ D. Grimm, “Ursprung und Wandel der Verfassung”, cit. en n. 12, págs. 17 ss.; a este trabajo se refieren las páginas citadas entre paréntesis en los siguientes párrafos del texto. Las posiciones del autor en la materia, por lo demás, han sido decantadas a lo largo de una multitud de estudios de predominante orientación histórica; es suficiente con remitirse a los recogidos en *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit. en n. 12, págs. 27 ss., 45 ss., 107 ss. (con un detallado análisis de las fuentes relevantes para una historia del concepto de Constitución), 175 ss.. También cabe consultar “Vertrag oder Verfassung”, en D. Grimm, J. J. Hesse, R. Jochimsen, F. W. Scharpf, *Zur Neuordnung der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos, 1997, págs. 10 ss., o “¿Necesita Europa una Constitución”, *Debats* 55, 1998, págs. 5 ss.

surge allí donde hay poder. El que pueda ser satisfecha en forma de una Constitución depende de que se den los presupuestos necesarios y de que sea alcanzable el alto nivel de exigencia que la juridificación constitucional comporta” (pág. 40). Esa exigente noción de Constitución queda acuñada, a su entender, por las revoluciones de finales del siglo XVIII (págs. 4, 7 ss.), por más que algunos aspectos decisivos sólo se consoliden a lo largo del tiempo (por ejemplo la jurisdicción constitucional, págs. 16 y 23); las funciones de la Constitución se determinan igualmente en aquel contexto originario (págs. 17 s.). El concepto “logra en ese momento una cualidad completamente nueva, aunque de larga incubación”²². La unidad de los elementos que integran la Constitución resulta simbolizada por la propia unidad del documento constitucional escrito, subrayada en el constitucionalismo norteamericano²³. Cualesquiera que hayan sido las experiencias anteriores, eventualmente ligadas a las exigencias funcionales de los regímenes políticos preliberales, la transformación política y jurídica asociada a las revoluciones de finales del siglo XVIII quiebra la continuidad, incluso ante la pervivencia de elementos similares. Y los principios que identifican como una estructura el Estado constitucional contemporáneo inspiran la comprensión de todos sus componentes, también la de aquéllos que, como rémoras o anticipaciones, proceden del pasado.

La Constitución, de este modo, queda indisolublemente ligada a una serie de condiciones histórico-políticas cuyo surgimiento Grimm expone con detalle. En primer lugar sitúa la diferenciación de las relaciones políticas y su progresiva condensación en forma de Estado soberano; que, antes de las revoluciones liberales, bien pudo resultar ya limitado por ciertas leyes fundamentales, sin que éstas, sin embargo, puedan considerarse aún una Constitución (págs. 4 ss., 17 s.). En definitiva, “en la Constitución, el Estado nacional resultaba presupuesto” (pág. 18); “la identidad entre poder público y poder estatal representaba el presupuesto para que la Constitución pudiera cumplir su pretensión de juridificar de modo completo el poder político” (pág. 36); “la Constitución es (...) una forma específica

²² Esta frase es de H. Mohnhaupt, “Verfassung I”, cit. en n. 12, pág. 5.

²³ Cfr. sobre esto también N. Luhmann, cit. en n. 20, págs. 181 s.; U. K. Preuss, *Revolution, Fortschritt, Verfassung. Zu einem neuen Verfassungsverständnis*, Berlín: Wagenbach, 1990, págs. 16 ss.

de juridificación del poder. Presuponía la concentración de todas las potestades públicas en el Estado” (pág. 40). La Constitución resulta así inseparable del Estado²⁴, por más que la determinación funcional de las notas características del concepto de Constitución obvie la presencia subyacente del Estado como presupuesto material para el cumplimiento de tales funciones²⁵.

La posibilidad de que el concepto de Constitución sea aplicable en el contexto de entidades no estatales que ejercen poder político depende, pues, de su aptitud para cobrar forma estatal. Con relación a la Unión Europea, cuya especial naturaleza política es fácil de

²⁴ Cfr. también D. Grimm, “Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung”, en M. Brenner, P. M. Huber, M. Möstl, *Der Staat des Grundgesetzes-Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, págs. 145 ss. (“las formas políticas preestatales de dominación no sólo no tenían Constitución. Tampoco podrían haberla tenido”); “¿Necesita Europa una Constitución”, cit. en n. 21, págs. 4 ss. (“Las constituciones conforman la base legal de los Estados”, comienza el artículo, y termina, como veremos de inmediato, corroborando la validez de la tesis); y, especialmente, *Constitutionalismo y derechos fundamentales*, cit. en n. 12, 182 ss., 202: “La Constitución moderna se refiere al Estado”.

²⁵ Tales notas características, situadas en estrecha interdependencia recíproca, serían las siguientes (pág. 25): “1. La Constitución ha de plantear una pretensión normativa de vigencia. Textos constitucionales que no buscan la vinculación jurídica no pueden ser tenidos en cuenta. 2. La vinculación jurídica debe referirse al establecimiento y el ejercicio del poder político. No basta con que queden vinculadas instancias secundarias, mientras que las superiores mantienen su libertad. 3. La vinculación jurídica debe ser completa, en el sentido de que fuerzas extraconstitucionales no pueden ejercer el poder legítimo, ni tampoco pueden proceder de procedimientos extraconstitucionales decisiones vinculantes. 4. Las vinculaciones jurídico-constitucionales deben operar en beneficio de todos los sujetos al poder, no sólo de grupos privilegiados. 5. La Constitución ha de diseñar los fundamentos de legitimidad del poder político. No es suficiente con que exista un fundamento de legitimación independiente de la Constitución. 6. La legitimación para el ejercicio del poder debe ser retrotraída a quienes están sujetos al poder. La legitimación mediante la verdad, en lugar de apoyada en el consenso, socava la Constitución. 7. La Constitución debe tener primacía frente a los actos de ejercicio del poder. No es suficiente con una Constitución que quede a disposición del legislador ordinario” (una formulación parcialmente diferente, ordenada igualmente en siete rasgos característicos, puede encontrarse también en “Vertrag oder Verfassung”, cit. en n. 21, pág. 13).

apreciar, la respuesta de Grimm es afirmativa: aunque en presente no quepa afirmar que dispone de una Constitución, “no es menos capaz de tener una Constitución que el Estado central en un Estado federal” (págs. 40 ss.)²⁶. Ahora bien, para que esta posibilidad se realizara habría de desplazarse el fundamento del poder en la Unión desde los Estados miembros hacia los ciudadanos, y con ello la Unión misma se habría transformado entonces en un Estado federal²⁷. “La Constitución sigue así pues referida al Estado”²⁸. La vinculación del término Constitución al carácter estatal que pueda alcanzar la Unión Europea subraya de nuevo que, para Grimm, no cabe alzar un concepto de Constitución que se sobreponga a sus circunstancias políticas originarias.

Nada de esto, conviene repetirlo, excluye la primacía de la Constitución, que no se limita a modificar el poder público, sino que propiamente lo constituye, por cierto también con referencia a sus medios y a sus tareas (págs. 11 ss., 17 ss.). La Constitución normativa instituye la diferencia, presupone la distancia y determina la naturaleza de la mediación existente entre realidad política y orden jurídico-constitucional (págs. 21 s.). Pero lo cierto es que, si desapareciera la forma política estatal, habrían quebrado las condiciones históricas que hicieron posible el orden constitucional, y entonces la Constitución misma, en el estricto sentido que corresponde al concepto, se tornaría imposible (págs. 22 s.). Se podrían utilizar la forma y la palabra, como de hecho ha ocurrido en el pasado para ciertos documentos pseudoconstitucionales, pero se habría desvanecido su significado propio (págs. 23 ss.). Por eso, dice Grimm, “el logro que supone la Constitución depende en su efectividad de que la diferencia entre el interior y el exterior permanezca clara, y de que las fronteras del

²⁶ Cfr. también “Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung”, cit. en n. 24, págs. 165 s. Ya en “Vertrag oder Verfassung”, cit. en n. 21, págs. 14, había constatado que la Unión, “sin ser ella misma un Estado, dispone de potestades públicas que tradicionalmente sólo los Estados poseían”; cfr. igualmente “¿Necesita Europa una Constitución”, cit. en n. 21, pág. 8.

²⁷ Cfr. también “¿Necesita Europa una Constitución?”, cit. en n. 21, págs. 14 s., y “Vertrag oder Verfassung”, cit. en n. 21, págs. 27 s., donde presupone para la norma constitucional la “competencia sobre las competencias”, y para la entidad política resultante la potestad originaria de recabar recursos financieros.

²⁸ D. Grimm, “Vertrag oder Verfassung”, cit. en n. 21, págs. 28 s.; “Necesita Europa una Constitución?”, cit. en n. 21, pág. 15.

Estado protejan eficazmente el territorio frente a actos ajenos de soberanía” (pág. 18), del mismo modo que “es esencial para el constitucionalismo la frontera entre lo privado y lo público”²⁹.

Las tesis de Grimm resultan en Alemania ampliamente compartidas; pero nuestro trabajo, como es natural, no pretende una documentación exhaustiva de las diferentes posiciones, sino sólo ilustrar el sentido de los debates mediante algunas contribuciones significativas. Aún así, citaremos aquí, ahora muy brevemente, sólo a otro autor por demás relevante. Para Hasso Hofmann, a finales del siglo XVIII algunas “viejas denominaciones se separaron de sus anteriores contextos y devinieron partes integrantes, aparentemente incuestionables, de un nueva explicación del mundo político, precisamente *la nuestra*”³⁰. Entre esos nuevos conceptos está el de Constitución, en cuyo desenvolvimiento histórico resultan fijadas algunas notas características: la vinculación entre Constitución y nación, su correlación con la idea del poder constituyente del pueblo, la idea de supremacía, su relación indisoluble con el Estado³¹.

III. SIN ESTADO NO HAY CONSTITUCIÓN

En todas estas consideraciones late quizá el célebre empeño alemán por abarcar la totalidad, o quizá sólo la más clásica idea de la *societas perfecta*³². Porque, en verdad, resulta determinante que los

²⁹ D. Grimm, “Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung”, cit. en n. 24, pág. 155.

³⁰ H. Hofmann, “Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffs”, en A. Blankenagel, I. Pernice und H. Schulze-Fielitz i.V.m. M. Kotzur, L. Michael, M. Morlok und R. Stettner (ed.), *Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, pág. 157, cursiva en el original.

³¹ Ibid., págs. 157 ss.; el autor reconoce, sin embargo, que todas esas características son problemáticas; el giro hacia la Constitución y la teoría de la Constitución, llevado a su plenitud, hace que “en el concepto jurídico moderno de Constitución se complete la idea de la autodeterminación del Derecho”: la Constitución se legitima por sí misma, el poder constituyente se desvanece en forma de mito (pág. 168). Cfr. igualmente su lección jubilar *Vom Wesen der Verfassung*, Berlín: Humboldt-Universität, 2002.

³² Cfr. al respecto R. Fernández Carvajal, *El lugar de la ciencia política*, Murcia: Universidad, 1981, págs. 141 ss., dónde la exigencia de “no romper la

conceptos de *Constitución y Estado* aparezcan como portadores del postulado de la *unidad política*: el Estado absoluto se la proporcionaba a las viejas *leyes constitucionales*, y la codificación constitucional se la garantiza normativamente al Estado con división de poderes, incluso en la época de la soberanía compartida. Sin embargo, tal plenitud del Estado constitucional parece hoy colocada entre interrogantes, al menos en el ámbito europeo al que exclusivamente se refiere este estudio; los desarrollos en otras partes del mundo, como es evidente, no necesariamente son equivalentes y sincrónicos.

No vamos a comentar aquí ciertos factores de disgregación que afectan a los fundamentos del poder unitario del Estado, y que ya habían sido puestos de manifiesto anteriormente; por ejemplo, cuando Böckenförde admite que “el Estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no puede garantizar”, al menos no sin poner en cuestión su carácter liberal³³. Francisco Ayala, al prologar en 1934 la *Teoría de la Constitución* de Schmitt, anticipaba lúcida-mente esta idea, e impugnaba ya entonces “la existencia política del Pueblo, totalidad homogénea que, *de hecho*, en la realidad político-social de hoy, quiebra por todas partes y se hace ilusoria”³⁴. La democracia constitucional, en la que los titulares de los derechos fundamentales se convierten en sujetos del poder, conduce al pluralismo, impone asumir la formación de minorías y la consecución de compromisos y obliga, en fin, a concentrarse en los aspectos institucionales y procedimentales de la legitimación del poder, en lugar de satisfacerse con la unidad sustancial del Estado como corporeización de la unidad de un pueblo.

unidad de la experiencia política” no está referida al objeto que denomina “grupos máximos” (págs. 163 ss.), sino que se orienta más bien al método de procesamiento de los problemas o “ultimidades sociales” (véase esp. la nota 221 en pág. 160). Muy iluminador sobre la relación entre objeto y método en el desenvolvimiento del constitucionalismo alemán a lo largo del siglo XX resulta O. Lepsius, cit. en n. 16.

³³ E.-W. Böckenförde, “Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation”, en su libro *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976, págs. 59 ss.; cfr. el desarrollo contenido en *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlín: Duncker & Humblot, 1978, págs. 23 ss. Un apunte al respecto en I. Gutiérrez Gutiérrez, cit. en n. 11.

³⁴ F. Ayala, “Presentación”, en C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza, 1982, págs. 13 ss.

Tampoco convertiremos en objeto inmediato de nuestro trabajo los cambios en la configuración y el alcance efectivos del poder estatal. Nos limitaremos a recoger las conclusiones de algunos análisis que atestiguan la residualidad de las funciones estatales frente al predominio de relaciones económicas y estructuras de información y comunicación definitivamente transnacionales, el debilitamiento de los *subsistemas estatales* en el marco mundial que integra el conjunto de *sistemas* sociales y, finalmente, la vacua pretenciosidad de la auto-presentación del Estado como eje articulador o incluso cúspide de la red de ordenaciones en concurrencia. Todo ello tiene consecuencias directas para la teoría de la Constitución; porque, y esto ha de ser subrayado frente a ciertas viejas caracterizaciones del Estado constitucional, éste ya no puede ser concebido, conforme a la clásica teoría de los elementos del Estado, como si sus fines y tareas fueran ajenos a su caracterización³⁵.

Un estudio como el de Helge Rossen-Stadtfeld, que analiza pormenorizadamente la inadecuación de la clásica imagen del Estado (territorio, población, poder, soberanía)³⁶ a las nuevas circunstancias, pone de manifiesto las dificultades a las que se enfrenta una teoría que pretenda limitarse a continuar la tradición. Tanto los Estados como el entramado político supranacional de la Unión Europea aparecen, desde esta perspectiva, abocados a la cooperación y a la negociación (págs. 55 ss.) dentro de una *red policéntrica*, no

³⁵ Cfr. St. Hobe, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, Berlín: Duncker & Humblot, 1998, págs. 426 ss.

³⁶ H. Rossen-Stadtfeld, "Demokratische Staatlichkeit in Europa: ein verblassendes Bild", *JöR* 53, 2005, págs. 45 ss. (a dicho artículo corresponden las páginas que en este párrafo se citan entre paréntesis). Desarrollos de estructura y resultados sustancialmente similares, por más que difieran en su valoración, en St. Hobe, op. cit. en n. 35, págs. 380 ss.; J. Kokott, "Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung", *VVDStRL* 63, Berlín: Walter de Gruyter, 2004, págs. 11 ss.; A. Peters, "Privatisierung, Globalisierung und Resistenz des Verfassungsstaates", en Ph. Mastronardi, D. Taubert (ed.), *Staats- und Verfassungstheorie im Spannungsfeld der Disziplinen*, *ARSP Beiheft 105*, págs. 116 ss., también sobre las transformaciones en el ámbito de las tareas públicas (págs. 121 ss.), el Estado de Derecho (128 ss.) y la democracia (135 ss.).

*jerarquizada y de estructura dinámica*³⁷; en ella concurren no sólo con municipios y regiones, la OTAN, la Organización Mundial de Comercio, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o las Naciones Unidas, sino también con múltiples sistemas autónomos (grandes empresas, mercados financieros, internet, la compleja red de organizaciones no gubernamentales ...) en principio situados al margen del poder público y que operan con notable independencia respecto de cualquiera de sus manifestaciones (págs. 47 ss.)³⁸. La *posición solitaria, unidad y legitimidad* del poder estatal a la hora de determinar e imponer conforme a Derecho sus propios fines ya no pueden considerarse incontrovertibles (págs. 46 ss.), pues la propia estatalidad, por lo demás internamente diferenciada (págs. 74 ss.), se conforma y desarrolla en el seno de relaciones de negociación y cooperación, perdiendo así su carácter autorreferencial (págs. 56 s.), mientras que la garantía de las regulaciones no estatales cuenta con recursos no menos eficaces que la coerción estatal (págs. 47 s.). Entiende pues Rossen-Stadtfeld que es preciso renunciar ya a la noción de soberanía (pág. 55)³⁹, y con ella a la orientación del Derecho constitucional y del Derecho público en general hacia un sujeto singular y unitario como el que aún se presupone en la teoría del Estado (pág. 57). Con el Estado se desvanece, a su juicio, no ya la Constitución estatal, sino el propio concepto de Constitución, en la medida en que está arraigado su entendimiento como ordenamiento fundamental omnicompreensivo y general (pág. 62). Del mismo modo, por cierto,

³⁷ Cfr. también, para esta conclusión, A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 125 ss., 176 ss., 215 ss., que como resultado de los procesos de globalización (págs. 130 ss.) y pérdida de jerarquía en el interior del Estado (págs. 133 ss.) concibe a éste, todo lo más, como “primus inter pares” (págs. 135 ss.); y Chr. Walter, “Constitutionalizing (Inter)national Governance – Possibilities for and Limits to the development of an International Constitutional Law”, *GYIL* 44, 2001, págs. 175 ss.

³⁸ Sobre la apertura del Derecho internacional a sujetos no estatales insiste también Chr. Tietje, op. cit. en n. 2, pág. 1092; pero véase también ya, desde la perspectiva de la teoría del Estado, nuestro clásico M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1985, págs. 149 ss.

³⁹ Como señala A. Peters, op. cit. en n. 14., págs. 147 s., la soberanía tiene que significar en los tiempos de la globalización algo sustancialmente diferente de lo que podía aprehenderse con el concepto en el siglo XIX; por eso resulta una noción inadecuada para percibir la complejidad de las relaciones actuales.

quedan desdibujados los perfiles clásicos de la democracia, a cuyo significado enfático y legitimador como “gobierno del pueblo” habría igualmente que renunciar en favor de un entendimiento normativo, como principio constitucional necesitado de concreción y de garantías (págs. 66 ss.).

En ese contexto se comprende también la disolución del Derecho del Estado que vaticina Thomas Vesting. Parte este autor de la esencial continuidad de la teoría alemana del Derecho del Estado desde que el positivismo se asienta a finales del siglo XIX; la Ley Fundamental no habría supuesto, a su juicio, un corte esencial, “por ejemplo en el sentido de pasar del Derecho del Estado al Derecho constitucional”⁴⁰. Porque el concepto de referencia para la construcción teórica y dogmática clásica era el *Estado de Derecho*, que ciertamente incorporaba al Estado nacional, pero al mismo tiempo lo vinculaba a un sistema jurídico autónomo y unitario. Éste resultaba ser más construcción de la ciencia jurídica que Derecho positivo, y sus lemas rezaban imperio de la ley, legalidad de la Administración, protección jurídica del individuo a través de tribunales independientes. De este modo, “orden político territorial y ordenamiento jurídico formaban una unidad en la fórmula orientadora Estado de Derecho” (págs. 43 ss.). Tal unidad, a su juicio, ya no puede ser mantenida (pág. 60) a la vista de la autonomía del Derecho europeo, desarrollado a partir de atribuciones funcionales de competencia (págs. 48 ss.), y de la creciente autonomización del Derecho internacional (págs. 52 ss.), con la que los Estados ya no resultan sólo *señores de los Tratados*, sino también sus *siervos* (pág. 54), y concurren con otros actores en la fijación de normas que, a veces, suponen ya un “Derecho global sin Estado” (pág. 58). “La teoría del Derecho del Estado y su sustrato, el Estado, no desaparecen. Pero en el futuro, dentro de no mucho tiempo, la teoría del Derecho del Estado no será centro, sino parte del Derecho público (public law), un nudo de comunicaciones en la novedosa red de comunicación jurídica de alcance mundial” (pág. 68). Entretanto, el Derecho público ya se va separando del Estado, deja de tener su norte en la ley estatal, y se estructura

⁴⁰ Th. Vesting, “Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung”, *VVDStRL* 63, Berlín: Walter de Gruyter, 2004, págs. 41 ss. De nuevo situamos en el propio texto, entre paréntesis, las referencias concretas a páginas de este trabajo.

como una red de geometría variable, con una lógica funcional propia para cada sector (pág. 59). Ya no cabe definir al Estado a partir de propiedades que se consideran independientes de y previas a la red de relaciones en la que se inserta (pág. 61)⁴¹. Tampoco tiene sentido conservar la referencia a la Constitución cuando entra en crisis la idea de supremacía y “falta incluso el ‘legislador’ estatal que pueda quedar vinculado a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales de rango superior” (pág. 63). En definitiva, la propuesta más coherente con la nueva situación (pág. 70) sería, a su juicio, la que ofrece Ladeur (págs. 64 ss.): una teoría reticular del Derecho ligada al pluralismo de ordenamientos jurídicos, capaz de atender a la creciente coimplicación de ordenamientos territoriales y funcionales sin jerarquías ni fundamentos últimos, sin ni siquiera niveles o centros de referencia estables, en la que finalmente se diluye incluso la frontera entre el Derecho público y el Derecho privado (salvo bajo una alusión genérica a los bienes o intereses públicos o comunitarios). Con ello se habría completado la autonomía del Derecho público frente al poder estatal, y el reto consistiría entonces en reconstruir un sistema conceptual con capacidad ordenadora que, por ejemplo, respondiera a los problemas de colisión entre ordenamientos: una “metadogmática del pluralismo jurídico” (págs. 65 s.). Justamente ese nivel de reflexión, que comprendería enfrentarse no sólo a los entrecruzamientos y conflictos entre normas, sino también entre diferentes concepciones de la Constitución e ideas constitucionales, es identificado por Eberhard, Lachmayer y Thallinger como *teoría de la Constitución*⁴².

Para Tietje, en fin, el Estado ya no puede pretender una supuesta exclusividad en la determinación y garantía del bien común, especialmente en la medida en que la vinculación internacional no depende ya de su sola voluntad⁴³. Un “sistema de Derecho interno e

⁴¹ Cfr. para esto también su artículo “Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft. Zu Hermann Hellers Idee einer politischen Organisation der Gesellschaft”, *Der Staat* 31, 1992, págs. 185 s.

⁴² H. Eberhard, K. Lachmayer, G. Thallinger, “Über Inhalt und Methode des Internationalen Verfassungsrechts als Wissenschaftsdisziplin”, en H. Eberhard, K. Lachmayer, G. Thallinger (Hsgb.), *Reflexionen zum Internationalen Verfassungsrecht*, Wien: WUV-Universitätsverlag, 2005, págs. 190 ss.

⁴³ Chr. Tietje, op. cit. en n. 2, págs. 1092 ss.

internacional como unidad funcionalmente vinculada” no implica monismo, sino recíproca influencia e interpenetración, cooperación y ausencia de jerarquía. “El punto de partida analítico para la investigación en la ciencia y en la teoría del Derecho ya no puede seguir siendo el Estado (...) La estatalidad hoy sólo y exclusivamente puede ser concebida en estructuras de cooperación internacionales y transnacionales”. La duda no es si subsiste o no: “En esta compleja estructura, corresponde al Derecho interno la muy significativa función de posibilitar y garantizar la efectividad de los mandatos jurídicos de cualquier procedencia. Pero el Derecho interno, que en consecuencia sigue siendo relevante, ya no es el centro del ordenamiento jurídico. Es parte necesaria de las mencionadas estructuras en red, pero no su punto de partida”. Y con ello queda planteado el problema de la legitimación, que ya no puede ser sólo la que en el Estado democrático deriva de la Constitución: ésta, que “ha perdido la exclusividad de su función ordenadora sobre un territorio, ya no puede servir como punto exclusivo de referencia para la legitimación y la legitimidad”.

Estas consideraciones que avizoran una radical superación del actual marco de referencias del Derecho constitucional no deben menospreciarse como meras hipótesis arriesgadas, al menos si se atiende a sus avales. Hesse constata que la vieja noción de soberanía “ya no puede ser más que el resultado de un pensamiento voluntarista, la mentira en la que vive el Estado”⁴⁴. Y Grimm reconoce que la supranacionalidad tiene sobre la Constitución un efecto doble: ésta, “de un lado, pese a su pretensión de vinculatoriedad general, regula el poder público que actúa en su ámbito de validez ya sólo parcialmente, en la medida en que aún es poder estatal. Y, de otra parte, no todo el Derecho vigente en el territorio de un Estado procede de las fuentes del Derecho reguladas en la Constitución (...), sin que la Constitución llegue a crear unidad”⁴⁵. En este contexto, considera preciso plantearse el incierto futuro de la Constitución estatal: “el proceso de desestatalización pone en cuestión no constituciones particulares, sino el constitucionalismo. El fundamento radica en

⁴⁴ K. Hesse, op. cit. en n. 10, pág. 14. Cfr. también, por ejemplo, E. Denninger, “Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa”, *JZ* 2000, págs. 1121 ss.

⁴⁵ D. Grimm, “Ursprung und Wandel der Verfassung”, cit. en n. 12, pág. 38.

la referencia de la Constitución al Estado⁴⁶. Su conclusión es notablemente escéptica: el Estado por sí solo apenas podrá preservar tal logro histórico y, aunque se ampliara su alcance territorial por ejemplo hasta los confines de la Unión Europea, la relativización de las fronteras que caracteriza el proceso de globalización impediría a la nueva entidad constitucional elevar una pretensión efectiva de juridificación plena de todo el poder público ejercido en su ámbito territorial específico; mientras que, por su parte, no existe en la comunidad internacional un haz consistente de poderes susceptible de ser constitucionalizado. Los datos obligan a “presumir que la Constitución, a despecho de su propósito, regresa a su condición de orden parcial sectorial y vuelve a adoptar rasgos de los antiguos, concretos y particulares vínculos de poder”⁴⁷.

En este mismo sentido, la llamada *Constitución de la Unión Europea* supone para Hofmann “el desmoronamiento del concepto específico de Constitución, vinculado a una época determinada, convertido en elementos susceptibles de ser aislados y combinados de modo novedoso”; “entonces se habla de constituciones parciales y de niveles constitucionales en una liga constitucional. Desde el punto de vista del concepto de Constitución, esto significa el retorno a la

⁴⁶ D. Grimm, op. cit. en n. 29, págs. 145 y 156 ss., sobre la transferencia de poder público a instancias no estatales que lo ejercen por procedimientos no estatales, como superación de las fronteras que separaban los territorios y las esferas pública y privada. En págs. 160 ss. concluye que son escasas las posibilidades de preservar el logro histórico que supone el constitucionalismo en el nivel de los Estados nacionales: “La Constitución estatal no tiene capacidad de influir material o formalmente sobre los actos jurídicos con eficacia en el Estado que proceden del exterior” (pág. 163). Cfr. igualmente op. cit. en n. 45, págs. 25 ss.; Grimm reconoce aquí que las convulsiones de la realidad, ya procedan de las nuevas exigencias de igual libertad en el marco del Estado social (págs. 26 ss.) o de los procesos de formación de voluntad en el llamado “Estado cooperativo de partidos” (págs. 31 ss.), desembocan en “crecientes obstáculos estructurales para la realización de un modelo constitucional riguroso (...) Habrá que acostumbrarse a que la Constitución sólo pueda colmar su pretensión normativa en medida limitada” (pág. 36). Todas estas ideas pueden verse ampliamente desarrolladas en *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit. en n. 12, págs. 31 ss., 72 ss., esp. 185 ss.

⁴⁷ D. Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit. en n. 12, pág. 41 (cfr. también 75 s.). Recupérese aquí igualmente el último inciso de la n. 12, supra.

pluralidad prerrevolucionaria de *leges fundamentales* e implica la renuncia definitiva al modelo ilustrado, al Derecho fundado en la razón, a una autodeterminación republicana en el sentido de Kant, esto es, mediante leyes generales válidas en igual medida para todos procedentes de un legislador representativo⁴⁸. Referirse a una Constitución al margen del Estado supone, a su entender, una *regresión*, porque no se alude con ella al “fundamento irreversible, último, unitario y exclusivo de un ordenamiento jurídico positivo”, al “texto normativo que legitima el ordenamiento jurídico y, en la medida en que aún resulta hoy posible, garantiza la unidad sistemática del Derecho”, al documento que establece la “organización, limitación y justificación del poder político o, más exactamente, la canalización de la incidencia política sobre el Derecho”⁴⁹.

En definitiva, si los cambios históricos no pudieran proyectarse sobre conceptualizaciones consolidadas como la que parece encarnada en la idea de Constitución, bien podrían tales conceptos, así petrificados, estar quedando relegados a mera evocación del pasado. La teoría que se apoyara en ellos no podría servir ya como fundamento de una ciencia del Derecho público a la altura del Derecho vigente y de la realidad que procura normar.

IV. EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO PRETENSIÓN NORMATIVA

La situación actual, sin embargo, resulta suficientemente ambivalente como para permanecer abierta a respuestas de corte estatista; al menos en la medida en que, como el propio Rossen-Stadtfeld reconoce, el Estado no sólo sigue monopolizando el empleo inmediato de la fuerza legítima, sino que también conserva formalmente sus estructuras organizativas y sus potestades, respaldadas además

⁴⁸ H. Hofmann, cit. en n. 30, págs. 170 s., con n. 52.; pero cfr. igualmente *Vom Wesen der Verfassung*, cit. en n. 31, pág. 24, donde atribuye valor de futuro al redescubrimiento del pluralismo y del federalismo en su originario sentido preestatal. Véase, por último, el panorama bellamente expuesto por M. Stolleis, “Vormodernes und postmodernes Recht”, *Merkur* 708, 2008, págs. 425 ss.

⁴⁹ H. Hofmann, “Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?”, *JZ* 1999, págs. 1071 ss., citas de la pág. 1074.

tanto por mecanismos singularísimos de legitimación democrática como por un no despreciable arsenal de símbolos y rituales⁵⁰. Si no fuera cierta, pues, la supuesta desaparición del Estado, quizá cupiera sostener que aún disponemos al menos de “bastante” Estado. Pero ocurre que el concepto mismo de Estado resulta refractario a tal determinación cuantitativa; con ella, el poder público abdica de su misma cualidad estatal, que conforme a la tradición del pensamiento jurídico-político implica potestad plena. Si se continúa hablando del Estado como centro de imputación jurídica, no se puede ya ver en él la encarnación de la idea de unidad.

En cualquier caso: quizá no quepa descartar aún como obsoleta cualquier perspectiva que se afane por mantener en pie los viejos conceptos, con tal de que ello no la lleve a desentenderse del curso de la Historia. En tal sentido es posible, por ejemplo, postular la pretensión de vigencia de aquellos conceptos frente a las nuevas circunstancias, convirtiéndolos en criterios normativos incluso más allá del Derecho positivo. Así, el intento de vincular el Derecho del Estado y el Derecho internacional al principio de soberanía no queda definitivamente excluido, “pero es una decisión de política del Derecho”, dice Julianne Kokott⁵¹. Como también señala Rossen-Staffeld, la estatalidad se defiende entonces con alcance más normativo que descriptivo: no porque de hecho pueda reconstruirse convincentemente como reducto de seguridad y democracia, sino porque se considera digna de ser conservada⁵². Del mismo modo, “el desarrollo de un paradigma alternativo de estatalidad europea (...) es un proyecto genuinamente político, que, frente al dominio de los criterios económico-funcionales, propugna el redescubrimiento de lo político y la reapertura de sus posibilidades”⁵³.

⁵⁰ H. Rossen-Staffeld, op. cit. en n. 36, págs. 46 y 57 respectivamente. Pese a ello, insiste en rechazar (págs. 60 s.) la unidad e identidad del Estado y, así, la noción de *estatalidad abierta* que más adelante se analizará aquí con cierto detalle. La “resistencia” del Estado es igualmente documentada por A. Peters, op. cit. en n. 36, págs. 146 ss.; y Chr. Walter, op. cit. en n. 37, págs. 170 s. Cfr. igualmente, por ejemplo, G.-P. Calliess, M. Mahlmann, “Der Staat der Zukunft. Eine Einleitung”, en el libro editado por ellos mismos *Der Staat der Zukunft*, Stuttgart: Steiner, 2002, págs. 10 ss.

⁵¹ J. Kokott, op. cit. en n. 36, págs. 35 s. para la conclusión aquí citada.

⁵² H. Rossen-Staffeld, op. cit. en n. 36, pág. 65, n. 101.

⁵³ *Ibid.*, págs. 63 s.; cfr. también I. Pernice, “Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung”, *JöR* 48, 2000, págs. 217 ss.

Y es que, como demuestra Erhard Denninger, la garantía inmanente del Estado social y democrático de Derecho reside precisamente en su comprensión unitaria; unidad que se pone de manifiesto, por ejemplo, al valorar la transcendencia de las prestaciones estatales (también en forma de servicios, organización y procedimiento) para dar efectividad a la libertad garantizada por los derechos fundamentales⁵⁴. A fin de cuentas, los derechos humanos se constituyen en factor legitimador de órdenes políticos determinados, que toman como referencia al hombre abstracto, pero lo configuran “como concreto sujeto de derechos humanos sólo dentro de la forma dominable y conocida de los propios órdenes jurídicos, constitucionales, valorativos”⁵⁵. Por ello, uno de los derechos más elementales es el de formar parte de una comunidad jurídica, que por cierto va unido al derecho a participar en el poder de esa comunidad⁵⁶; y de este modo surge una “conexión irrenunciable entre política de derechos fundamentales y democracia”⁵⁷. Pues bien, Denninger, confiando moderadamente en la capacidad de las reformas institucionales para generar un republicanismo europeo, cree posible sintetizar en este nuevo nivel las experiencias del Estado constitucional⁵⁸.

En este contexto, la dificultad de “configurar una identidad europea” de cierta intensidad, de definir materialmente “las bases de la cohesión europea”, no aparece como un problema “previo”⁵⁹, sino,

⁵⁴ E. Denninger, op. cit. en n. 16, págs. 587 ss.; “Menschenrechte zwischen Universalitätsanspruch und staatlicher Souveranität”, en *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden: Nomos, 1990, págs. 255 s., 265.

⁵⁵ E. Denninger, “Menschenrechte zwischen Universalitätsanspruch und staatlicher Souveranität”, cit. en n. 54, pág. 254.

⁵⁶ E. Denninger, op. cit. en n. 55, págs. 257 ss., que literalmente señala que “la pérdida de la ‘capacidad política’, por ejemplo mediante la retirada de la nacionalidad y de los derechos de ciudadanía (...), priva al hombre de una parte esencial de su existencia y lo convierte (...) literalmente en no-persona” (véanse más referencias en este sentido, alguna del propio Denninger, en mi estudio *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid: Marcial Pons, 2005, págs. 45 s, 54 ss., 197 ss.).

⁵⁷ E. Denninger, “Anmerkungen zur Diskussion um Europäische Grundrechte”, en *KritV* 83, 2000, págs. 145 ss.

⁵⁸ E. Denninger, op. cit. en n. 16, págs. 585 s.; op. cit. en n. 57, págs. 150 ss.

⁵⁹ En tal sentido sin embargo P. Cruz, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid: Trotta, 2004, pág. 37, en relación con la cuestión del *demos* europeo.

en términos de Habermas, como “un desafío”⁶⁰. “Ya hoy se percibe que sin democracia supranacional pronto dejará de haber también democracia nacional (...) Por muy utópico que pueda sonar: la única alternativa razonable consistiría pues, de hecho, en la democratización sin complejos de los nuevos regímenes constitucionales que se forman más allá de los Estados”⁶¹. Estamos con ello, una vez más, ante la propuesta de reproducir el vínculo entre unidad política y Constitución, no ante su superación.

La misma conexión entre derechos fundamentales y tareas públicas mediada por la idea de ciudadanía inspira igualmente las concepciones de la Europa constitucional presentes, esta vez también en España, en la obra de Antonio López Pina⁶². En efecto, el Estado constitucional que conocemos viene determinado por el postulado social⁶³, que pretendió garantizar jurídicamente un cierto equilibrio entre el poder político democrático y los intereses determinantes del orden económico capitalista; de este modo se vinculaban derechos fundamentales, tareas públicas y ciudadanía. Sin embargo, la globalización ha liberado al capital de las trabas que le habían sido impuestas y despojado al Estado de su capacidad para garantizar las condiciones materiales de la libertad. En contraste con la clásica relación entre *Estado social y democrático de Derecho y economía*, no se ha consolidado hasta hoy un poder político que contrapesa el (des)orden económico internacional. Pues bien, siendo imposible el

⁶⁰ J. Habermas, “Observaciones a ‘¿Necesita Europa una Constitución’”, *Debats* 55, 1998, págs. 22 ss.

⁶¹ H. Brunkhorst, “Verfasst ohne Verfassung. Europäische Union zwischen Evolution und revolutionärer Umgründung”, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2'04, págs. 212 y 219.

⁶² Dejando aquí a un lado sus publicaciones en alemán, nos atenemos a su formulación en A. López Pina, I. Gutiérrez Gutiérrez, *Elementos de Derecho Público*, págs. 55 ss. Los mismos presupuestos ya fueron anticipados en el artículo, también conjunto, “Preservación de la Constitución, reforma de los Tratados”, págs. 71 ss., y pueden encontrarse reproducidos y desarrollados en otros trabajos posteriores del autor, por ejemplo en A. López Pina, *Europa, un proyecto irrenunciable. La Constitución para Europa desde la teoría constitucional*, Madrid: Dykinson, 2004, págs. 214 ss.; *Los Tratados de la Unión Europea*, Madrid: Marcial Pons/INAP, 2007, págs. 65 ss.

⁶³ C. de Cabo Martín, *La crisis del Estado social*, Barcelona: PPU, 1986, pág. 17; *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, Vol. II, Barcelona: PPU, 1993, págs. 332, 341 ss.; *Contra el Consenso*, México: UNAM, 1997, págs. 221 ss.

retorno histórico, sólo cabe, a su juicio, estimular la formación de nuevas articulaciones de poder político, eventualmente capaces de restaurar los equilibrios perdidos. La Unión Europea puede ser entonces comprendida como la organización política más próxima capaz de determinar eficazmente las relaciones económicas y sociales en términos que ya no caben al Estado. Ahora bien, sólo unas instituciones democráticas podrán garantizar que esa tarea se oriente precisamente a la procura de condiciones materiales para el disfrute de una igual libertad, con la consiguiente operatividad del principio de solidaridad. Por todo ello, concluye López Pina, procedería abordar la posibilidad de alzar en Europa una nueva *República* bajo la inspiración de los acreditados principios constitucionales⁶⁴.

En un sentido similar cabe interpretar, finalmente, a Peter Badura, aunque el postulado democrático desempeñe en su exposición un papel más modesto. Precisamente esto le permite ver ya en Europa la *nueva unidad política* en la que se recupera la perdida unidad entre los espacios político, económico y social “a fin de asegurar en las nuevas circunstancias las condiciones del Estado del bienestar y la economía social de mercado. Como en el propio Estado, en Europa, como federación supranacional, la ‘economía abierta de mercado con libre competencia’ (art. 4 TCE) no es un fin en sí misma, sino que resulta instrumental para la *finalidad política* de la integración y para la garantía del pretendido ‘espacio de libertad, seguridad y justicia’⁶⁵.

⁶⁴ La tesis, formulada por el autor también en alemán (cfr. sólo “Die Bürgerschaft als Voraussetzung einer europäischen Republik. Rechtspolitische Reflexionen” en U. Battis, Ph. Kunig, I. Pernice, A. Ranzelzhofer (ed.), *Das Grundgesetz im Prozess europäischer- und globaler Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden: Nomos, 2000, págs. 75 ss.), no debe identificarse sin embargo con la propuesta, más próxima a la llamada *jurisprudencia de conceptos*, de A. v. Bogdandy, “Konstitutionalisierung des europäischen öffentlichen Rechts in der europäischen Republik”, *JZ* 2005, págs. 529 ss.

⁶⁵ P. Badura, “Verfassung und Verfassungsrecht in Europa”, *AöR* 131, 2006, págs. 432 s.

V. LA ESTATALIDAD ABIERTA COMO TIPO EMPÍRICO

Con Badura nos aproximamos, pues, a la posición de quienes procuran no una contraposición normativa, sino una síntesis, con capacidad descriptiva, de los viejos conceptos con las nuevas realidades. La correspondiente adaptación de los significados se puede verificar, por ejemplo, en la noción de “estatalidad abierta”, que proyecta sobre la identidad misma del Estado las transformaciones cuantitativas y cualitativas de las relaciones internacionales. Entre los múltiples esbozos en este sentido⁶⁶ destacan seguramente los desarrollos de Rainer Wahl⁶⁷.

A su juicio, la internacionalización y la europeización de los Estados supone, al menos para los integrados en la Unión Europea, una transformación sólo comparable a la que implicó el éxito de su constitucionalización; habla en este sentido de una *segunda fase* en el Derecho público alemán posterior a 1949⁶⁸. Ese *cambio fundamental de la estatalidad* estaba ya predispuesto por la Ley Fundamental desde sus orígenes, en especial por su art. 24, que encarna una consciente decisión constitucional en favor de la cooperación internacional y, como *norma llave*, permite la apertura a tales pro-

⁶⁶ El estudio sistemático de “la apertura del Estado constitucional hacia el exterior” fue desarrollado ejemplarmente ya en 1978 por Chr. Tomuschat, “Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen”, *VVDStRL* 36, Berlín: Walter de Gruyter, 1978, págs. 7 ss., 16 ss. para el epígrafe cuyo título coincide con el entrecorillado, que subrayaba la conexión, también jurídico-constitucional, entre el principio de libertad que inspira el Estado constitucional y la apertura de su sociedad a las relaciones internacionales: “Entre el interior y el exterior no debe desplegarse el telón de acero de la razón de Estado” (págs. 18 ss., 20 para la cita).

⁶⁷ Como guía de esta exposición tomaremos R. Wahl, “Europäisierung und Internationalisierung – Zum Verlust der schützenden Außenhaut der Souveränität”, en G. Folke Schuppert/I. Pernice/U. Haltern (ed.), *Europawissenschaft*, Baden-Baden: Nomos, 2005, págs. 147 ss.; las ulteriores citas del texto, salvo indicación diferente, proceden de este trabajo, en concreto de págs. 148 ss., 156 ss., 172 ss.

⁶⁸ R. Wahl, *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, Suhrkamp: Frankfurt am Mai, 2003, págs. 411 ss.; *Herausforderungen und Antworten: das öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, Berlín: De Gruyter, págs. 94 ss.

cesos⁶⁹. El Estado que forma parte de la Unión Europea se convierte en *Estado-miembro*, y en *Estado abierto* cuando reconoce “vínculos con elementos de un interés propio de la Comunidad internacional y vinculaciones recíprocas con los actores del nivel internacional, las organizaciones internacionales”. En el Estado nacional cerrado sobre sí mismo, las fronteras físicas se proyectaban sobre múltiples aspectos en términos difíciles de sobreestimar, y “la soberanía ilimitada era no sólo un elemento teórico de su estructura, sino más bien una cualidad que podía reconocerse en la realidad de muchos Estados”. Por el contrario, la pérdida de relevancia de las fronteras es hoy de tal magnitud que, “si nos preguntamos qué ámbitos vitales continúan fundamentalmente circunscritos por el límite de las fronteras nacionales, seguramente nos quedarían sólo, en definitiva, la dinámica política (interior) y los partidos”⁷⁰.

No resultan extrañas, pues, las recurrentes referencias al final del Estado, por más que la apreciación no sea exacta: lo que se ha producido es “una muy poderosa conformación y vinculación del Estado en conexiones mayores, progresivamente más tupidas, de naturaleza supranacional en Europa e internacional en el resto del mundo”. “Pero la pervivencia del Estado y la continuidad de la estatalidad son parte necesariamente integrante de ese desarrollo. Los Estados son la base de la arquitectura total”: “el camino hacia las estructuras supra e internacionales ha de pasar necesariamente por el Estado y por los Estados (...) El Estado es la base de todas las estructuras supranacionales y organizaciones internacionales”. Es verdad que pierde autonomía en la gestión de intereses cuya competencia ha sido transferida a otras organizaciones, e incluso en la ulterior coordinación de los asuntos que siguen bajo su competencia: sin control sobre la economía, por ejemplo, apenas cabe asumir la responsabilidad por la integración social o sobre el medio ambiente; más, por otro lado, el Estado, que por sí solo carecería de capacidad

⁶⁹ Cfr. también R. Wahl, *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, cit. en n. 68, págs. 7 s. (el artículo 24 supone en 1949 “nada menos que el incipiente y hoy completado giro que vuelve la espalda a la idea del Estado soberano”), esp. 17 ss.; Chr. Tomuschat, op. cit. en n. 66, págs. 16 ss.

⁷⁰ Estos cambios resumidamente también en R. Wahl, op. cit. en n. 69, págs. 88 ss.

para intervenir efectivamente en los procesos globales, la recupera mediante su participación en las organizaciones internacionales⁷¹.

Para un análisis más detallado de las funciones que corresponden al Estado en este contexto, Wahl se remite al escrito de habilitación de Stephan Hobe, que igualmente apela a la idea de la estatalidad abierta⁷². Este último autor entiende que tal noción responde a la necesidad objetiva de satisfacer en un régimen de cooperación internacional institucionalizada tareas públicas que ya no proyectan sólo los intereses estatales, y que en cualquier caso escapan al control de los Estados (págs. 390 ss.)⁷³. Ello no significa el final de la estatalidad, pese a la tendencial emancipación de las organizaciones e instituciones internacionales o supranacionales (págs. 432 ss.); las funciones que en este contexto quedan en manos del Estado son básicamente (págs. 403 ss., 421 ss., 440 ss.) decidir la transferencia de tareas y crear o adherirse a las instituciones u organizaciones adecuadas para afrontarlas; controlar la adecuación de la estructura y actividad de estas instituciones u organizaciones a los principios constitucionales básicos del propio Estado⁷⁴; desarrollar y ejecutar

⁷¹ Estas últimas ideas en R. Wahl, op. cit. en n. 69, págs. 45 s. En términos similares P. Badura, op. cit. en n. 65, págs. 431 s., que habla de una *metamorfosis* del Estado y de la estatalidad como respuesta a la necesidad de proteger y garantizar la libertad, la justicia y el bienestar en el contexto de la globalización y del desarrollo político y económico de Europa, pero destaca simultáneamente que Europa “vive de la fuerza política y de la democracia de los Estados miembros (...) *factores constituyentes* del proceso de integración europea”.

⁷² R. Wahl, op. cit. en n. 69, págs. 87 s., con remisión a St. Hobe, op. cit. en n. 35, pág. 380. En este párrafo del texto, las páginas entre paréntesis se refieren a este último libro. Sobre P. Saladin, *Wozu noch Staaten? Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt*, Berna: Stämpfli, 1996, cfr. la recensión de A. López Pina, “Hacia la unión política europea”, *Saber/Leer* 119, págs. 8 s.

⁷³ Cfr. igualmente J. Kokott, op. cit. en n. 36, págs. 24 ss., sobre la imposibilidad de que el Estado defina y afronte en solitario las tradicionales tareas estatales; al Estado le quedaría finalmente una función como, ciertamente inexcusable, “órgano de la Comunidad internacional”: “Mientras que la capacidad de influencia de los Estados particulares se tambalea, crece por momentos la importancia de su función al colaborar en la formación y servir a la ejecución del Derecho internacional y supranacional” (págs. 27 s.).

⁷⁴ Estas dos primeras funciones incorporan un indudable aspecto legitimador, cfr. págs. 419 ss.

las decisiones adoptadas por ellas con su propio aparato administrativo; y, finalmente, una función de identificación, que el autor relativiza al subrayar la pluralidad de referencias que se ofrecen al individuo como catalizadoras de identidad (págs. 407 ss.)⁷⁵.

Wahl insiste, sin embargo, justo en esta última función⁷⁶: “Es evidente que la intensa participación democrática en la forma que nos es conocida hasta ahora sólo se produce en el Estado, un ámbito reducido dentro de los grandes órdenes aquí considerados, y que hasta ahora era el único en el que resultaba posible formar comunidades. Por ello corresponde al Estado, también en el sistema político de varios niveles, una función de identificación, la función de ser el mediador principal de la pertenencia, aunque ya no pueda pretender incondicionalmente la representación exclusiva de los vínculos de lealtad e identidad”. Ello supone considerar al Estado como el lugar propio del proceso político, dado que “lo político no ha dejado de existir” y sigue siendo precisa “una ‘auténtica’ unidad política, entendida como la unidad que desempeña el papel fundamental en el proceso de integración e identificación de las personas, el núcleo de cristalización de tales procesos”. Ese centro político del proceso de integración, al que se orientan igualmente los procesos democráticos de formación de voluntad, tiene que ser necesariamente, a juicio de Wahl, el Estado: que ya no cubre sus tareas tradicionales ni ejerce en exclusiva el poder legítimo, pero continúa catalizando “el sentimiento de comunidad y la conciencia de pertenencia, como fundamentos imprescindibles y decisivos para la solidaridad y para la identidad cultural (...) las energías de los ciudadanos y las ciudadanas y sus necesidades de identificación, participación y articulación de ideas e intereses”, y asimismo ofreciéndoles “espacio para la acción común”⁷⁷.

⁷⁵ También relativizada en J. Kokott, op. cit. en n. 36, págs. 26 s.

⁷⁶ Cfr. a partir de ahora R. Wahl, op. cit. en n. 69, págs. 47 ss.; pero también, por ejemplo, su trabajo “Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?”, en H. Dreier (Hrsg.), *Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit. Symposium für Hasso Hofmann zum 70. Geburtstag*, Berlín: Duncker & Humblot, 2005, págs. 128 s. (traducido al castellano en *TRC* 18, 2006, págs. 105 ss.).

⁷⁷ Para esto cfr. también págs. 62 ss.; un desarrollo más amplio, más diferenciado y también menos empático, a partir de la idea de *Comunidad política*, en “Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?”, cit. en n. 76, págs. 142 ss.: “la democracia aglutina fuerzas reales y sólo puede

Una acción común, podríamos temer, guiada por una identidad autorreferencial y relativamente incapaz de determinar el entorno económico y social. Sin embargo, añade Wahl⁷⁸, ese Estado, como “*nivel primario y básico de integración*” al que se orientan los ciudadanos, ya no es un Estado cerrado; “al mismo tiempo, y en un modo determinante para su identidad, es Estado-miembro de la Unión Europea y activo participante y colaborador en tareas que afectan a los ciudadanos y a las ciudadanas, pero que sólo pueden ser satisfechas conforme a criterios internacionales”. Ello supone un reto para el proceso político estatal, que debe incorporar a su desarrollo, en el lugar que merecen, las tareas y actividades desarrolladas en el ámbito internacional. En definitiva, “el Estado es la pierna de apoyo, la participación en organizaciones internacionales (y supranacionales) es la pierna que juega (...) Es necesario, aunque ciertamente difícil, percibir y reconocer *dos* elementos de modo *simultáneo*, la realidad de un enorme cambio del Estado (...) y al mismo tiempo el significado que conserva ese Estado transformado”. No se trata, pues, de dejar atrás un fenómeno superado, sino más bien de una diferente conformación de la estatalidad mediante la aparición de nuevos elementos definitorios.

Si la estatalidad abierta configura al Estado que, precisamente haciendo uso de ciertas disposiciones constitucionales, enlaza con órdenes institucionales internacionales y supranacionales que condicionan y determinan decisivamente las relaciones sociales, políticas y económicas, “el Derecho del Estado, el europeo y el internacional son territorios complementarios que se integran recíprocamente; en su constelación conjunta se conforma el Derecho en el mundo”⁷⁹. “La clásica diferencia entre el interior y el exterior, entre el Estado soberano y las vinculaciones derivadas de los tratados internacionales, ha perdido su significado como orientadora y configuradora del sis-

aportar a la Constitución lo que ya existe como fuerza política real (...) Lo que la Constitución no produce ni puede producir es la voluntad de muchos de convertirse en comunidad política o de no hacerlo”. Sobre el Estado como refugio de la solidaridad que hace posible aceptar las decisiones democráticas, aunque perjudiquen los propios intereses, Chr. Tomuschat, op. cit. en n. 66, pág. 58.

⁷⁸ Las referencias de este párrafo proceden de R. Wahl, op. cit. en n. 69, págs. 50, 52, 62 ss., 75.

⁷⁹ Para este párrafo R. Wahl, op. cit. en n. 69, págs. 8, 13, 83 ss., 91.

tema”. Por más que los cambios introducidos por la internacionalización y la europeización “sólo lenta y tardíamente han sido percibidos con claridad por la mayor parte de los observadores (...) se corresponde con una visión moderna del Derecho público no separar el Derecho del Estado, el Derecho europeo y el Derecho internacional ni atribuir a cada disciplina sus temas en exclusiva, sino considerar la constelación total”. Tan “decidida apertura de la ciencia del Derecho del Estado o de la ciencia del Derecho constitucional al mundo más allá del Estado” permite incluso dar un paso adicional también en la apertura del “clásico” concepto de Constitución, que tampoco resulta sacrificado, aunque se difumine su significado.

“Puesto que los conceptos son siempre meros acuerdos intersubjetivos, bien puede aplicarse el término ‘Constitución’ también a la Unión Europea —si se llega a tal acuerdo”⁸⁰. Es verdad que “la Constitución de la Unión Europea no se corresponde con el modelo de la clásica constitución estatal. Pero saber esto no nos conduce más allá, en el fondo es trivial”⁸¹. En realidad, “la abstracción y generalización de la reflexión constitucional ha preparado el camino para disolver la casi matrimonial vinculación entre Estado y Constitución —no cabe la sorpresa, ya que junto al Estado existen otros relevantes portadores de competencias soberanas”. Ahora bien, este uso discrecional del concepto tiene ciertos límites: “la tradicional plenitud del concepto de Constitución y sus rasgos característicos suponen una cierta garantía de que tal abstracción no va a conducir a un terreno demasiado amplio o indeterminado. Quien utiliza el concepto de Constitución más allá del Estado debe ser consciente de que está

⁸⁰ R. Wahl, “Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?”, cit. en n. 76, págs. 131 s., también para la cita siguiente.

⁸¹ “Europa no es un Estado y tampoco debe llegar a serlo; por eso tampoco necesita Europa una Constitución estatal. Este descubrimiento resulta trivial” —así comienza W. Hertel su artículo, cit. en n. 3, pág. 233. La diferencia es reconocida por muchos de quienes defienden que ya existe una Constitución europea; cfr. por todos G. C. Rodríguez Iglesias, “Zur ‘Verfassung’ der Europäischen Gemeinschaft”, *EuGRZ* 1996, pág. 131: “Está claro que la Constitución comunitaria se diferencia claramente de las constituciones nacionales, del mismo modo que la Comunidad no puede ser confundida con un Estado”.

empleando un concepto ambicioso, que implica supremacía y auto-vinculación”⁸².

Más relevante que esa idea formal de supremacía podría ser, sin embargo, la posibilidad de que en la *estatalidad abierta* se asumieran los contenidos fundamentales de la Constitución estatal como vínculo normativo para el Estado en su participación en el *sistema político de varios niveles*⁸³. Las garantías constitucionales servirían entonces, por ejemplo, como contrapeso de la irrestricta sumisión de los Estados a los constreñimientos del proceso económico globalizador. Pero lo cierto es que, al menos en los textos de Wahl, esos aspectos materiales no parecen inherentes al concepto de Constitución. Le interesa la preservación del Estado en cuanto punto de condensación irrenunciable en la nueva constelación gaseosa de poderes, mientras que la Constitución, reducida a un mero eje de conexión formal de ordenamientos, ni siquiera podría garantizar la cohesión jurídica y la racionalidad del sistema⁸⁴.

⁸² R. Wahl, “Konstitutionalisierung - Leitbegriff oder Allerweltsbegriff”, en C.-E. Eberle, M. Ibler, D. Lorenz (ed.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag*, Munich: Beck, 2002, pág. 198 (también para la cita anterior). Sobre el costoso asentamiento y decisivo significado del principio de supremacía cfr. R. Wahl, “Der Vorrang der Verfassung”, en *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, cit. en n., págs. 121 ss., que por cierto habla de ordenamientos constitucionales con y sin primacía de la Constitución (págs. 138 ss.). Cfr. igualmente A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 58 ss. y 351 ss., con la conclusión (356 ss.) de que “la primacía de la Constitución frente al Derecho ordinario no tiene equivalentes funcionales”.

⁸³ Cfr. St. Hobe, op. cit. en n. 35, págs. 403 s., 422 s., 440. Sobre las dificultades en este sentido cfr. sólo M. Heintzen, “Zur Frage der Grundrechtsbindung der deutschen Mitglieder des EG-Ministerrats”, *Der Staat* 31, 1992, págs. 367 ss.

⁸⁴ En este sentido, quizá cupiera encontrar algún parentesco entre las tesis de R. Wahl y las defendidas en España por J. L. Requejo Pagés, *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de las normas*, Madrid: McGraw-Hill, 1995, y *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid: CEPC, 1998.

VI. LAS VÍAS DEL PLURALISMO

Las transformaciones del Estado constitucional pueden llevar, pues, sea a renunciar al concepto de Constitución, sea a su vaciamiento material. La alternativa que propone su conservación como criterio normativo se enfrenta a la dificultad de hacer verosímil una unidad política supraestatal capaz de sustentar la ambiciosa pretensión constitucional. Christian Walter, en un texto que recogemos a continuación, muestra por lo demás que la plena constitucionalización de la Unión Europea no le ofrecería blindaje alguno frente a los factores de erosión que ahora afectan a los Estados constitucionales: trasladar los problemas no equivale a resolverlos. En esta situación, quizá sirva de ayuda ampliar la perspectiva desde la que se traza el concepto histórico de Constitución, lo que conduce a sustituir su carácter sintético y sistemático por un enfoque analítico y problemático. Pues, en efecto, cuando apelamos al “peso de la tradición y su participación en la formación y en la conceptualización de la Constitución moderna”⁸⁵ obtenemos un catálogo diferenciado de funciones, elementos y rasgos estructurales.

Michael Stolleis, por ejemplo, ha mostrado en qué medida existen continuidades, ciertamente fragmentarias, que matizan la concepción de la Constitución como el logro histórico singularísimo que pretende presentarse a nuestros ojos. Ya Luhmann había señalado que, ciertamente, “las transformaciones revolucionarias dieron lugar a un uso innovativo del lenguaje”⁸⁶; pero el Derecho constitucional que la revolución francesa sintetiza, como el propio Luhmann se encarga de subrayar de inmediato, no carece de todo antecedente. Y dice Stolleis⁸⁷: “es indudablemente grande el significado de los dos siglos transcurridos desde la Revolución francesa para la formación del Estado constitucional moderno de corte occidental; pero, en la misma medida, no es posible renunciar a su anclaje en las épocas más antiguas (...) Quien sólo se fija en los siglos XIX y XX ve, en sustancia, sólo una historia nacionalista impregnada por el odio (...)

⁸⁵ H. Mohnhaupt, “Antike Staatsformenlehre als Traditionselement im modernen Verfassungsbegriff”, *Giornale di Storia Costituzionale* 9, 2005, pág. 23.

⁸⁶ N. Luhmann, op. cit. en n. 20, pág. 177.

⁸⁷ M. Stolleis, “Das europäische Haus und seine Verfassung”, *KritV* 78, 1995, pág. 281.

dispone sólo de una historia recortada, esto es, falsa (...) La ‘Historia entera’ pone a nuestra disposición un muestrario más amplio de formas y de ideas”. Los antecedentes que pueden rastrearse para los singulares elementos de ese nuevo orden constitucional tienen, a su juicio, un significado decisivo; “anclar la cultura política en la Historia, su paulatina anidación en el subconsciente, la progresiva transformación de las costumbres apoyadas en el consenso general en indicaciones normativas no escritas —esto es lo que (...) determina el funcionamiento cotidiano de una comunidad y la ética pública que se practica, mucho más que el Derecho constitucional y legal”.

Pues bien, tal experiencia abre los ojos a la singularidad de los elementos e ideas que luego se agregan en el Estado constitucional: la juridificación de las relaciones y la judicialización de los conflictos sociales, la legitimación del orden político a través de los principios jurídicos aportados por el Derecho natural, las aportaciones de la *Política* de Aristóteles sobre las buenas y las malas formas de Estado, sobre la constitución mixta y sus ventajas, sobre el buen gobierno y el bien común y, a partir de ello, la preocupación secular por los límites y vinculaciones jurídicas a los que están sujetos los gobernantes ...⁸⁸. En ámbitos normativos e institucionales se producen por tanto coincidencias, una comunidad de experiencias europea “que en absoluto resulta novedosa, ni siquiera hija de la época constitucional”⁸⁹, y que comprende el principio federal, la idea de una constitución que limita el poder mediante vínculos jurídicos, la fórmula evocadora de una “voluntad general” que se remite no ya al genérico “consensus omnium”, sino concretamente a la asamblea del pueblo o a sus representantes, la noción de ley, la garantía estatal de un orden social justo y de una economía próspera, la tutela judicial ...

Una consideración histórica de este género ya no llevaría a preguntarse necesariamente por *la* Constitución en singular, en términos que pondrían en primer plano un tipo ideal determinado por la consideración integrada de todos estos aspectos y, en consecuencia, la correlación necesaria entre orden político unitario (*estatal*) y Constitución. Importa más conocer la función que han tenido en la Historia, por ejemplo, el postulado del Estado de Derecho o el principio de la división de poderes, y preguntarse por la nueva con-

⁸⁸ Ibid., págs. 283 ss.

⁸⁹ Ibid., págs. 286 ss.

figuración que han de adoptar para conservarla; porque lo decisivo no es la pervivencia del Estado, sino que sigan existiendo garantías eficaces de la libertad frente al poder, o también instituciones que proporcionen ciertos servicios sociales (policía, Derecho penal, justicia, procura existencial, educación y cultura, impuestos y finanzas públicas ...). Si los Estados y las constituciones estatales contribuyen a ello, no lo harán con el sentido que se les atribuía en la clásica teoría del Estado y de la Constitución, como expresión de una soberanía identificada por su plenitud y su exclusividad, sino en el marco de una estructura plural y compleja de poderes y normas difícil de reconducir a unidad. En ella, el Derecho constitucional puede asumir no sólo la misión de evitar mediante reglas formales de colisión el surgimiento de una interminable cadena de contradicciones, sino también la búsqueda de respuestas acordes con los clásicos principios (materiales e institucionales) para los problemas de naturaleza constitucional.

Martin Morlok pone de manifiesto que, al subrayar la unicidad de la Constitución, vinculada también a su unidad “y referida a la tarea de formación de unidad política”, y su supremacía, relacionada igualmente con la unidad del ordenamiento jurídico, se descubre el “secreto *estatalismo* de nuestro pensamiento constitucional”⁹⁰. Mas apenas cabe ya esperar una teoría del Estado que suponga una aportación sustancial para el Derecho constitucional⁹¹, sea clásica o se centre en nuevos tipos como el *Estado desformalizado* o el *Estado cooperativo*⁹². Precisamente la idea de unidad evocada por el Estado desconoce, dice Oliver Lepsius, que el eje de los problemas que se plantean actualmente, sea desde la perspectiva de la integración europea o con referencia a las tareas públicas, es el pluralismo, para el cual la teoría del Estado sólo es capaz de trazar límites últimos,

⁹⁰ M. Morlok, “Grundfragen einer Verfassung auf europäische Ebene”, en P. Häberle / M. Morlok / W. Skouris (ed.), *Staat und Verfassung in Europa. Erträge des wissenschaftlichen Kolloquiums zum Ehren vom Prof. Dr. Dimitris Th. Tsatsos aus Anlaß seines 65. Geburtstages*, Baden-Baden: Nomos, 2000, págs. 75 ss., 80 s.

⁹¹ A la relativa improductividad del concepto de Estado como argumento jurídico-constitucional dedica su formidable tesis doctoral Chr. Möllers, *Staat als Argument*, Munich: C.H. Beck, 2000.

⁹² O. Lepsius, op. cit. en n. 13, págs. 372, 376.

pero no de ofrecer criterios constructivos diferenciados⁹³. El problema que la teoría debe enfrentar, pues, no es a su juicio el Estado, ni siquiera la formación de unidad o la integración política, sino la legitimación del poder a partir del principio de la soberanía popular y de la libertad y la igualdad individuales, así como su organización mediante la determinación de los correspondientes sujetos, objetos y procedimientos en términos que atiendan a la creciente diferenciación y que por tanto no excluyan el conflicto⁹⁴. También Andreas Voßkuhle, aunque insiste en apelar a la *teoría del Estado*⁹⁵, comienza por reconocer la indeterminación del concepto de Estado y el desvanecimiento de sus contornos típicos en medio de las tendencias a la disolución de la jerarquía y de la soberanía; y se había referido en un artículo anterior a la pérdida de centralidad del concepto de Estado, preguntándose “por qué los muy diversos presupuestos (éticos, culturales y sociales) de un orden constitucional eficaz deben ser reunidos e identificados con la ‘esencia’, ciertamente abierta a interpretaciones, de un Estado, de una unidad política preconcebida, en lugar de analizarlos por separado”⁹⁶; no sería ya necesario, pues, “asumir la premisa central de la unidad del Estado”.

Evidentemente, si la Constitución, en cuanto producto histórico-cultural, se identifica por las funciones que desempeña en relación con el poder político (organización, legitimación, limitación, integración ...) ⁹⁷, resultó natural su referencia al Estado, que había mo-

⁹³ Ibid., págs. 376 s., 381. Significativamente, la legitimación de las instituciones supranacionales y el pluralismo en el seno del Estado constitucional son dos de los retos que plantea A. Voßkuhle, “Die Renaissance der ‘Allgemeinen Staatslehre’ im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung”, *JuS* 2004, págs. 6 s., a lo que él prefiere seguir denominando teoría general del Estado o “nueva ciencia del Estado”.

⁹⁴ O. Lepsius, op. cit. en n. 13, pág. 380.

⁹⁵ A. Voßkuhle, op. cit. en n. 93, págs. 2 ss.

⁹⁶ A. Voßkuhle, “Der ‘Dienstleistungsstaat’. Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern”, *Der Staat* 40, 2001, págs. 499 ss., 504 para la cita siguiente.

⁹⁷ Nos remitimos a Chr. Walter, en este mismo volumen; pero tal identificación funcional del concepto de Constitución se ha hecho común en la doctrina alemana, cfr. sólo como ejemplo, en el ámbito de nuestro estudio, P. M. Huber, “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, en *VVDStRL* 60, Berlín/New York: Walter de Gruyter, 2001, págs. 198 ss.; M. Morlok, op. cit. en n. 90, págs. 74 ss.; P. Badura, op. cit. en n. 65, págs. 424 y 428; R. Steinberg, “Grundgesetz und Europäische Verfassung”, *ZRP* 1999, págs. 365 ss.

nopolizado tal poder. Pero, en cuanto aparecen organizaciones que ejercen poder político institucionalizado en forma similar a los Estados, se hace preciso someterlas, de igual modo, a vinculaciones jurídicas que puedan cumplir, al menos de forma fragmentaria, las mismas funciones que un ordenamiento constitucional. Ahora bien, esos factores constitucionales no se proyectan sólo sobre los nuevos poderes públicos, sino que a través de ellos repercuten sobre el propio Estado. Cabría incluso decir que, cuando los Estados no se bastan por sí solos para mantener en su seno el orden constitucional, la garantía de la Constitución incluye el compromiso de poner en pie instrumentos supranacionales e internacionales complementarios. Todo ello se articula en una red de progresiva complejidad, de manera que, por ejemplo, la Unión Europea ya contribuye en algún caso, mediante su acción en el orden internacional, a limitar los efectos de la erosión que la globalización produce sobre el orden constitucional de los Estados que la pusieron en pie⁹⁸.

Ciertas perspectivas de orientación sistémica consideran que, en este contexto, la idea de Constitución puede servir incluso, al margen del poder político, para caracterizar los estatutos de los entes locales dotados de competencias sólo administrativas⁹⁹ o determinadas regulaciones privadas¹⁰⁰. Esto ciertamente enlaza con la conversión de la *Constitución estatal* en un orden fundamental para el Estado y para la sociedad, ya aludida; pero el análisis de tales cuestiones exigiría un desarrollo que desbordaría ampliamente los límites de este trabajo.

Disponemos, en definitiva, de una pluralidad de elementos que concurren al cumplimiento de las funciones constitucionales, en pa-

⁹⁸ Cfr. J. Abr. Frowein, "Die Europäische Union im Zeichen der Globalisierung: Einbindung und Status der Europäischen Union im Verfassungssystem der Staatengemeinschaft", en Walter-Halstein-Institut für Europäisches Verfassungsrechts, *Entwicklungsperspektiven der europäischen Verfassung im Lichte des Vertrags von Amsterdam*, Symposium zur Gründung des WHI am 12. und 13. November 1998, <http://whi-Berlin.de/seiten/85.dhtml>, págs. 1 ss.; H. Brunkhorst, op. cit. en n. 61, pág. 217.

⁹⁹ H. Eberhard, K. Lachmayer, G. Thallinger, op. cit. en n. 42, págs. 180 ss., tras haber reducido la noción de Constitución a la determinación de un consenso fundamental o a la proposición de un determinado orden de valores.

¹⁰⁰ Cfr. G. Teubner, "Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie", *ZaöRV* 63, 2003, págs. 1 ss.

ralelo con la compleja trama de actores y procesos necesitados de constitucionalización; el trabajo de Anne Peters que se incluye en este mismo volumen aborda con detenimiento las posibilidades y límites de esta perspectiva de análisis, por lo que resultaría impertinente insistir aquí en ella. Pero quizá quepa señalar que, para esta autora, las formas institucionales y procesales flexibles e inacabadas propias de las relaciones internacionales aventajan al Estado a la hora de procesar constitucionalmente, al menos de modo complementario a las Constituciones estatales, los cambios introducidos en el proceso de globalización¹⁰¹.

Ante tal reconstrucción diferenciada, y en ausencia de una “sistematización de las diversas funciones que conduzca a un concepto unitario de Constitución”, se desplaza la atención, observa certeramente Möllers, desde el “concepto de Constitución” hacia “los problemas constitucionales o el Derecho constitucional”¹⁰². Y tendría pleno sentido, a su juicio, hablar de Derecho constitucional en este contexto en cuanto se regula la creación de Derecho y, de este modo, se plantea “la diferenciación típicamente constitucional entre distintos rangos normativos. Con la denominación Derecho constitucional se vincula así un ámbito específico a cuestiones propias de la ciencia del Derecho”, que el autor identifica con la legitimación democrática, la garantía de la supremacía y la formación de principios jurídicos orientados a la limitación del poder.

Señala Vesting, en tono crítico, que de todo esto no cabe derivar sino unos “*elementos* de una teoría”¹⁰³. Porque, reconoce Anne Peters, las ideas de unidad y totalidad retroceden en los procesos de globalización y de diferenciación, con la consiguiente *incongruencia* de espacios y funciones constitucionales, que subsisten en forma

¹⁰¹ A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 176. Cfr. en todo caso, de la misma autora, loc. cit. supra en n. 36, acerca de la “resistencia del Estado constitucional” en las actuales circunstancias.

¹⁰² Chr. Möllers, “Verfassungsgebende Gewalt - Verfassung - Konstitutionalisierung. Begriffe der Verfassung in Europa”, en A. v. Bogdandy (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlín u.a.: Springer, 2003, págs. 22 ss., 37 para la última cita, 54 s. para las que siguen en este mismo párrafo.

¹⁰³ Th. Vesting, op. cit. en n. 40, pág. 63, n. 81, con referencia expresa al título del escrito de habilitación de Anne Peters *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, cit. en n. 14.

de constituciones parciales complementarias¹⁰⁴. Una tesis que, por cierto, late igualmente en el libro *Elementos de Derecho Público*, publicado por López Pina y el autor de estas líneas: “la realidad así desquiciada tampoco puede prescindir de toda tradición y de toda norma. Siguen vigentes al menos retazos, que ciertamente no configuran ya un sistema cerrado. El jurista de estos tiempos no habrá de buscar un orden en este momento perdido (salvo, tal vez, en sus propios prejuicios) y aún no reconstruido; sino sólo las tensiones entre aquellos *elementos* de Derecho que, de uno u otro modo, pugnan por imponerse”¹⁰⁵. Con todo ello se desvanece la unicidad del documento constitucional, que parece ligada al mismo término alemán *Verfassung* y que evoca la perdida unidad estatal, para quedar sustituida por “una pluralidad de constituciones parciales con eficacia acumulativa, recíprocamente referidas y complementadas”, que suponen una “codificación parcial, en lugar de total”¹⁰⁶. Ya no cabe apelar a un texto normativo fundamental, producto singular de una actuación histórica concreta de un poder constituyente, para apoyar sobre él una dogmática consistente. Todo lo más, cabrá escrutar en la nueva red de elementos jurídicos los hilos por los que los clásicos principios constitucionales buscan continuidad hacia el futuro.

A la postre, “nuevas circunstancias imponen nuevos conceptos”, dice Morlok, aunque duda si éstos pueden articularse como renovación por ejemplo del concepto de Constitución, o si convendría más bien acogerse a alguna nueva formulación capaz de incorporar los logros consolidados en la anterior¹⁰⁷. Una cuestión que, subraya Denninger, no puede despacharse como vana disquisición terminológica, pues las precisiones conceptuales delimitan de antemano las posibilidades del análisis y la argumentación; las funciones desarrolladas conforme a Derecho vienen predeterminadas, en último extremo, por la categorización jurídica¹⁰⁸. Justo por eso tiene sentido seguir postulando, también en las nuevas circunstancias, la viabilidad de una perspectiva jurídico- constitucional.

¹⁰⁴ A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 165 s.

¹⁰⁵ A. López Pina, I. Gutiérrez Gutiérrez, cit. en n. 62, pág. 16.

¹⁰⁶ A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 55 s.; cfr. también H. Eberhard, K. Lachmayer, G. Thallinger, cit. en n. 42, págs. 181 s.

¹⁰⁷ M. Morlok, op. cit. en n. 90, págs. 81, 86 ss.

¹⁰⁸ E. Denninger, op. cit. en n. 16, pág. 585.

VII. BASES INSTITUCIONALES PARA UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Las elaboraciones teóricas expuestas hasta este momento se despliegan y se concretan de modo particular en torno a un tema específico: la Unión Europea. El alcance de los efectos que la integración europea tiene sobre la estatalidad alemana y sobre su orden constitucional, que en sí mismo podría incluirse en el elenco ordinario de los problemas del Derecho público interno, se asocia a las cuestiones, sin duda diferentes¹⁰⁹, de si la Unión Europea por su parte es, puede o debe ser un Estado, de si dispone, puede o debe disponer de una Constitución. Esta problemática confiere también nueva forma a la pregunta sobre la compatibilidad de las sucesivas fases del proceso de integración con la Constitución nacional vigente en cada Estado; pero dejaremos a un lado esta última cuestión, que, como ha mostrado Peter Lerche, es susceptible también de respuestas dinámicas, capaces de abrir los conceptos a la modulación histórica¹¹⁰.

“La teoría del Derecho constitucional europeo”, dice Badura, “tiene tres capítulos. El *primer capítulo* trata sobre la posibilidad misma de imputar una Constitución a la federación supranacional de Estados miembros que surge de los Tratados internacionales (...) El *segundo capítulo* se pregunta por la forma y estructura que adoptan los principios e instituciones propios del desarrollo constitucional europeo en la Constitución de la Unión Europea (...) El *tercer capítulo* se consagra a la conjunción de las Constituciones nacionales con el Derecho comunitario europeo”¹¹¹. Pero aquí nos limitaremos a esbozar las perspectivas que tal proyecto teórico abre sobre el concepto de Constitución y el sentido del Derecho constitucional.

¹⁰⁹ A. v. Bogdandy, “Skizzen einer Theorie der Gemeinschaftsverfassung”, en Th. v. Danwitz, M. Heintzen, M. Jestaedt, S. Koriath, M. Reinhardt, *Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit*, Berlín: Richard Boorberg, 1993, pág. 9.

¹¹⁰ P. Lerche, “Europäische Staatlichkeit und die Identität des Grundgesetzes”, en B. Bender, R. Breuer, F. Ossenbühl, H. Sandler, *Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag*, Munich: Beck, 1993, págs. 131 ss.

¹¹¹ P. Badura, op. cit. en n. 65, pág. 425.

La primera constatación compartida es que “la Unión europea no es un Estado”¹¹². Para aproximar la Unión Europea a la noción clásica de Estado no se bastarían, evidentemente, consideraciones cuantitativas o incluso cualitativas sobre las competencias transferidas; sería precisa una investigación sobre la síntesis de factores que podría convertir la Unión en una *unidad política de acción y decisión*. Y sin Estado, como hemos visto anteriormente, buena parte de la doctrina niega que pueda hablarse de un orden constitucional.

La postura quizá más contundente en Alemania, y en todo caso la más significativa por su incorporación directa a la jurisprudencia constitucional, es la de Paul Kirchhof, para quien la oposición entre Unión Europea y Estado resulta estructural¹¹³. La primera tiende a una unión “cada vez más estrecha”, y con ello evoca necesariamente un proceso interminable, cuyo impulso sólo puede ser político; el Estado constitucional, por el contrario, se aferra al Derecho como experiencia histórica condensada (págs. 893, 896 s., 903, 907, 922 ss.)¹¹⁴. La Unión es una “liga de Estados”, éstos siguen siendo los “señores de los Tratados” (págs. 914 s.)¹¹⁵ y, como Estados constitucionales

¹¹² Así comienza J. Isensee su estudio “Integrationsziel Europastaat?”, en O. Due, M. Lutter, J. Schwarze (ed.), *Festschrift für Ulrich Everling*, Bd. I, Baden-Baden: Nomos, 1995, pág. 567.

¹¹³ Aunque sus posiciones al respecto han sido expuestas en muy numerosas publicaciones, para este resumen nos apoyaremos sobre todo en “Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenbund”, cit. en n. 15, págs. 893 ss., significativa también porque, inserta en una obra colectiva dedicada a analizar las “bases teóricas y dogmáticas” del “Derecho constitucional europeo”, se articula como contrapunto de los supuestos mismos del libro. A dicho trabajo se refieren las páginas entre paréntesis de este párrafo

¹¹⁴ Cfr. también, y de modo particularmente expresivo, J. Isensee, op. cit. en n. 112, págs. 567 ss., 581: “un sistema que fluye no se deja circunscribir y delimitar mediante conceptos fijos (...) La Unión Europea vive en la situación del devenir (...) La actual configuración no puede ser comprendida sin tener en cuenta el potencial de desarrollo que incorpora. Es evolución institucionalizada (...) Pero el progressus ad infinitum ya se consideraba en la filosofía altomedieval como un sinsentido evidente (...) Es ciertamente lo contrario de una política racional del Derecho. Ésta asigna siempre la carga de la justificación al que pretende cambiar la situación”.

¹¹⁵ Cfr. de nuevo también J. Isensee, op. cit. en n. 112, págs. 573 ss., que parte del concepto de soberanía que opera en el Derecho internacional. A su juicio, la imagen de la “liga de Estados” puede ser acertada para representar

soberanos (págs. 912 ss.), actúan al efecto con sometimiento a su propio orden constitucional; el Derecho comunitario sólo puede pretender vigencia en los Estados a través de las normas estatales que, conforme a la Constitución, permiten tal vinculación internacional (págs. 898 ss., 908 s., 916 s.)¹¹⁶. En cuanto Comunidad de Derecho, la Unión “vive de los círculos secantes y complementarios del Derecho europeo y del Derecho constitucional de los Estados miembros”, pero “no es una liga constitucional (...) Vinculados están los Estados conforme al principio de su propia —y por ello no ligada— constitucionalidad” (págs. 900, 904).

Hablar de una Constitución europea supondría, en esa medida, despilfarrar el caudal de legitimidad acumulado por la idea de Constitución estatal, sin enriquecer con ello a una Unión Europea estructuralmente incapacitada para aprovechar tal inversión. Se pregunta Koenig¹¹⁷, por ejemplo, si “tiene sentido separar el concepto de Constitución de las categorías de la estatalidad a fin de aplicarlo a la Unión Europea”, dando por sobreentendido que no se trata de un desarrollo consistente del concepto de Constitución, sino de una instrumentalización orientada a un fin específico. Su respuesta, apoyada en las ideas de soberanía, competencia de la competencia y poder constituyente, es negativa; “para evitar malentendidos, expectativas jurídicamente infundadas y desilusiones sobre las potencialidades de la Unión Europea” sería mejor utilizar otro concepto, por ejemplo el de *estatuto fundamental de la Unión Europea*. Con ello se renuncia, en definitiva, al análisis del Derecho europeo desde las categorías propias de la teoría de la Constitución.

En cualquier caso, quizá convenga anotar que esa reflexión no ofrece por sí misma respuesta al “dilema lógico-jurídico” de la primacía del Derecho comunitario o del Derecho constitucional: “Un Estado no puede pretender primacía para su ordenamiento sólo porque

lo que de peculiar tiene la Unión, pero, conforme al Derecho internacional al menos, “la Unión Europea es una Unión de Estados” (pág. 582).

¹¹⁶ Puede verse un desarrollo más detallado de esta tesis, de las consecuencias prácticas que pretenden derivarse de ella y de la correspondiente crítica en I. Gutiérrez Gutiérrez, “Un orden jurídico para Alemania y Europa”, *TRC* 3, 1999, págs. 215 ss.

¹¹⁷ Chr. Koenig, “Ist die Europäische Union verfassungsfähig?”, *DÖV* 1998, págs. 269 ss., cfr. también pág. 275.

es un Estado”, reconoce Isensee¹¹⁸. La decisión al respecto no compete a la ciencia jurídica, que se encuentra con dos sistemas jurídicos eventualmente contrapuestos, sino que depende de las creencias y de los prejuicios políticos, articulados en su caso mediante referencias a la democracia o la soberanía; el supuesto derecho de secesión evoca la posibilidad de eliminar el problema, pero entretanto no lo resuelve. “Dado que la lógica jurídica calla, decide la política. La solución del conflicto normativo es cosa del poder (...) la respuesta a la cuestión del poder es fácil —rebus sic stantibus: en favor de los Estados miembros”¹¹⁹. Pero, en todo caso, operan entretanto máximas que reducen el riesgo de colisión: las cláusulas de estabilización recíproca y los principios de subsidiariedad y de cooperación.

Partiendo no del Estado, sino de una noción de Constitución ligada sin embargo a él de manera indisoluble, niega también Grimm que sea posible superar la diferencia entre Tratado y Constitución¹²⁰: con independencia de sus funciones y de la intensidad de su alcance normativo, los Tratados remiten no al pueblo como fundamento del poder, sino a los Estados signatarios¹²¹. De este modo, la Unión cae

¹¹⁸ J. Isensee, “Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte — offener Dissens”, en J. Burmeister in *Zusammenwirken mit M. Nierhaus, G. Püttner, M. Sachs, H. Siekmann y P. J. Tettinger, Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, Munich: C.H. Beck, 1999, págs. 1261 ss.

¹¹⁹ *Ibid.*, pág. 1265, 1266 ss. para lo que sigue.

¹²⁰ D. Grimm, *op. cit.* en n. 45, págs. 41 s.; cfr. también, por ejemplo, “Vertrag oder Verfassung”, *cit.* en n. 21, págs. 14 ss., “¿Necesita Europa una Constitución”, *cit.* en n. 21, págs. 8 ss., o “Integración por medio de la Constitución — propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización”, *TRC* 15, 2005, págs. 67 s.

¹²¹ Esta remisión al poder de los Estados se concreta en los contenidos materiales y especialmente en la estructura organizativa de la Unión, que atribuye peso decisivo al Consejo y al Consejo Europeo, cuyos integrantes se legitiman extramuros del propio sistema comunitario. El problema no se agota, pues, en el momento de creación de la norma o en su eventual reforma. Grimm reitera que una Constitución puede aprobarse mediante Tratado, pero éste consume entonces su cualidad jurídico-internacional con la entrada en vigor de la nueva norma constitucional, que ya no depende de su origen pactado sino de los ciudadanos, y en cuyo marco los Estados signatarios pasan a actuar como poderes constituidos. Sobre la cualidad de los Estados como “señores de los Tratados”, sin embargo, se ha discutido mucho, en concreto a propósito de los procedimientos y límites de su

bajo una determinación no autónoma, sino heterónoma, mientras que la Constitución exigiría conceptualmente tal componente democrático. Ahora bien, son conocidas las reservas de Grimm frente a la posibilidad de una democracia a escala europea¹²². Porque la democracia no se agota ciertamente en armadura institucional; precisa más bien apoyarse sobre procesos sociales articuladores de la pluralidad, cuya promoción supera por lo demás, al menos a corto y medio plazo, las capacidades funcionales del Derecho¹²³. Por razones estructurales, en Europa no se dan, a su juicio, tales presupuestos, en particular la posibilidad de erigir un espacio público de comunicación, que requeriría menor disparidad lingüística; ha de faltar también, por tanto, una sociedad “que quiere constituirse en unidad política. Ésta necesita en cualquier caso una identidad colectiva si pretende dirimir sus conflictos pacíficamente, atenerse a la regla de la mayoría y practicar la solidaridad”. La imposibilidad de la democracia se traduce de este modo en imposibilidad de Constitución; una posición también representada en la doctrina española, por ejemplo por Francisco Rubio Llorente, para quien la Comunidad Europea no puede ser sustento de una nueva Constitución democrática, sino que representa una limitación del poder democrático de los Estados: equivale a la garantía de los derechos fundamentales, pero ahora con la finalidad de *enfrentarse al riesgo que implica la crisis fiscal del Estado social*¹²⁴.

reforma; cfr. sólo las referencias de v. Bogdandy, op. cit. en n. 109, pág. 28, a la concepción del Derecho comunitario que tiene el Tribunal de Justicia como límite para la reforma; y más ampliamente, A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 442 ss., sobre el problema de los límites materiales de la reforma de los Tratados; Th. Giegerich, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung in transnationalen Konstitutionalisierungsprozessen: wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung*, Berlín u.a.: Springer, 2003, págs. 499 ss. para este último tema, 523 ss. sobre los límites procedimentales.

¹²² Cfr. sólo D. Grimm, “Vertrag oder Verfassung”, op. cit. en n. 21, págs. 16 ss., 21 s. para el tema, a su juicio decisivo, de la lengua, 23 para la cita ulterior en este mismo párrafo.

¹²³ Cfr. además “Integración por medio de la Constitución”, op. cit. en n. 120, págs. 53 ss.

¹²⁴ F. Rubio Llorente, “El futuro político de Europa II. El déficit democrático de la Unión Europea”, *Claves de la Razón Práctica* 90, págs. 34 ss.; pero cfr. también n. 38, donde expresa y significativamente excluye a la Unión Europea de su análisis, ceñido a la Comunidad.

Cabría objetar a estos planteamientos que el carácter genuinamente político del poder ejercido desde instituciones europeas, quizá entre paréntesis en un primer momento, es al menos desde el Tratado de Maastricht imposible de eludir; lo que plantea, si bien no resuelve, las cuestiones constitucionales de su naturaleza y su legitimidad democrática¹²⁵. Y también que el apoyo de la Constitución (estatal) en *el pueblo*, entendido en términos objetivos (culturales) o subjetivos (intencionales), resulta discutible; como en Alemania¹²⁶, también en España se ha puesto de manifiesto que “caben otras definiciones del cuerpo político, acaso más en consonancia con los ideales de libertad e igualdad para todos”¹²⁷. En cualquier caso, lo cierto es que la conversión de la Unión Europea en Estado no parece, hoy por hoy, un resultado previsible: ni resultaría fácil de coordinar con

¹²⁵ Cfr. A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 113 ss. sobre la politización del poder comunitario, 196 ss. para el rechazo de los enfoques funcionales que posterguen la cuestión de la legitimidad. Cfr. también G. Lübbe-Wolff, “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, en *VVDStRL* 60, Berlín/New York: Walter de Gruyter, 2001, págs. 250 ss.: “necesitan legitimación democrática las condiciones jurídicas que determinan el marco en el que se ejerce la libertad (...) Un sistema de garantía de los derechos fundamentales individuales o de las libertades fundamentales que no esté inserto en un sistema efectivamente capaz de decidir colectivamente sobre los límites de esos derechos y libertades es tan poco democrático como un sistema de decisión colectiva que desconozca toda garantía de los derechos fundamentales y de las libertades fundamentales”.

¹²⁶ Cfr. sólo H. Rossen-Stadtfeld, op. cit. en n. 36, págs. 50 ss. y 66 ss., sobre la definitiva superación de la imagen de un pueblo estatal unitario como relato no ya verosímil, sino siquiera evocador, que puede terminar resultando incluso cínico; tal imagen ni siquiera se corresponde con el Derecho positivo estatal, salvo en limitados ámbitos del derecho al sufragio. Incluso Forsthoff reconocía críticamente que se “ha debilitado también, cuando no apagado, la conciencia de comunidad nacional” (*El Estado de la sociedad industrial*, Madrid: IEP, 1975, pág. 114) y describía los nuevos factores estabilizadores (págs. 87 ss., 120 ss., 270 ss.). Como dice A. Peters, “el poder democrático no es portado por un pueblo como sujeto colectivo monolítico, sino por los ciudadanos” (op. cit. en n. 14, pág. 658; cfr. esp. págs. 700 ss.). Cfr., en fin, U. K. Preuss, “Chancen und Grenzen einer Verfassungsgebung für Europa”, en U. K. Preuss, M. Zürn, *Probleme einer Verfassung für Europa*, Bremen: Universität, 1995, págs. 53 ss., y “Auf der Suche nach Europas Verfassung”, *Transit – Europäische Revue* 17, 1999, págs. 162 ss.

¹²⁷ L. M. Díez-Picazo, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid: Civitas, 2002, pág. 25.

su pretensión originaria de superar la época histórica de los tradicionales Estados soberanos europeos, ni se ajusta fácilmente a la pluralidad constitutiva de Europa¹²⁸.

En un nivel diferente, pues, propone Armin von Bogdandy una teoría del federalismo supranacional adecuada al fenómeno concreto de la Unión Europea. Mas la noción se orienta, en realidad, a añadir al binomio polarizador Derecho internacional / Derecho del Estado un tercer elemento, apoyado sobre analogías con la teoría del Estado y dotado de una función similar a la de ésta¹²⁹: La Unión “se define a sí misma —conforme a la idea federal— como una comunidad *unitaria* con territorio y ciudadanía”, aunque la formación de unidad no discorra por cauces similares a los estatales¹³⁰; “el modelo del federalismo supranacional como idea estructural (...) se sitúa, en la tradición de la teoría del Estado, en la base, como instrumento heurístico y estudio preliminar, de la teoría de los principios” del Derecho constitucional comunitario¹³¹. La teoría del federalismo supranacional¹³² acumula, pues, elementos esenciales de la supranacionalidad (eficacia directa y primacía, principio mayoritario, garantía comunitaria del principio de constitucionalidad en los Estados) con la nueva relevancia que han cobrado en Europa los clásicos *elementos del Estado* identificados mediante el principio de territorialidad¹³³ y la

¹²⁸ Desde A. Peters, op. cit. en n. 14, pág. 205, hasta J. Isensee, op. cit. en n. 112, págs. 569 ss. (el acercamiento hacia el Estado, “si prosigue, bien podría ser más asintótico que lineal”).

¹²⁹ A. v. Bogdandy, op. cit. en n. 109, págs. 13 s.

¹³⁰ A. v. Bogdandy, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der europäischen Union nach Amsterdam*, Baden-Baden: Nomos, 1999, pág. 10.

¹³¹ A. v. Bogdandy, “Europäische Prinzipienlehre”, en A. v. Bogdandy (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, cit. en n. 15, 2003, pág. 160.

¹³² A. v. Bogdandy, “Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union”, en M. Brenner, P. M. Huber, M. Möstl, *Der Staat des Grundgesetzes - Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, págs. 1035 ss.; desarrollos precedentes y más amplios pueden consultarse en op. cit. en n. 109, págs. 13 ss., y sobre todo en op. cit. en n. 130, págs. 9 ss.; cfr. también op. cit. en n. 131, págs. 184 ss.

¹³³ Frente a las viejas competencias funcionales aparece ahora con fuerza la garantía de la seguridad, e incluso de sus fronteras exteriores; cfr. también op. cit. en n. 130, págs. 29 s., 64. Cfr. asimismo A. Peters, op. cit. en n. 14,

idea de ciudadanía (por cierto, colocando en primer plano el aspecto excluyente respecto del no-ciudadano¹³⁴).

Otro intento de asentar la imagen de la Unión Europea desde la perspectiva federal corresponde a Christoph Schönberger¹³⁵. Este autor procura escapar a una identificación de la Unión Europea mediante la doble negación (ni Unión de Estados, ni Estado federal) que, a su juicio, contribuye más a consolidar la dualidad de categorías básicas que a superarla. Tampoco la fórmula de la liga de Estados usada por el Tribunal Constitucional o el federalismo supranacional de von Bogdandy eluden el paradigma, porque para ello es preciso evitar la centralidad del Estado y también el uso analógico de sus categorizaciones. Lo que busca Schönberger son “categorías propias para aprehender una formación federal más allá del Estado”; sólo un “Derecho constitucional general de los órdenes federales” puede proporcionar los conceptos teóricos y dogmáticos necesarios para el análisis jurídico. Tal es, en su opinión, la teoría del Bund o la federación¹³⁶, un término más preciso que el genérico federalismo pero menos específico que la teoría del Estado federal, y también menos determinado por la ciencia política que el llamado “sistema de varios niveles”; un término, en fin, susceptible de ser elaborado por una teoría con perspectiva histórica, pues evoca las reflexiones de Schmitt o Huber sobre el Bund alemán del siglo XIX (1815-1866), aunque las libera de la sombra de provisionalidad que el Reich proyectó luego hacia su pasado, y recupera también algunos de sus elementos más característicos, como puede ser el efecto directo de las normas de la Federación sobre los ciudadanos. Consciente de los difíciles equilibrios en presencia, el autor se dispone a ofrecer una “teoría de lo precario” que haga justicia al Bund como “ordenamiento de coordinación entre los Estados miembros y el nivel de la federación” y que reduzca el valor heurístico de las ideas de jerarquía y de soberanía.

págs. 106 ss., sobre la territorialidad del poder comunitario, ciertamente diferenciada, y la simultánea *desterritorialización* de las Constituciones estatales.

¹³⁴ Cfr. también op. cit. en n. 130, págs. 30 ss., 64.

¹³⁵ Chr. Schönberger, “Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas”, *AöR* 129, 2004, págs. 81 ss.

¹³⁶ *Ibid.*, págs. 85 ss.

La ulterior elaboración¹³⁷ parte de las consideraciones expuestas en los capítulos finales de la *Teoría de la Constitución* de Schmitt. Pero es dudoso que este intento de sustituir la dialéctica del *weder/noch* por la del *sowohl/als auch*, la doble negación por la doble afirmación, permita conceptualizaciones refinadas como las que habitualmente formula la dogmática alemana¹³⁸. La recuperación de la complejidad limita, así, la capacidad de diferenciación.

A esas indeterminaciones se acogen, sin embargo, Wahl o Rossen-
Stadtfeld. Para el primero de ellos¹³⁹, la cualidad de Estado-miembro supone que el Estado ve duplicados muchos de sus elementos estructurales (órganos, funciones, fuentes ...), con los problemas de relación que ello necesariamente comporta: las identificaciones inequívocas de tales relaciones proceden con frecuencia de interpretaciones unilaterales. La propia Constitución estatal se encuentra ahora, en realidad, en compañía de otra norma, que vincula tanto al poder legislativo (incluso con un mandato de actuación, como se prevé para las directivas) como también al poder constituyente (por efecto de la cláusula de garantía del art. 6.1 del vigente TUE, conforme al cual “la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”)¹⁴⁰. Entretanto, la cuestión de la soberanía no aparece sino para fijar fronteras extremas, sin que su invocación “pueda impedir la normalidad y efectividad de la integración y la comunitarización cotidianas, y con ello justamente la retirada de la soberanía a un segundo plano en el decisivo día a día de la acción estatal”¹⁴¹. El resultado “representa una formación federal, pero no

¹³⁷ Ibid., págs. 98 ss.

¹³⁸ Cfr. la observación crítica de A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 182 s., respecto de las teorías federativas, aunque asume expresamente la idea del Tratado constitucional bajo la forma del “sowohl-als auch”, págs. 234 ss.

¹³⁹ R. Wahl, op. cit. en n. 67, especialmente págs. 163 ss.

¹⁴⁰ Cfr. también R. Wahl, op. cit. en n. 69, págs. 85 s.

¹⁴¹ R. Wahl, op. cit. en n. 69, págs. 22 ss., también con referencia crítica al concepto de soberanía de Carl Schmitt; cfr. igualmente op. cit. en n. 80, págs. 129 s.; y St. Hobe, op. cit. en n. 35, pág. 389, sobre la reserva del derecho de secesión por parte de los Estados miembros en la Unión Europea. Sobre la limitada productividad del “caso-límite” en el pensamiento jurídico cfr. el hermoso estudio de E. Denninger, “Normalfall oder Grenzfall als Ausgangspunkt rechtsphilosophischer Konstruktion?”, en W. Brugger, G.

estatal¹⁴²; porque la mayor eficiencia (funcional) de un nivel en la solución de problemas en absoluto implica la reproducción en él de la estructura (del Estado constitucional) que los abordaba en niveles inferiores; ello supondría “infravalorar abiertamente la complejidad de la tarea organizativa y del problema de la legitimación”¹⁴³. Rossen-Staffeld¹⁴⁴, por su parte, entiende que el concepto de “federación” (Bund) se ajusta mejor a las relaciones cooperativas, a las dimensiones procesales y a la constante reordenación que caracterizan la integración europea. Pero reconoce que tal noción, al carecer de la precisión y fuerza directiva características de las categorizaciones jurídicas, tiene una limitada utilidad: “se presenta, pues, mucho menos como una teoría que como una imagen”.

VIII. CONSTITUCIÓN EUROPEA

Ante estas indefiniciones, “el debate ha ido dejando en un segundo plano las categorías más institucionales (Estado federal, federalismo) para comenzar a desplazarse, en lo que a su centro de gravedad se refiere, a las categorías más jurídicas de la Constitución”¹⁴⁵. Se evitan así las preguntas acerca de las condiciones de muy diferente tipo (espirituales y culturales, pero también económicas, sociales, políticas e institucionales) que permiten estimular la unidad no sólo a pesar, sino precisamente a través de los conflictos; como advierte Stolleis¹⁴⁶, tales reflexiones “conducen de inmediato, pese a que muchas de las posibles respuestas parciales resulten acertadas, al terreno de la especulación”. Además, “una realidad *dinámica* como la Unión Europea (...) ya no se deja comprimir en el lecho de Procus-

Haverkate, *Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie*, págs. 37 ss.

¹⁴² R. Wahl, op. cit. en n. 69, pág. 54; sobre su caracterización cfr. op. cit. en n. 80, págs. 126 ss.

¹⁴³ R. Wahl, op. cit. en n. 69, págs. 60 ss., 86 s., entrecomillado en pág. 62, n. 37; cfr. igualmente, sobre “la tesis de la repetición”, op. cit. en n. 80, págs. 117 ss.

¹⁴⁴ H. Rossen-Staffeld, op. cit. en n. 36, págs. 58 ss., 60 para la cita que cierra este párrafo.

¹⁴⁵ P. Cruz Villalón, op. cit. en n. 59, pág. 23.

¹⁴⁶ M. Stolleis, op. cit. en n. 87, págs. 279 s.

to de una jurisprudencia de conceptos con orientación retrospectiva y fijación hacia el ‘Estado nacional soberano’; la sólida construcción de la *teoría del Estado* quizá opere, en definitiva, como una rémora para los nuevos desarrollos. Por eso, “para una perspectiva determinada por el Derecho resulta recomendable concentrarse en la observación de la progresiva superación de los conflictos mediante el Derecho, en la determinación y comparación de las formas jurídicas europeas con cuya ayuda se constituye, se legitima, se controla y se renueva el poder”. Stolleis se pregunta pues directamente: “¿Existen fundamentos para “un Derecho constitucional europeo?”. Porque en la actual situación, dice Beutler, “lo que se necesita es una teoría europea de la Constitución, y no una teoría europea del Estado”¹⁴⁷.

La tradicional identificación de la Comunidad Europea como *Comunidad de Derecho* ofrece un significativo punto de apoyo para aproximarse a la idea constitucional¹⁴⁸; por más que no quepa ignorar, como observa Rubio Llorente, que la *Comunidad de Derecho* no equivale al postulado del *Estado de Derecho*, al menos en la medida en que aquélla no “tenga como finalidad propia la realización del Derecho (en realidad de los derechos), que es el criterio que, desde Kant, suele utilizarse para distinguir el Estado de Derecho”¹⁴⁹. En este contexto, la caracterización como *Constitución europea* de la norma superior que determina el estatuto de la Unión y regula la adopción y el régimen de sus actos jurídicos coincidiría incluso con la denominación de algunas normas constitutivas de organizaciones internacionales. Ésta es también la perspectiva desde la que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia contempla los Tratados

¹⁴⁷ B. Beutler, “Offene Staatlichkeit und europäische Integration”, en R. Grawert, B. Schlink, R. Wahl, J. Wieland (ed.), *Offene Staatlichkeit. Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 65. Geburtstag*, Berlín: Duncker & Humblot, 1995, págs. 123 s.; la referencia al modelo estatal no tiene en cuenta la diferenciada situación jurídica a la que se ha llegado. Cfr. especialmente P. Häberle, op. cit. en n. 19, págs. 35 ss., 230.

¹⁴⁸ Cfr. por ejemplo G. C. Rodríguez Iglesias, op. cit. en n. 81, pág. 131.

¹⁴⁹ F. Rubio Llorente, op. cit. en n. 124, pág. 36, n. 38; no es éste lugar adecuado para resumir los debates acerca del concepto de Estado de Derecho y sus transformaciones; podemos remitirnos por ejemplo a E.-W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid: Trotta, págs. 17 ss.

como la Constitución de la Comunidad, y se percibe a sí mismo como Tribunal Constitucional¹⁵⁰.

Como pone de relieve Wahl¹⁵¹, esta idea de Constitución no pone en primer plano su prevalencia (de naturaleza, digamos, federal) sobre el Derecho de los Estados, que por lo demás comparten los Tratados con el resto del Derecho comunitario¹⁵². Tal prevalencia “federal” se convierte en cuestión “constitucional” para los Estados, no tanto para la Unión, sólo en la medida en que afecta a cuestiones *materialmente* constitucionales, como pueden ser los derechos fundamentales; cuando, por consiguiente, la vinculación internacional del Estado pasa a cumplir funciones materialmente equivalentes a las que se atribuyen a una Constitución nacional. Ni siquiera la eficacia directa del Derecho comunitario y la vigorosa estructura de su garantía judicial suponen, en este contexto, una diferencia cualitativa. Lo que identifica a los Tratados como Constitución de la Unión Europea es su específica primacía frente a las decisiones de los propios órganos comunitarios y, en consecuencia, frente al Derecho derivado; frente a un legislador comunitario particularmente activo, que falta en otras organizaciones internacionales cuyo estatuto fundacional, por tanto, apenas cumple esa característica función constitucional.

Esta identificación del Derecho originario como Derecho constitucional parece presuponer la autonomía del Derecho comunitario; un problema más complejo de lo que a primera vista podría parecer¹⁵³ y que aquí no puede abordarse con detalle. Su alcance, en cualquier

¹⁵⁰ Cfr., por todos, los pronunciamientos de quien fue su Presidente, G. C. Rodríguez Iglesias, “Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften al Verfassungsgericht”, *Europarecht* 27, 1992, págs. 225 ss., y op. cit. en n. 81, págs. 125 ss., partiendo de un entendimiento material de las funciones propias de la jurisdicción constitucional y de la Constitución misma, que de este modo comprende no sólo los Tratados, sino también ciertos principios generales comunes a los ordenamientos de los Estados miembros.

¹⁵¹ R. Wahl, “Konstitutionalisierung - Leitbegriff oder Allerweltsbegriff”, cit. en n. 82, págs. 196 ss.

¹⁵² Cfr. sobre esto también A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 63 y 308 ss., esp. 326 ss., así como 349 ss. para la conclusión.

¹⁵³ Cfr. los cuatro planos sobre los que lo proyecta A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 242 ss.; interesaría especialmente el tercero, la autonomía como no-derivación del Derecho comunitario (págs. 256 ss.).

caso, merece ser relativizado¹⁵⁴: que el fundamento *último* de la Unión y de su Derecho radique o no en los Tratados carece de particulares consecuencias jurídicas, en especial en la medida en que el efectivo funcionamiento autónomo del Derecho comunitario goza de sólidas garantías institucionales y estructurales. En este sentido, nada impide entender que también las Constituciones de los Estados se integran “indirectamente en los fundamentos constitucionales del ordenamiento jurídico comunitario”¹⁵⁵.

Más importancia tienen, a juicio de Möllers, otros problemas que plantea el Derecho originario para poder ser considerado como Constitución en sentido formal. De un lado, los derivados de la falta de unidad de un texto escrito, de la ininteligibilidad de los Tratados como sistema, se potencian por el sistema de protocolos, cooperaciones reforzadas y coordinaciones abiertas que equivalen a la aceptación más o menos controlada de rupturas constitucionales¹⁵⁶. En segundo lugar, Möllers constata que, en parte debido a la estructura y el contenido del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia apenas garantiza un control del Derecho derivado que se ajuste a las tradicionales exigencias de la primacía constitucional¹⁵⁷. A su juicio, en la Unión Europea no se alcanza satisfactoriamente ni la juridificación del poder ligada a las tradiciones constitucionales inglesa o alemana, ni una legitimación democrática que podría estar representada por los constitucionalismos francés y norteamericano¹⁵⁸. Ocurre en fin, dice Anne Peters¹⁵⁹, que se desborda cualquier referencia material

¹⁵⁴ A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 265 ss.; Chr. Möllers, op. cit. en n. 102, págs. 26 ss.

¹⁵⁵ En cuanto representan el fundamento de la participación de un Estado en la Comunidad y son fuente de principios generales del Derecho (G. C. Rodríguez Iglesias, “Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung”, *NJW* 1999, págs. 2 s.).

¹⁵⁶ Chr. Möllers, op. cit. en n. 102, págs. 39 ss. Cfr. también M. Morlok, op. cit. en n. 90, págs. 75 ss., 87; P. M. Huber, op. cit. en n. 97, págs. 214 ss., esp. 219 ss.

¹⁵⁷ Chr. Möllers, op. cit. en n. 102, págs. 44 ss.

¹⁵⁸ *Ibid.*, págs. 3 ss. para los presupuestos históricos, 17 para la tesis, aquí reproducida, que a continuación (págs 29 ss.) somete a verificación, 46 para la conclusión.

¹⁵⁹ A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 56 ss., 339 ss. P. Badura, op. cit. en n. 65, pág. 424, destaca la dificultad de reducir a la clásica articulación constitucional de valores fundamentales y mayorías democráticas no sólo el sis-

del concepto de Constitución, por generosa que sea, si se identifican los Tratados en su integridad como Constitución (formal) de la Comunidad y, por tanto, su primacía con una primacía constitucional.

IX. PRINCIPIOS Y ESTRUCTURA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Por difícil que resulte identificar *una Constitución* europea, ello no necesariamente impedirá, sin embargo, hablar de un *Derecho constitucional europeo*, progresivamente consolidado como disciplina autónoma a partir de la diferenciación interna que se aprecia en la dogmática del Derecho europeo, y que se apoya antes en una teoría de los principios del Derecho europeo que en una consideración puramente formal de la primacía¹⁶⁰. A esto se hace referencia cuando se afirma, por ejemplo, que también en el Derecho comunitario se ven satisfechas funciones básicas que se consideraban propias de las Constituciones estatales, como la regulación de la producción normativa o el control del poder. Prima así una consideración funcional¹⁶¹ o material¹⁶² de la Constitución frente a la estrictamente formal; porque si el constitucionalismo se caracteriza por la vinculación entre características formales y materiales, conceptualmente dominan estas últimas: la forma, dice Anne Peters, es consecuencia y está al servicio de la sustancia, aunque incorpore a su vez valores sustantivos. Seguramente no puede decirse, en definitiva, que los Tratados den cuerpo a una *Constitución de la Unión*¹⁶³; pero sí cabe al menos postular la sustantivación de un sector del Derecho positivo europeo, que eventualmente quepa calificar, interpretar y aplicar como constitucional, a partir de la elaboración teórica y dogmática conforme a principios y parámetros constitucionales del Derecho europeo y de sus relaciones de convergencia, cooperación o tensión con el estatal.

tema de protocolos, anexos y declaraciones, sino, más en general, todo el régimen "constitucionalizado" de las políticas comunitarias.

¹⁶⁰ A. v. Bogdandy, op. cit. en n. 131, págs. 149 ss.

¹⁶¹ A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 38 ss., 76 ss.

¹⁶² Ibid., págs. 51 ss.

¹⁶³ Ibid., págs. 56 ss.

Para concretar el alcance estructural de los aludidos principios del Derecho constitucional europeo, von Bogdandy acude, como modelo, a los arts. 20.1 de la Ley Fundamental de Bonn y 1 de la Constitución española, que encontrarían su equivalente en el art. 6 TUE¹⁶⁴. A partir de tales principios, que ciertamente son diferentes y aún divergentes, el objetivo sería facilitar una construcción dogmática más o menos sistematizadora (págs. 152 s., 161 s.), inmanente al propio Derecho europeo, aunque también tenga en cuenta “las doctrinas asentadas de la teoría de la Constitución” y admita la contribución de las constituciones nacionales a la hora de concretar los principios de la Unión (págs. 156 ss.).

Desde esta perspectiva, mantenida por von Bogdandy, los principios apenas adquirirían una función dinamizadora del ordenamiento comunitario, dado que su concreción se atendería fundamentalmente al contenido detallado de los propios Tratados. En cualquier caso, gracias a ellos no sólo cabría poner orden en el *caos* que caracteriza al fragmentario Derecho comunitario: sería posible incluso permear el resto del ordenamiento comunitario en términos de progresiva *constitucionalización*. De este modo, los principios facilitan también un desarrollo del Derecho comunitario más ambicioso que el que resulta del texto de los propios Tratados, y permiten incluso establecer una cierta jerarquía entre sus contenidos¹⁶⁵. La falta de formalización ni siquiera tendría que perjudicar su pretensión de primacía¹⁶⁶.

Debe destacarse finalmente que, al caracterizar tales principios como constitucionales, no se da por sentada una valoración positiva de sus concreciones. Algunos autores, en efecto, niegan la existencia de un Derecho constitucional en la Unión Europea a partir de la valoración crítica, desde el punto de vista constitucional, de los contenidos del Derecho comunitario. Pero, en el ámbito del Estado, tener una Constitución no es lo mismo que estar bien constituido; del mismo modo, la presencia de principios constitucionales en el Derecho europeo tampoco informa sobre la idoneidad de su formu-

¹⁶⁴ A. v. Bogdandy, op. cit. en n. 131, pág. 157; a este trabajo se refieren las páginas entre paréntesis del presente párrafo.

¹⁶⁵ Chr. Möllers, op. cit. en n. 102, págs. 43 s.

¹⁶⁶ A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 306 ss.; pero cfr. ya, por ejemplo, M. Heintzen, “Hierarchisierungprozesse innerhalb des Primärrechts der Europäischen Gemeinschaft”, *EuR* 1994, págs. 35 ss.

lación, articulación, desarrollo y garantía. Afirmar la existencia de principios constitucionales en el Derecho europeo no implica presunción alguna sobre su grado de realización, sino que abre la pregunta acerca de los logros y los déficits en tal sentido¹⁶⁷. Como señala Anne Peters, al considerar las normas fundamentales de la Unión como *principios constitucionales* no sólo se están describiendo ciertas funciones y propiedades, sino que a la vez se subraya la relevancia de las mismas: por eso, a tal “lectura” constitucional de los Tratados subyace una voluntad conformadora, por más que se pretenda huir de la *jurisprudencia de conceptos*¹⁶⁸. En esa medida, las constituciones dejan planteado —no resuelto, sino abierto— el problema de la legitimidad, que sin embargo puede ser fácilmente eludido cuando se comienza por descartar que una determinada estructura de poder resulte idónea para ser contemplada desde perspectivas constitucionales: “el concepto de Constitución tiene así un potencial crítico”¹⁶⁹.

Una vez asentada la posibilidad de tal entendimiento constitucional y específicamente normativo de los principios orientadores del Derecho de la Unión, queda pendiente la tarea de articularlos con el constitucionalismo de los Estados miembros; porque, como señala de nuevo Anne Peters¹⁷⁰, este Derecho constitucional europeo complementa parcialmente las Constituciones estatales, también ya

¹⁶⁷ A.v. Bogdandy, “Vorwort”, en A. v. Bogdandy (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, cit. en n. 15, pág. V.

¹⁶⁸ A. Peters, op. cit en n. 14, págs. 32, 167 ss.

¹⁶⁹ Ibid., págs. 175 s. No procede aquí, en cualquier caso, valorar la aportación de la autora a la pregunta sobre la legitimidad de la Constitución Europea (págs. 499 ss.). Pero quizá merezca la pena destacar que su propuesta de una “legitimidad mediante la acreditación” (págs. 580 ss.), a fin de cuentas un modelo de legitimación ex post o, en el giro moderno, a través del output (págs. 517 ss., 567 ss.), pretende mantenerse anclada en las “necesidades y preferencias” de los ciudadanos, pero se desprende hasta cierto punto de sus criterios de valoración; siendo central el sujeto y el modo en que la legitimidad resulta “acreditada”, la democracia se presenta en este contexto (sólo) “como procedimiento para acreditar la legitimidad” y los ciudadanos quedan reducidos a “última instancia” de legitimación apenas operativa (págs. 581 ss., 588, 592 ss.). Dice por ejemplo la autora: “naturalmente que la democracia (en el Estado o más allá de él) no es un fin en sí misma. Sirve a la autodeterminación del individuo” y, por ello, requiere control (pág. 749).

¹⁷⁰ Ibid., págs. 176 ss.; cfr. igualmente Th. Giegerich, op. cit. en n. 121.

parciales y necesitadas por tanto de integrarse en una estructura que cubra sus déficits. Es cierto que aquí se ofrecen muy diversas perspectivas y que cada autor insiste en los matices diferenciales. Pero quizá sea posible tipificar algunas posiciones básicas, con valor simplemente ejemplificativo, que podríamos identificar como a) yuxtaposición que reconoce la primacía del Derecho comunitario, b) cooperación en red, c) coordinación bajo la prioridad del Estado, y d) coordinación orientada por los principios constitucionales asentados en las constituciones estatales.

a) *Yuxtaposición*. La simple yuxtaposición revela “una tendencial dualidad constitucional (...) en la que dos ordenamientos equiparados no excluyen una hipótesis de confrontación”¹⁷¹. Pues si el Derecho comunitario conforma un sistema jurídico autónomo, cuyos métodos y límites han sido definidos desde su interior por un órgano jurisdiccional propio, sus fronteras no coincidirán necesaria y exactamente con los que han trazado para sí otros sistemas que funcionan en paralelo: la “apertura cognitiva” de cada sistema a la información exterior no excluye las diferencias; homogeneidad e incluso unidad resultan menos verosímiles¹⁷². En cualquier caso, la elaboración de una teoría diferenciada de la primacía del Derecho comunitario permitiría, a juicio de von Bogdandy, establecer un régimen sutil de vinculaciones¹⁷³.

Bajo tales supuestos, afirma dicho autor, “la Constitución de la Unión y las Constituciones de los Estados miembros se sitúan en relación de complementariedad en un espacio constitucional conjuntamente determinado”¹⁷⁴, por ejemplo, a partir de la cooperación entre Tribunales Constitucionales y Tribunal de Justicia. Y, de este modo, “el Derecho constitucional de la Unión resulta sólo una Constitución parcial del espacio constitucional europeo y alcanza pleno significado sólo mediante su contemplación conjunta con las Consti-

¹⁷¹ P. Cruz, op. cit. en n. 59, págs. 29 ss., 31 para la cita.

¹⁷² A. v. Bogdandy, op. cit. en n. 109, págs. 14 s.

¹⁷³ Ibid., págs. 22 s. Cfr. también, por ejemplo, las propuestas de P. Cruz, op. cit. en n. 59, págs. 72 s. para el presupuesto, 78 ss. para la formulación concreta

¹⁷⁴ A. v. Bogdandy, “Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union”, cit. en n. 132, pág. 1042.

tuciones de los Estados miembros”: se forma “un contexto normativo general”¹⁷⁵.

Aún así, “el significado de la idea de autonomía en el desarrollo del Derecho primario europeo, la tradición acumulada en su procesamiento, las necesidades analíticas (...) legitiman que se siga centrando la atención en el nivel europeo, excluyendo en buena medida la consideración de las Constituciones de los Estados miembros”¹⁷⁶. Pese a la imagen final de “un espacio constitucional común de constituciones parciales complementarias”¹⁷⁷, y también pese a la admisión de un entrecruzamiento de competencias y responsabilidades, “ninguna parte del sistema representa el todo”, ni siquiera hay “un sistema unitario conjunto”: predomina la autonomía recíproca de los diversos ordenamientos implicados en la liga constitucional¹⁷⁸. “La idea estructural del federalismo supranacional está más cerca de una concepción de constituciones parciales que no de una amalgama de partes antes discretas en una unidad nueva de naturaleza política y jurídico-constitucional que recubre todo”¹⁷⁹.

b) *Cooperación*. Otros enfoques insisten, sin embargo, en esa ulterior estructura de superior complejidad, aunque reconozcan que sus diversos *elementos* se presentan en desarrollo relativamente independiente y asincrónico. Tal comprensión está en los orígenes de la noción de *liga constitucional europea* (europäischer Verfassungverbund) acuñada por Ingolf Pernice, o del llamado constitucionalismo en varios niveles.

La idea de la liga constitucional enlaza metodológicamente con la *teoría constitucional europea* de Peter Häberle¹⁸⁰, aunque éste prefiera referirse a una “Comunidad constitucional en formación” o a “formas preliminares de una Constitución completa que, como un caleidoscopio inacabado, hasta ahora sólo vincula recíprocamente Constituciones *parciales*” (págs. 36, 208 ss.)¹⁸¹: tal sería la Consti-

¹⁷⁵ A. v. Bogdandy, op. cit. en n. 131, págs. 157, 185.

¹⁷⁶ Ibid., pág. 157.

¹⁷⁷ Ibid., pág. 186.

¹⁷⁸ A. von Bogdandy, op. cit. en n. 130, págs. 11 ss.

¹⁷⁹ A. v. Bogdandy, op. cit. en n. 131, pág. 161.

¹⁸⁰ Cfr. su monografía, bajo este título, cit. en n. 19; a tal obra se refieren las páginas entre paréntesis en este párrafo.

¹⁸¹ Véanse págs. 216 ss. y 241 ss. para una referencia más precisa a aquella Constitución plena y a su progresivo advenimiento.

tución vigente de Europa. A la vez estimulado y refrenado por la cualidad fragmentaria y movediza de esa Constitución (pág. 37), renuncia Häberle a un análisis del Derecho constitucional europeo¹⁸² para mantenerse en el nivel *más elevado y más abstracto* de la teoría de la Constitución (págs. 2, 37), desarrollada, dentro del generoso contexto de las ciencias de la cultura, conforme al método del análisis histórico y comparado de textos con relevancia constitucional formulado por el propio autor (págs. 4 ss.). La Constitución misma es concebida así como *cultura* (cfr. sólo págs. 11 ss., 124 ss., 204 ss.).

Pernice¹⁸³ adopta un uso enfático del concepto de Constitución europea, apelación incluida a un verdadero “contrato social europeo” como fundamento del edificio constitucional (págs. 167 s.): dado que “la legitimidad puede basarse hoy únicamente en la autodeterminación del individuo” (págs. 160 ss.), son también los ciudadanos quienes “tienen la capacidad de legitimar la comunidad supranacional, de ellos recibe su autoridad” (pág. 164). Aunque los propios ciudadanos no sean conscientes de ello (pág. 176), la transferencia de competencias se debe concebir así “desde la perspectiva del individuo, del ciudadano, como acto originario de conferir o atribuir competencias

¹⁸² Cfr. en todo caso su delimitación metodológica en págs. 111 ss., especialmente la referencia a la estructura de tal Derecho a partir de principios y las consecuencias de pérdida de jerarquía, págs. 114 ss. Antecedentes de estos desarrollos se encuentran, por ejemplo, en la propuesta metodológica formulada en P. Häberle, “Derecho constitucional común europeo”, *REP* 79, 1993 (págs. 11 ss., 30 ss.), cuyo objetivo expreso era “sacar a la luz los factores comunes, lo concordante”, sin “dejarse ofuscar la mirada (...) con las peculiaridades superficiales propias de cada nación”.

¹⁸³ Seguimos la formulación de sus tesis en “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, *VVDStRL* 60, Berlín/New York: Walter de Gruyter, 2001, págs. 148 ss. (versión en castellano: “Derecho constitucional europeo y Derecho constitucional de los Estados miembros”, *Revista Española de Derecho Europeo* 8, 2003, págs. 601 ss. Salvo para la breve introducción añadida por el autor en la versión castellana, citamos por la edición alemana, a la que se refieren las páginas entre paréntesis en este párrafo y el siguiente). La idea, en cualquier caso, había sido desarrollada con amplitud en trabajos anteriores del autor; cfr. sólo “Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund”, *Europarecht* 1996, págs. 27 ss., esp. 29 ss.; “Artikel 23 [Europäische Union]”, en H. Dreier (ed.), *Grundgesetz Kommentar, Band II*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, págs. 341 ss.; op. cit. en n. 53, págs. 208 ss.; *Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund*, Berlín: Humboldt-Universität, 2000, esp. págs. 9 ss.

a órganos creados por los Tratados. En la ley parlamentaria que ratifica los Tratados se manifiesta, pues, la voluntad de los ciudadanos formada de conformidad con el principio democrático, en sintonía con la voluntad de los ciudadanos de otros Estados, orientada a fundar y desarrollar la Unión” (págs. 166 s., 171). Mientras que otros Tratados que instituyen organizaciones internacionales, legitimados de igual forma, tienen por sujeto de su vinculación jurídica a los Estados, el Tratado de la Unión “funda una relación jurídica inmediata entre los ciudadanos y la Unión, con sus instituciones” (págs. 170 s.)¹⁸⁴. De esta manera, los Estados habrían “dejado de ser incluso señores de sus propias Constituciones” (págs. 171 s., 178 ss.).

En ese contexto, un concepto postnacional de Constitución, distanciado de cualquier evocación estatista (págs. 149 s., 155 ss.), atiende a las funciones (págs. 153, 158 ss., 163 s.) que hoy sólo se satisfacen en el marco de un “sistema constitucional compuesto en el que se refleja la estructura multinivel de la Unión Europea”¹⁸⁵: La “tesis es que ya hay una Constitución europea. Con ello me refiero a la vinculación de los planos constitucionales europeo y estatal. El Derecho constitucional europeo y el de los Estados forman dos planos de un sistema ligado material, funcional e institucionalmente para formar una unidad. Así comprendo los elementos de la Unión Europea, el supranacional y el que está primariamente estructurado como intergubernamental, como dos componentes del plano constitucional europeo que se complementan recíprocamente” (pág. 153). Tal “sistema unitario” (págs. 172 ss.) no se basa en criterios jerárquicos, sino cooperativos: sus planos se articulan mediante mecanismos de estabilización recíproca (págs. 185 s.). Cada modificación en la

¹⁸⁴ W. Hertel, op. cit. en n. 3, págs. 244 ss., caracteriza expresivamente la supranacionalidad como una situación ajena a las imágenes clásicas del Derecho estatal e internacional, en los que la obligación jurídica recae sobre los mismos sujetos que fundan el poder de establecerla, respectivamente los ciudadanos o los Estados. En el Derecho europeo, los Estados fundan un poder que recae directamente sobre los ciudadanos; de esa peculiaridad deriva la presencia de una integración de los Estados y una integración de los ciudadanos, en cuya ordenación recíproca consistiría la específica tarea constitucional en Europa.

¹⁸⁵ I. Pernice, “Derecho constitucional europeo y Derecho constitucional de los Estados miembros”, cit. en n. 183, pág. 602.

configuración constitucional de la Unión Europea se convierte así en una reforma sustancial de las propias constituciones nacionales¹⁸⁶.

Este “Derecho constitucional común europeo” funciona, conforme a la exposición de Heintzen¹⁸⁷, “como expresión de unidad jurídica y política, como directriz para la interpretación e integración de lagunas en un ordenamiento jurídico dado y como modelo para un orden federal futuro”. La homogeneidad constitucional no resulta, como en los órdenes federales, de una decisión superior, sino que surge “de coincidencias y diferencias en el Derecho constitucional de los Estados miembros” (pág. 6); y se proyecta por ejemplo sobre los Estados candidatos a la adhesión (págs. 4 ss.), pero también verticalmente, sobre la propia Unión Europea (págs. 14 ss.). La reciprocidad de relaciones en la liga constitucional no configura, en cualquier caso, una realidad aporética con una orientación definida (págs. 15 s.): la elevada abstracción de los principios conduce a su correspondiente formalización (págs. 7 s.); los derechos fundamentales, orientados por la idea del *homo oeconomicus*, apenas encarnan valores fundamentales o expectativas constitucionales, mucho menos dan pie a la formación de un patriotismo constitucional (págs. 10 s.); en los aspectos organizativos la convergencia es aún precaria, pues los principios que imponen la mencionada homogeneidad vertical apenas permiten hablar de un Derecho constitucional común, que evoca tradición y desarrollo compartidos (págs. 12 ss.); “la Constitución de la Unión Europea es (...) una Constitución sin Estado, pero no porque la Constitución preceda necesariamente a la estatalidad en un sentido teórico, sino, al revés, porque la cuestión del poder político se escapa en parte de la pretensión reguladora de una Constitución Europea” (págs. 11 s.)¹⁸⁸. Por todo ello cabe hablar “de un ‘Derecho constitucional europeo’ (...) como categoría sistematizadora y expli-

¹⁸⁶ Cfr. por ejemplo I. Pernice, op. cit. en n. 53, págs. 219 ss., y “Artikel 23 [Europäische Union]”, cit. en n. 182, pág. 340.

¹⁸⁷ M. Heintzen, “Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union”, *Europarecht* 1997, págs. 3 ss.; de nuevo recurrimos a citar entre paréntesis las páginas de dicho trabajo.

¹⁸⁸ En este mismo sentido se refiere F. Balaguer Callejón, “Die europäische Verfassung auf dem Weg zum Europäischen Verfassungsrechts”, *JöR* 53, 2005, pág. 407, a una *Constitución nominal*, justamente identificada como tal por lo que *no* regula: tendríamos “elementos o factores constitucionales”, pero aún no una *Constitución normativa*. Añade, sin embargo, que esa limitación bien puede ser compartida hoy por las Constituciones estatales,

cativa”, que en cualquier caso no aporta respuestas acabadas a muchos problemas; quizá por eso resulta recomendable “omitir deducciones jurídico-conceptuales a partir del concepto de Constitución” (pág. 12).

Una perspectiva similar adoptan otros autores que, sin embargo, logran dotar de mayor precisión a las relaciones que conforman esta liga constitucional. Para Anne Peters, por ejemplo, no implica unidad de ordenamiento, sino formas particulares de comunicación entre sus elementos integrantes; y analiza así con detalle los procesos de europeización del Derecho constitucional, constitucionalización del Derecho comunitario y homogeneización horizontal de los ordenamientos constitucionales de los Estados¹⁸⁹. Pero es necesario dejar ahora a un lado esas concreciones y conformarnos con el modelo sustancialmente expuesto hasta aquí.

c) *Prioridad del Estado*. Un intento de perfilar esta construcción reforzando el trazo que corresponde a uno de sus elementos procede de Huber¹⁹⁰, que asume el concepto de liga constitucional, pero lo interpreta desde parámetros diferentes.

La noción de Constitución resulta referida, a su juicio, no al Estado, cuya concepción por lo demás difiere notablemente entre por ejemplo el Reino Unido y Alemania, sino al poder político institucionalizado (págs. 197 ss.). En la medida en que el Derecho primario “cubre prácticamente todas las exigencias del concepto formal y material de Constitución, resulta plausible referirse a él como ‘Constitución’. Pero con eso solo tampoco se consigue demasiado” (pág. 199). El análisis del modo en que las funciones constitucionales se cubren en la Unión Europea (págs. 199 ss.) conduce más bien a una vinculación entre el Derecho constitucional de la Unión y el de los Estados miembros (págs. 208 s., 222 ss., 226 ss.): “sólo de su consideración conjunta resulta el orden fundamental de la vida social y política en la Unión Europea”; por eso deben ser considerados como aspectos

que tampoco pueden pretender una regulación omnicompreensiva del poder.

¹⁸⁹ Cfr. A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 207 ss., 248 ss.; véase igualmente el escrito de habilitación de Th. Giegerich, cit. en n. 121.

¹⁹⁰ P. M. Huber, op. cit. en n. 97, págs. 194 ss. (una vez más, las páginas entre paréntesis que figuran en los párrafos siguientes se refieren a esta ponencia).

parciales o complementarios de una liga constitucional, en la que corresponde una posición de enlace estructural al Derecho primario de la Unión, colocado en el cruce entre el Derecho constitucional de los Estados y el Derecho derivado (pág. 209).

Ahora bien, para dotar de sentido a esta situación constitucional Huber retorna al concepto frente al cual se gestó precisamente la idea del *Verfassungsverbund* o liga constitucional: el *Staatenverbund* o liga de Estados, que a su juicio refleja de modo óptimo “el fenómeno caracterizador de la liga constitucional que consiste en la referencia y el acoplamiento recíprocos de constituciones parciales” (págs. 209 s.). Y en tal categoría busca orientación para responder a las concretas cuestiones jurídicas que se plantean, comenzando por la referida a las relaciones entre el ordenamiento nacional y el comunitario (págs. 210 ss.).

La consiguiente construcción, superadora del tradicional dualismo (págs. 211 s.), comienza negando la autonomía del Derecho comunitario y atribuyendo preponderancia al mandato estatal por el que se ordena la aplicación del Derecho comunitario en el Estado (págs. 213 ss., esp. 219 ss.). Los Estados siguen siendo “señores de los Tratados” precisamente, afirma Huber, en garantía de las funciones constitucionales en el marco de la Unión (pág. 222); porque el Derecho constitucional de los Estados sigue siendo punto de referencia y fuente material de producción para el Derecho constitucional comunitario (págs. 225 s.). En él resulta preferible evitar el término “Constitución”; el simple “Tratado constitucional” permite subrayar el dominio que sobre él ostentan los Estados miembros (págs. 234 s.). A esta perspectiva se asocian consecuencias limitativas no sólo en materia de distribución de competencias, sino especialmente con referencia a la organización del poder comunitario y a la eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales (págs. 236 ss.). El autor considera que, de este modo, se preservan “las estructuras estatales nacionales que caracterizan la identidad de Europa (...) Por eso la liga de Estados, conforme a todas las previsiones, no supone una estación de paso en el camino hacia la fundación de un Estado europeo” (pág. 240).

Pero, concebida con tan profunda asimetría, la locución *Liga constitucional* pierde buena parte de su fuerza expresiva. De hecho, una similar percepción del “papel constitutivo de los Estados miembros y de la relación asimétrica entre los Estados y su Unión” lleva a Peter Badura a rechazar que las Constituciones estatales se hayan

reducido a Constituciones parciales y a ser reticente frente a la imagen de la *liga constitucional*¹⁹¹.

d) *Prioridad del constitucionalismo estatal*. Tesis estructuralmente similares a estas últimas se han sostenido también con un fundamento material diferente, sin recurrir al Estado como criterio decisivo y permaneciendo por tanto en el terreno específico del análisis constitucional. La posición debilitada de los elementos constitucionales específicamente europeos no deriva entonces de la prevalencia conceptual del Estado, sino de la acreditada garantía de los principios constitucionales que actualmente proporcionan las constituciones estatales.

Antonio López Pina y el autor de este estudio, en un libro publicado hace algunos años, aceptábamos por ejemplo que “el sentido de las Constituciones y su fuerza normativa son especialmente alterados por el Derecho comunitario. Las funciones que en la teoría clásica identificaban materialmente a la Constitución sólo se cumplen ahora a través de un nuevo entramado jurídico, en el cual el Derecho comunitario ocupa un lugar por demás relevante (...) A partir de la integración, pues, la realidad constitucional se complica desde el Derecho comunitario; es necesario cobrar conciencia de que la Constitución contiene, hoy más que nunca, una regulación parcial, cuya posición suprema ha dejado de estar *hors de concours* (Ramiro Rico) (...) Cada Constitución estatal se integra así con el Derecho comunitario, en términos de recíproca complementariedad”¹⁹². Ahora bien, “en cada Estado miembro se producirá una síntesis particular entre aquel Derecho comunitario que asume *las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros* (art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea) y el específico Derecho nacional que, singularmente en el plano constitucional, comporta principios jurídicos indisponibles para cada Estado”. La asimetría del conjunto se refuerza mediante la apelación a los elementos materiales del concepto de Constitución: “Los postulados democráticos, de imperio de la Ley y de garantía de la igualdad permanecen hoy en el ámbito de realización de los Estados. Las constituciones de los Estados, forzadas a abrirse a la integración europea, actúan simultáneamente como reserva de le-

¹⁹¹ P. Badura, op. cit. en n. 65, págs. 429 y 436.

¹⁹² A. López Pina, I. Gutiérrez Gutiérrez, op. cit. en n. 62, págs. 41 s., 40 para la cita siguiente, 45 s. para la más extensa que cierra el párrafo

gitimidad frente al desenvolvimiento del Derecho comunitario; sirven como baluarte de la racionalidad cuandoquiera que los procesos supranacionales se orienten hacia principios no constitucionales. La doble función del Derecho constitucional, como garantía y como estímulo de los procesos de legitimación de la Unión Europea, permite apostar por el Estado constitucional como punto de partida; el Estado social y democrático de Derecho es aún el marco, conforme a los postulados de la Ilustración, históricamente no superado de la convivencia humana”.

En términos sustancialmente idénticos, “cuando a ojos vistas nuestro ‘espacio constitucional’ se vuelve europeo”, Cruz Villalón adopta “como hilo conductor la idea de complejidad, vale decir, la posibilidad y el sentido de un constituyente *compuesto* (...) de una Constitución *compuesta*, a la hora de interpretar el *bloque* formado por la Constitución de la Unión y las de los Estados. La constitucionalidad ha pasado a ser un *continuum*”¹⁹³, “un ámbito en el que cada una de sus comunidades nacionales integrantes no se rige exclusivamente por la respectiva constitución nacional, sino en el que, junto a éstas, otras normas determinan materialmente su constitucionalidad (...) De ahí que la Constitución de 1978 sea hoy día solamente una de las normas, por más que la más relevante, de las que condicionan nuestra libertad y nuestra democracia” (pág. 14, cfr. también págs. 40, 49 ss.). Ahora bien, frente a “una especie de fuga hacia un espacio constitucional indiferenciado”, la imagen del *constitucionalismo dual*, a su juicio, transmite “mejor el cambio estructural que se plantea”; un constitucionalismo dual conforme al cual los Estados están regidos por su propia Constitución y por la de la Unión, mientras que la Unión se rige por su Constitución “y la suma de las Constituciones de los Estados miembros” (págs. 141 ss.)¹⁹⁴.

¹⁹³ P. Cruz Villalón, op. cit. en n. 59, pág. 9; en el propio texto, entre paréntesis, indicamos las referencias sucesivas. Para la concreción de sus propuestas puede verse P. Cruz Villalón (coord.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Bilbao: Fundación BBVA, 2006, con recensión de I. Gutiérrez Gutiérrez en *TRC* 22, págs. 674 ss.

¹⁹⁴ Esa suma determina por ejemplo, como señala P. Cruz, la proyección del art. 23 de la Ley Fundamental de Bonn como garantía de constitucionalidad del Derecho comunitario también para los demás Estados miembros; cfr. también P. M. Huber, op. cit. en n. 97, págs. 225 s.; M. Heintzen, op. cit. en n. 187, pág. 14. Al alcance general de esta cláusula, e incluso de la

Ese *espacio constitucional* está además determinado por “la asimetría constitucional de Europa” (pág. 11), que deriva de la heterogeneidad de estructuras constitucionales en los Estados miembros (págs. 47 s., 53, 59, 62 ss., 69 s., 85 ss., 91 ss.)¹⁹⁵, pero muy especialmente de la diferente cualidad del constitucionalismo estatal y del europeo. En ese “*continuum* constitucional a varios niveles (...) el centro de gravedad que es y seguirá siendo todavía el constitucionalismo estatal encuentra hacia arriba una prolongación en un constitucionalismo de la Unión y hacia abajo en un constitucionalismo autonómico” (pág. 15, cfr. pág. 89). Incluso como proyecto, “la constitucionalidad que Europa necesita procurarse es todavía, ante todo y sobre todo, una constitucionalidad nacional” (págs. 39 s.); “el constitucionalismo europeo en sentido estricto, el de la Unión”, no configura sino “un constitucionalismo *cualitativamente menor*, comparado con el constitucionalismo estatal” (pág. 90). Por todo ello es también asimétrico el sistema de estabilización recíproca que incorporan los ordenamientos constitucionales europeo y nacional (págs. 73 s., 80, 139 ss.). Esto conduce, por ejemplo, a singularizar la situación procesal de la constitución nacional ante el Derecho comunitario (págs. 78 ss.); pero es más significativo aún que la tesis se deje coordinar aporoblemáticamente con la propuesta de Anne Peters, ideada con sentido pragmático para evitar el “choque de jurisdicciones”, de interpretar el Derecho comunitario conforme al Derecho nacional¹⁹⁶.

Las cuatro posiciones hasta aquí esbozadas evidencian que resulta casi imposible separar las aportaciones *descriptivas* y *analíticas* de las *postulativas* y *programáticas*, como propone Badura¹⁹⁷. En términos de Möllers, “la mezcla de cuestiones políticas y jurí-

jurisprudencia constitucional alemana y de sus reservas frente al Derecho comunitario, alude igualmente J. Isensee, op. cit. en n. 112, págs. 576, 588: “Tanto los demás Estados que son parte en los Tratados como los órganos comunitarios han tomado conocimiento de la concepción jurídica alemana sin manifestar su rechazo o declarar sus reservas; permiten por tanto que tenga vigencia (...) La posición alemana está así en camino de convertirse en la común europea, dejando a un lado algunas críticas que se aprecian en la literatura jurídica”.

¹⁹⁵ Cfr. también F. Balaguer Callejón, op. cit. en n. 188, págs. 407 ss., que apela a la necesidad objetiva de superar tales asimetrías si se pretende establecer una Constitución normativa en sentido clásico.

¹⁹⁶ A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 284 ss.

¹⁹⁷ P. Badura, op. cit. en n. 65, pág. 428.

dicas hace que cada formulación de teoría constitucional adquiera de inmediato un contenido de política constitucional (...) Cuando se plantea la pregunta de si Europa tiene o no tiene una Constitución, también se trata de responder a la cuestión de si debe tenerla o no y, finalmente, de valorar la situación del proceso de integración desde el punto de vista de la política constitucional¹⁹⁸. Como Anne Peters señala, el debate en torno a dicha pregunta debe ser comprendido como una discusión sobre el modo idóneo de defender los principios constitucionales a nivel europeo, sea impulsando su adopción por la Unión Europea, sea preservándolos en los Estados¹⁹⁹. Justo en este contexto se comprende también el orden de las cuestiones que plantea Francisco Balaguer, cuando se pregunta primero por la necesidad de una Constitución para la Unión Europea y, sólo luego, por su posibilidad²⁰⁰.

Por eso, las determinaciones sobre la estructura del Derecho constitucional europeo que hemos tipificado conllevan respuestas sobre el significado y la transcendencia de los postulados constitucionales en el desarrollo del Derecho comunitario. El análisis correspondiente ha sido ya expuesto con detalle por López Pina, que constata cómo a buena parte de las tomas de posición subyace un cierto acuerdo en favor del mantenimiento sustancial del *status quo*, en su caso sujeto a una dinámica autónoma que apenas se pretende modular²⁰¹. La propuesta de un documento constitucional suele agotarse así en los fines inmediatos de certeza jurídica y consolidación de la situación existente; hasta el extremo de que Grimm ha señalado la relativa incongruencia que existe entre el empeño por dotar a Europa de una Constitución y la simultánea afirmación de que Europa ya dispone de una Constitución que, todo lo más, es objeto de modestas propuestas de mejora²⁰².

¹⁹⁸ Chr. Möllers, op. cit. en n. 102, págs. 1 y 29, también 56 s.

¹⁹⁹ A. Peters, op. cit. en n. 14, págs. 68 ss.

²⁰⁰ F. Balaguer Callejón, op. cit. en n. 188, págs. 400 s. Su tercera pregunta plantea “qué tipo de Constitución es posible en la Unión Europea”; y anticipa de inmediato, como hipotética respuesta (luego confirmada, cfr. pág. 406), que si la Constitución necesaria no es posible *habrá que* adoptar otra, la Constitución posible (pero supuestamente *no necesaria*).

²⁰¹ A. López Pina, *Los Tratados de la Unión Europea*, op. cit. en n. 62, págs. 48 ss. para la doctrina alemana, 31 ss. para la española.

²⁰² D. Grimm, “Vertrag oder Verfassung”, cit. en n. 21, pág. 10; “¿Necesita Europa una Constitución”, cit. en n. 21, págs. 4 s.; W. Hertel, op. cit. en n. 3,

La orientación fundamental que proporcionan los clásicos principios constitucionales resulta para otros autores, sin embargo, irrenunciable. Díez-Picazo estima “más relevante (...) el constitucionalismo que las constituciones. El constitucionalismo, como doctrina que sostiene la necesidad de estructurar y limitar el poder político a través del Derecho, admite ser realizado por formas distintas ... lo irrenunciable es que el poder político —y la Unión Europea es ya un extraordinario centro de poder político— esté efectivamente estructurado y limitado por el Derecho”²⁰³. Justamente *la determinación constitucional del Derecho comunitario* inspira el libro *Elementos de Derecho Público* publicado por López Pina y el autor de este estudio, que invoca a tales efectos el principio de la homogeneidad constitucional²⁰⁴ no sólo a la hora de orientar la interpretación recíprocamente conforme de Derecho europeo y Derecho constitucional de los Estados, sino especialmente como guía necesaria en la reforma de los Tratados²⁰⁵.

págs. 234 s., subraya las vacilaciones terminológicas a las que conduce esta tensión, desde la *cuasi-constitución* hasta el *desarrollo constitucional*.

²⁰³ L. M. Díez Picazo, op. cit. en n. 127, pág. 17.

²⁰⁴ Cfr. ya en 1978 Chr. Tomuschat, op. cit. en n. 69, págs. 38 ss., que habla de un “egoísmo constitucional”: “Una legítima tendencia egoísta debe llevar a cada constitución a plantear ciertas exigencias de homogeneidad a los ordenamientos jurídicos y a las estructuras de decisión de una organización internacional cuyas decisiones más tarde se proyectan inmediata o mediatamente en la esfera jurídica nacional (...) De hecho, la privación de garantías especiales de protección ofrecidas por la Ley Fundamental debe ser compensada mediante garantías en todo caso equivalentes”; y en tal contexto expone la célebre doctrina Solange I. Al final de su estudio, y en términos más generales, añade: “Si la interdependencia fáctica y jurídica es el destino vital del Estado constitucional, a largo plazo no podría lograr mantener su identidad ideal si su entorno internacional le retara con concepciones completamente contrarias” (pág. 57). A. v. Bogdandy, sin embargo, reduce el principio a una simple exigencia de “compatibilidad estructural”, cfr. op. cit. en n. 130, pág. 14.

²⁰⁵ A. López Pina, I. Gutiérrez Gutiérrez, op. cit. en n. 62, pág. 41, y las demás referencias recogidas en la misma nota. Las limitaciones de la interpretación se pusieron de manifiesto con el intento de A. López Pina, a la vista del entretanto fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de dotarlo de sentido en el seno del mencionado proyecto de determinación constitucional del Derecho europeo (A. López Pina, *Europa, un proyecto irrenunciable*, cit. en n. 62). Quizá el problema fundamental radique en que, de lege lata, un Derecho constitucional europeo apenas puede

X. CONSTITUCIÓN, CONSTITUCIONALIZACIÓN, CONSTITUCIONALISMO Y DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

La idea de una *Constitución europea* genera inseguridades en la tradicional doctrina del Derecho constitucional; una Constitución en la *Comunidad internacional* bien puede ser percibida como un riesgo intolerable para el patrimonio teórico acumulado por la ciencia del Derecho público, al menos en la medida en que no se ciña al ya consolidado (y en esa medida casi inocuo) uso que identifica los tratados internacionales constitutivos de una organización internacional como su “Constitución”²⁰⁶, o quizá también a la posición supralegal que puede asumir el Derecho internacional en el seno del Derecho estatal. La propia expresión *Comunidad internacional* podría considerarse problemática, al menos si el término *Comunidad* debe aportar el significado específico que tiene, no sólo como tecnicismo sociológico al menos desde Tönnies²⁰⁷, sino también en el uso común. No parece fácil constituir una verdadera *Comunidad* cuyos

considerarse logrado cuando la atención se desplaza hacia las normas de organización que deben realizar el principio democrático. Es fácil apreciar que los derechos fundamentales plantean siempre problemas estructuralmente similares, mientras que las concreciones de la legitimación democrática y de la división de poderes en los diferentes Estados miembros apenas ofrecen similitudes suficientes como para desarrollar una dogmática común europea (cfr. Chr. Möllers, op. cit. en n. 102, págs. 49 s.).

²⁰⁶ Más allá pretende ir, sin embargo, el intento de caracterizar la Carta de las Naciones Unidas no como la Constitución de esa concreta organización, sino como la Constitución de la Comunidad de Estados; cfr. al respecto, en continuidad con las propuestas de Verdross, B. Fassbender, ahora en “Grund und Grenzen der konstitutionellen Idee im Völkerrecht”, en O. Depenheuer, M. Heintzen, M. Jestaedt y P. Axer (ed.), *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg: C.F. Müller, 2007, págs. 73 ss., 76 ss. para las tesis de Verdross, 78 ss. y 89 s. para su propia conclusión; del debate al respecto véase, por ejemplo, St. Kadelbach, Th. Kleinlein, “Überstaatliches Verfassungsrecht – Zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht”, *ArchVR* 44, 2006, págs. 249 ss.

²⁰⁷ F. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1991. Sobre el concepto de Comunidad internacional ya en 1860 (von Mohl) cfr. Chr. Tietje, op. cit. en n. 2, pág. 1083.

miembros sean entidades típicamente *societarias*, los Estados²⁰⁸; y resulta significativo que al lado de tal *Comunidad* de Estados se sitúe precisamente una *sociedad internacional* como espacio en el que se condensan foros públicos y relaciones económicas de ámbito transnacional.

Sin embargo, parte de la doctrina internacionalista apela al específico concepto de Constitución procedente del Derecho interno de los Estados, o, en términos menos dogmáticos, invita al menos a un análisis del Derecho internacional desde la tradición teórica y los métodos específicos del Derecho constitucional²⁰⁹. Son propuestas dogmáticas, teóricas y metodológicas dirigidas al seno de la comunidad científica del Derecho internacional, pero que fuerzan igualmente a los constitucionalistas a entablar un diálogo sobre su alcance. Porque presuponen un “cambio de paradigma”, en el cual “el papel del Estado no desaparece, sino que ‘simplemente’ se contextualiza”, del mismo modo que se relativiza, pero no desaparece, el papel de las Constituciones estatales pretendidamente omnicomprendivas²¹⁰.

No sería aquí pertinente una aproximación siquiera elemental al panorama que ofrecen las diversas orientaciones presentes en la doctrina del Derecho internacional público, a fin de situar entre ellas la aquí considerada²¹¹; y tampoco tiene mayor sentido abordar una caracterización más precisa y diferenciada de las mencionadas propuestas en un libro que, a continuación, incluye algunas de sus formulaciones más representativas. Nos conformaremos con llamar la atención sobre ciertos aspectos que determinan la incidencia de dicho empeño sobre el debate que venimos resumiendo acerca de las transformaciones en el Derecho constitucional.

Desde la perspectiva internacionalista, la referencia estática a una Constitución es frecuentemente eludida en favor de otra más di-

²⁰⁸ Cfr. Chr. Tomuschat, en este mismo volumen.

²⁰⁹ Para B.-O. Bryde, “Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts”, *Der Staat* 42, 2003, págs. 66 s., “más importante aún que la jerarquización del Derecho internacional es quizá la transformación en los métodos” que deriva de su inserción en la perspectiva jurídico-constitucional.

²¹⁰ Cfr. H. Eberhard, K. Lachmayer, G. Thallinger, cit. en n. 42, págs. 176 ss.

²¹¹ Cfr. A. Peters, “There is Nothing more Practical than a Good Theory: An Overview of Contemporary Approaches to International Law”, *GYIL* 44, 2001, págs. 25 ss., 35 s. para la que aquí nos interesa.

námica, *constitucionalización*, que subraya, como ha señalado Cruz Villalón en relación a la Unión Europea, “el carácter evolutivo (...) un constante proceso de crecimiento y de conformación”²¹²; un término además con el que, de nuevo, incluso los análisis más descriptivos parecen ligarse a elementos prescriptivos²¹³. Estos procesos de constitucionalización presuponen, en cualquier caso, dislocar el concepto de Constitución en elementos diversos susceptibles de desarrollo asincrónico, aceptando siquiera provisionalmente su actual carácter fragmentario. Por esta razón, la idea es rechazada en la misma medida en que se considere insatisfactorio tal tipo de análisis.

Grimm, por ejemplo, que diferencia cuidadosamente la constitucionalización de la jurificación, entiende que una constitucionalización de las relaciones internacionales o de centros de poder supranacional debería tener como criterio de referencia el riguroso concepto normativo de Constitución, que ya más arriba ha quedado expuesto y que, por estar indisolublemente a una determinada estructura unitaria de poder político, dificulta cualquier transferencia²¹⁴. “La constitucionalización se ha mostrado más bien como una forma especial de juridificación del poder, que presupone la concentración de todas las atribuciones del poder en un territorio y que se singulariza por un determinado y exigente nivel de juridificación. A ese nivel corresponde el origen democrático, la primacía y la vigencia general”. Pero, “del mismo modo que el poder público se desmenuza en el nivel internacional en numerosas instituciones sin vinculación entre sí y con competencias estrictamente limitadas, así se disuelve su regulación jurídica en numerosos ordenamientos parciales no relacionados”. En este contexto, aunque cabría hablar de juridificación, no es posible a su juicio referirse a una constitucionalización en sentido propio.

Wahl destaca, por su parte, la creciente juridificación de las relaciones internacionales y la progresiva densidad y vinculatoriedad

²¹² P. Cruz Villalón, op. cit. en n. 59, pág. 32. Cfr. igualmente H. Hofmann, op. cit. en n. 30, pág. 171, sobre la diferencia entre “la Constitución como arquitectura política” y el “permanente desarrollo constitucional”.

²¹³ Sobre este doble aspecto del debate en torno a la constitucionalización St. Kadelbach, Th. Kleinlein, op. cit. en n. 206, págs. 235 ss., que identifican incluso una tercera faceta.

²¹⁴ D. Grimm, op. cit. en n. 45, págs. 36 ss. Las dos citas siguientes proceden de su trabajo cit. en n. 29, págs. 164 y 166 s.

de las normas internacionales, cuya interpretación y aplicación supera la vieja perspectiva propia de la teoría de la voluntad y cuya garantía se adecua progresivamente a los mecanismos tradicionales del Derecho público²¹⁵; aunque en el ámbito internacional hay diferenciaciones internas relevantes, en general parece apreciarse una tendencia a la “revalorización” del Derecho internacional. Pero no se trata aquí sólo, a su juicio, de la juridificación de los diversos poderes que efectivamente actúan en ámbitos supraestatales, sino igualmente de responder a través del Derecho y de la diferenciación dogmática a las preguntas, sustancialmente constitucionales, de su formación, legitimación y control. Para él, “la llamada constitucionalización es una reacción consecuenta con la mayor cooperación de los Estados y con la actuación de los órganos de la Comunidad de Estados. Donde se produce tanto crecimiento de las competencias y de la capacidad de regulación, y con ello del poder, no puede seguir dominando solo la libre voluntad de los Estados cooperantes, sino que han de intervenir elementos limitadores en forma de constitucionalización”. Esta idea, dinámica y, en esa medida, relativamente indeterminada y abierta a gradaciones de intensidad, posee, pues, un valor añadido frente a la genérica juridificación²¹⁶: “El potencial del concepto radica en su cercanía y vinculación con el clásico concepto central de Constitución. El concepto de constitucionalización no debe alejarse demasiado de las funciones y rasgos característicos que la Constitución ha tenido durante más de doscientos años en el ámbito de los Estados. En esa medida resulta plausible conceptualizar como ‘constitucionalización’ los procesos y los pasos que, por su contenido y por la forma de su garantía, se acercan a cubrir, en el nivel no estatal, las funciones clásicas de la Constitución y del principio de constitucionalidad”. Debe referirse a fenómenos específicos que, por ejemplo, incorporen la nota de primacía²¹⁷.

Como subraya Walter en este mismo volumen, tal idea de constitucionalización puede ser referida al ordenamiento jurídico-internacional, describiendo e instituyendo en su seno relaciones de jerarquía; pero en ocasiones se comprenden bajo ella tanto el Derecho

²¹⁵ R. Wahl, op. cit. en n 69, págs. 56 s., 168 ss. para la revalorización del Derecho internacional que a continuación se alude en el texto, 91 s. para la cita ulterior.

²¹⁶ R. Wahl, op. cit. en n. 151, págs. 191 ss., 206 s. para la cita que sigue.

²¹⁷ Cfr. supra, n. 82.

internacional como el interno, cuya diferenciación, fijada por el dualismo de Triepel²¹⁸, quedarían así reducida, cuando no anulada, en el nuevo universo jurídico. Con la constitucionalización de la Comunidad internacional se apela también, pues, a la vinculación abierta de “espacios constitucionales” de alcance nacional y supranacional, cuyo modelo más acabado sería la ya mencionada liga constitucional europea²¹⁹. Se trata de un proceso orientado a generar orden especialmente en contextos en los que “la pluralización de los ordenamientos jurídicos dificulta una construcción jerárquica de conexiones de legitimación” democrática²²⁰.

Aunque los fenómenos de constitucionalización se presentan en el Derecho internacional bajo formas diversas²²¹, la perspectiva enlaza especialmente, como señala Möllers con referencia a la Unión Europea²²², con la tradición que concibe el constitucionalismo como un mecanismo de limitación y control del poder, no tanto con la que lo identifica primariamente con la legitimación democrática del mismo; en esa misma medida cobra preponderancia la función jurisdiccional frente a los procesos legislativos.

Entre los fenómenos dignos de ser incluidos en este ámbito estarían, por tanto, ciertas vinculaciones internacionales de los Estados, materialmente equivalentes a las constitucionales y dotadas de garantías judiciales que escapan a la voluntad de los propios Estados; algo que se puede aplicar en particular a los Tribunales internacionales en materia de derechos humanos²²³. Esta sujeción de los miem-

²¹⁸ Cfr. Chr. Tietje, op. cit. en n. 2, pág. 1083.

²¹⁹ Cfr. H. Rossen-Stadtfeld, op. cit. en n. 36, págs. 61 s., para quien el proceso de constitucionalización presupone en todo caso, conforme a la tradición del concepto de Constitución, una cierta unidad sustancial que a la postre resulta constituida; algo que, a su juicio, no se corresponde con la naturaleza dinámica de las relaciones de poder a las que dicho concepto pretende extenderse. La llamada constitucionalización expresaría simplemente, a su juicio, las regulaciones que naturalmente subyacen a los poderes en presencia.

²²⁰ Chr. Möllers, op. cit. en n. 102, pág. 53.

²²¹ Cfr. A. Peters en este mismo volumen.

²²² Chr. Möllers, op. cit. en n. 102, págs. 47 s., 52 s., 55 s.

²²³ R. Wahl, op. cit. en n. 151, pág. 198. El fenómeno se extiende ciertamente más allá de los derechos humanos: cfr. págs. 201 ss. sobre la Organización Mundial del Comercio, como supuesto más desarrollado y con mayor capacidad de incidir en la autonomía de los Estados, en particular a partir de

bros de la Comunidad internacional, los Estados, a normas objetivas que no quedan a su disposición, refleja la existencia de un interés público internacional superior al propio de los Estados y que genera así principios vinculantes para el conjunto de los mismos²²⁴. A ello responden, en definitiva, los distintos tipos de normas del Derecho internacional que estudia en este mismo volumen Bardo Fassbender, para las que se postula una validez que constreñiría incluso al poder constituyente de los Estados. Dice Wahl: “al desarrollo actual del Derecho constitucional y del Derecho internacional subyace la convicción de que ni siquiera el poder constituyente puede disponer libremente de valores fundamentales y vinculantes, al menos no si el Estado espera obtener un cierto reconocimiento en la Comunidad internacional”²²⁵. Quedan así atrás tanto un Derecho interno del Estado marcado por la idea de soberanía como un Derecho internacional igualmente determinado por tal noción, y aparece “un nuevo Derecho internacional que no hubiera sido posible sin la importante modificación de la concepción que de sí mismos tienen los Estados” y que se está desarrollando sólo en los últimos tiempos.

Todo ello exige que también desde la perspectiva de los Estados se atribuya cierta cualidad constitucional a tales normas y principios internacionales. Tomuschat señala que, “tradicionalmente entendido como el conjunto de reglas jurídicas sobre las relaciones interestatales, el Derecho internacional se ha ocupado notablemente

su sistema obligatorio de resolución de conflictos, cuyas decisiones pueden llevar aparejadas sanciones para los Estados; tan amplia juridificación del comercio mundial, que lo independiza relativamente del poder (económico y político) de los Estados implicados, no sólo garantiza la vigencia efectiva de los acuerdos internacionales, sino que “también abre claramente el territorio de los Estados, en el significativo ámbito del orden económico mundial, a la intervención internacional y a las actividades de sujetos económicos extranjeros” (pág. 33 de op. cit. en n. 69, donde aborda el mismo tema en págs. 29 ss.; véase también lo que dice al respecto A. Peters en el artículo incluido en el presente libro). Sistemáticamente sobre las transformaciones en el sistema internacional de resolución de controversias, A. Peters, “International Dispute Settlement: A Network of Cooperational Duties”, *EJIL* 14, 2003, págs. 1 ss.

²²⁴ S. Kadelbach, Th. Kleinlein, op. cit. en n. 206, págs. 255 ss., identifican como principios, y no tanto con ciertas normas, el contenido específico de este Derecho internacional materialmente constitucional.

²²⁵ R. Wahl, op. cit. en n. 69, págs. 170 s., 149 ss. para lo que sigue en el texto.

desde la segunda guerra mundial de formular principios orientadores para la ordenación de las relaciones intraestatales entre el poder soberano y los ciudadanos (...) Así cabe perfectamente hablar de una Constitución complementaria de naturaleza jurídico-internacional en la República Federal²²⁶. Con referencia específica a la Convención Europea de Derechos Humanos, Walter identifica la naturaleza materialmente constitucional de la garantía que brinda el correspondiente Tribunal Europeo no sólo para los Estados que no disponen de una jurisdicción constitucional propia²²⁷; y subraya que esa constitucionalización presenta un segundo aspecto en la medida en que el Convenio, sobrepuesto también a la libertad de los Estados a la hora de celebrar tratados e incluso a algunas reglas generales del Derecho internacional, provoca una adicional jerarquización interna en el seno del Derecho internacional²²⁸.

En definitiva, y al margen de las dificultades que puedan plantearse a la hora de precisar por ejemplo el significado, contenido y alcance de los derechos humanos incorporados a este Derecho internacional de naturaleza constitucional²²⁹, estamos, dice Wahl, ante “la formación de un ordenamiento dotado de primacía, en especial en materia de derechos humanos y fundamentales, y ante el desarrollo de principios constitucionales del Derecho internacional”²³⁰.

²²⁶ Chr. Tomuschat, op. cit. en n. 66, págs. 50 ss.

²²⁷ Chr. Walter, “Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß”, *ZaöRV* 59, 1999, págs. 961 ss.

²²⁸ Ibid., págs. 978 ss.; con mayor detalle sobre esto en “Grundrechtsschutz gegen Hoheitsakte internationaler Organisationen”, *AöR* 129, 2004, págs. 40 ss., esp. 54 ss.

²²⁹ Despejan las objeciones teóricas fundamentales que se oponen a este tipo de propuestas A. Peters, H. Schwenke, “Comparative Law beyond Post-Modernism”, *International and Comparative Law Quarterly* 49, 2000, págs. 800 ss. Cfr. también E. Denninger, op. cit. en n. 55, que aprecia dificultades insuperables para una fundamentación y una consecuente determinación de tal estándar mínimo de derechos humanos a partir de principios generales supraculturales (págs. 250 ss., 255 ss.), pero considera posible orientarse por un criterio pragmático, que tenga en cuenta las necesidades elementales y las experiencias traumáticas capaces de sustentar una convicción colectiva (págs. 257, 259 s.). Cfr. por lo demás B. Fassbender, “Idee und Anspruch der universalen Menschenrechte im Völkerrecht der Gegenwart”, en J. Isensee (ed.), *Menschenrechte als Weltmission*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, págs. 11 ss.

²³⁰ R. Wahl, op. cit. en n. 151, pág. 207.

Para Denninger, la tensión “dialéctica entre legitimidad derivada de los derechos humanos y del Derecho natural y la legalidad positiva de los Estados nacionales queda resuelta en un proceso mundial de progresiva positivización e institucionalización de las garantías internacionales de los derechos humanos con efectos sobre las categorías tradicionales del Estado de Derecho ‘soberano’²³¹. Ahora bien, añade Denninger, “la autoridad del Estado sigue siendo inevitable e imprescindible para la eficacia de los derechos humanos”, no sólo en el momento mismo de ratificar los correspondientes tratados o en atención a los amplios márgenes que los Estados se reservan para la suspensión de los derechos *en caso de necesidad*, sino especialmente en la medida en que, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Estrasburgo tienen carácter declaratorio y su ejecución queda remitida a los ordenamientos estatales²³².

El Derecho internacional ofrece así garantías constitucionales que, ciertamente, sirven en su caso de complemento al ya frágil constitucionalismo de los Estados; pero tales elementos constitucionales del Derecho internacional refuerzan sólo, de manera unilateral, ciertos pilares del complejo edificio cuyo equilibrio se había logrado en el Estado constitucional. Cuando se enfoca el Derecho internacional desde la perspectiva, también típicamente constitucional, de las funciones de creación, aplicación y garantía del Derecho, y se toman con ello en consideración el postulado democrático y principios como el de igualdad y el de seguridad jurídica, el resultado es por demás insatisfactorio, sin que quepa excusarlo mediante el desplazamiento de la cuestión de la legitimidad, desde el proceso de legitimación democrática, hacia la aceptabilidad y la eficacia de nuevas y complejas estructuras reguladoras tendencialmente “despolitizadas”²³³. Así lo

²³¹ E. Denninger, “Einleitung” (“Introducción”) a su libro *Der gebändigte Leviathan*, cit. en n. 54, pág. 10; cfr. igualmente en op. cit. en n. 55, págs. 249 ss.

²³² E. Denninger, “Einleitung”, cit. en n. 231, pág. 27; op. cit. en n. 55, págs. 260 ss.

²³³ R. Wahl, op. cit. en n. 69, págs. 27 ss.; la despolitización resulta en cierto modo compensada por otras organizaciones, las no gubernamentales, que tienden a quebrar la unilateralidad de los especialistas (págs. 43 s.); y, por lo demás, es exigible que sea compensada en atención a la elemental exigencia democrática de atender a los deseos y las demandas de los ciudadanos (págs. 79 ss.). La preocupación por el principio democrático en el contexto de la globalización ha sido expresada por A. v. Bogdandy, cfr. ahora “Demokratie,

ponen de relieve, en términos que sería aquí impertinente resumir, los análisis de Christian Tomuschat que se reproducen a continuación²³⁴.

Todo esto sólo significa que no cabe hablar de una Constitución internacional en sentido tradicional, sino de procesos de constitucionalización que se apoyan en una concreta concepción del constitucionalismo. En efecto, por más que se destaque la importancia de organizaciones internacionales que asumen de forma descentralizada la gestión de ámbitos funcionales diferenciados y especializados, el conjunto no aparece como una *estructura de organizaciones*, sino como una simple acumulación de desarrollos asimétricos y asincrónicos, sin duda abierta a eventuales procesos de comunicación, pero sin coordinación política²³⁵; al menos, no en los términos en los que el Estado pretendió tradicionalmente asumir esa dirección conjunta de la colectividad. En consecuencia, el Derecho constitucional para la Comunidad internacional, que se postula como complemento del estatal, ahora sólo parcial e incluso fragmentario, ofrece por su parte una imagen fragmentaria y parcial, que sigue precisando del complemento que ofrecen los elementos constitucionales preservados en los Estados. El resultado es que el mundo se articula jurídicamente mediante elementos constitucionales diversos colocados en distintos niveles y enlazados mediante muy diferenciadas conexio-

Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandaufnahme”, *ZaöRV* 63, 2003, págs. 853 ss., pero también ya anteriormente, por ejemplo en “Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation”, *Kritische Justiz* 2001, Teil I págs. 264 ss., Teil II págs. 425 ss. Sobre el tema de la legitimación A. Peters, op. cit. en n. 14, en términos de relación entre in-put y out-put, págs. 499, 570 ss.

²³⁴ Cfr. también por ejemplo R. Uerpman, “Internationales Verfassungsrecht”, *JZ* 2001, págs. 567 ss., con pág. 572 para la conclusión: la argumentación específica del Derecho constitucional es aceptable en el Derecho internacional “sólo si está apoyada por una organización y unos procedimientos de naturaleza jurídico-constitucional”.

²³⁵ R. Wahl, op. cit. en n. 69, págs. 35 ss. Una convincente exposición de las dificultades que entraña reducir a unidad tales procesos, con la consecuente renuncia a plantear la existencia de *una* Constitución o incluso de *una* Comunidad internacional, en Chr. Walter, op. cit. en n. 37, págs. 173, 175 ss. Sobre el intento de dotar de (relativa) unidad a tales procesos de constitucionalización mediante el reconocimiento de la Carta de las Naciones Unidas como Constitución de la Comunidad internacional cfr., supra, n. 206.

nes. La relativa claridad que se ha alcanzado en el intenso proceso de integración europea es sólo una excepción²³⁶. La correspondiente elaboración teórica, capaz de procesar el nuevo pluralismo orientándose por los postulados constitucionales, resulta, hoy por hoy, una tarea compartida por las doctrinas del Derecho constitucional y del Derecho internacional.

²³⁶ Sobre las posibilidades y los límites de una integración teórica de las perspectivas constitucionales presentes en el Derecho internacional y en el europeo a partir de los presupuestos metodológicos de su maestro P. Häberle véase M. Kotzur, "Wechselwirkungen zwischen Europäischer Verfassungs- und Völkerrechtslehre. Eine Skizze zu den Methoden und Inhalten", en A. Blankenagel y otros (ed.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, cit. en n. 30, págs. 289 ss.