

CRISIS DE LA SOBERANÍA ESTATAL Y CONSTITUCIÓN MULTINIVEL

José A. Estévez Araujo *

CRISIS OF STATE SOVEREIGNTY AND MULTILEVEL CONSTITUTION

RESUMO

ESTE ARTÍCULO ANALIZA LAS TRANSFORMACIONES QUE LA GLOBALIZACIÓN Y LA INTEGRACIÓN REGIONAL HAN PROVOCADO EN LA SOBERANÍA ESTATAL Y EN LAS CONSTITUCIONES, ESPECIALMENTE EN EUROPA. LA NOCIÓN DE "CONSTITUCIÓN MULTINIVEL" INTENTA CONCEPTUALIZAR ESOS CAMBIOS Y PUEDE SERVIR PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS QUE SE PRODUCEN ENTRE LAS NORMAS EUROPEAS, ESTATALES Y REGIONALES EN LA UE.

PALAVRAS-CHAVE

GLOBALIZACIÓN, SOBERANÍA, INTEGRACIÓN REGIONAL, CONSTITUCIÓN, UE

ABSTRACT

THIS ARTICLE STUDIES THE CHANGES THAT GLOBALIZATION AND REGIONAL INTEGRATION HAVE PRODUCED IN STATE SOVEREIGNTY AND IN THE CONSTITUTIONS, ESPECIALLY IN EUROPE. THE NOTION OF "MULTILEVEL CONSTITUTION" AIMS TO COMPREHEND THOSE CHANGES AND CAN PROVIDE A SOLUTION FOR THE DISCREPANCIES BETWEEN THE EUROPEAN, NATIONAL AND REGIONAL NORMS IN THE EU.

KEYWORDS

GLOBALIZATION, SOVEREIGNTY, REGIONAL INTEGRATION, CONSTITUTION, EU

LA SOBERANÍA Y SU CRISIS

Resulta ya un tópico decir que la soberanía estatal ha entrado en crisis. Esa crisis sería consecuencia de la globalización neoliberal y de los procesos de integración continental (como el que tiene lugar en Europa). Lo que no queda tan claro muchas veces es en qué consiste dicha crisis ni tampoco qué es lo que se entiende por "soberanía". Aquí se introducirán algunas consideraciones que pretenden contribuir a aclarar la discusión. Para ello se distinguirán dos ámbitos de la soberanía (el interno y el externo) y dos dimensiones de la misma (la material y la simbólica). De esta forma resultará más fácil determinar de qué manera la integración y la globalización han provocado la crisis de la soberanía.

En el ámbito interno, la dimensión material de la soberanía (entendida como característica del Estado moderno) consiste en que el poder político está por encima

de cualquier otro poder social. En este sentido, Negri y Hardt llegan a afirmar que el poder soberano se configura como una magnitud “trascendente”, situada más allá del alcance de los ciudadanos y los grupos sociales (HARDTY NEGRI 2002: 88-90).

La pretendida superioridad del poder político sobre cualquier otro poder social radicado en el territorio del Estado tiene un componente real y un componente ficticio. El componente real deriva del “monopolio de la violencia” que los Estados modernos lograron alcanzar en el ámbito de sus respectivos territorios. Esa concentración monopolística de poder coactivo se manifiesta en que ninguna organización social es capaz de enfrentarse militarmente de forma abierta al ejército estatal. Pueden existir grupos armados que realicen actos violentos, pero éstos serán siempre clandestinos. En el momento en que uno de esos grupos controle efectivamente una parte del territorio o impida que las fuerzas armadas estatales accedan a él, el monopolio de la violencia habrá dejado de existir y la soberanía entrará en crisis. Es lo que ocurre en el caso de Colombia donde la guerrilla y los paramilitares tienen bajo su dominio porciones del territorio estatal a las que el ejército y la policía colombianos no tienen capacidad de llegar.

El componente ficticio de esta superioridad del poder político se refiere a sus relaciones con el ámbito económico (CAPELLA 1997: 112). A medida que el capitalismo evoluciona y el poder económico se concentra, la capacidad del poder político para decidir con independencia de los intereses de conglomerados empresariales concretos disminuye. Con la globalización neoliberal, la concentración de poder económico se exagera hasta el punto de que las 200 mayores empresas del mundo tienen, según la ONU, un volumen de negocios superior al PIB de los 150 Estados no miembros de la OCDE. Hoy en día, cuando un Estado trata con una multinacional, la relación se plantea como una negociación (en el mejor de los casos), o como una imposición (por parte de la empresa) y no como una decisión o conjunto de decisiones que el poder político está en condiciones de imponer unilateralmente.

A la concentración de poder económico se une la “desterritorialización” como fenómeno que también hace entrar en crisis la superioridad material del poder estatal en el ámbito interno. La desterritorialización se traduce en una disminución o pérdida del poder de control del Estado sobre sus fronteras. La distinción interno / externo ha sido una dicotomía estructural del pensamiento político moderno y las fronteras han servido para delimitar el territorio sobre el que se ejerce la soberanía en su ámbito interno. El proceso de globalización neoliberal ha convertido las fronteras en enormemente permeables y los Estados ya no tienen poder para controlar las mercancías, los capitales, o las informaciones que circulan a través de las mismas (cf. STRANGE 2001). Como resultado, es perfectamente posible que fenómenos absolutamente cruciales para la economía de un país tengan lugar fuera de su territorio. Con ello, la capacidad de los Estados para determinar autónomamente su política económica ha disminuido enormemente en unos casos, llegando a desaparecer en otros.

La dimensión simbólica de la soberanía interna consiste en que el Estado se configura como fuente última de toda autoridad pública y como poder que decide en última instancia las controversias jurídicas. La dimensión simbólica del poder estatal no debe entenderse en ningún sentido como algo “irreal”, sino como algo “inmaterial”. La realidad tiene una dimensión simbólica en el sentido de que los entes que la integran, además de sus características físicas (tamaño, forma, color, olor...) tienen otras que proceden del significado que les atribuimos. Así, un trozo de tela tendrá un cierto tamaño y unos determinados colores (características físicas) pero el hecho de que nos emocionemos al verla o que nos indignemos si la queman no es el resultado de esos rasgos, sino de que se le ha atribuido un determinado significado social (por ejemplo, el de ser una bandera). El conjunto de significados que atribuimos a los objetos que nos rodean y a los hechos que acontecen conforman la dimensión simbólica de la realidad. Que toda la autoridad provenga del poder político estatal o que éste sea quien decida en última instancia deriva del significado que se atribuye a ese poder y forma, por tanto, parte de la dimensión simbólica del mismo.

La dimensión simbólica del ámbito externo de la soberanía está íntimamente relacionada con la del ámbito interno. Si en el interior el poder soberano se caracteriza por decidir en última instancia, en el exterior se manifiesta en que no hay ninguna entidad supraestatal que pueda dictar resoluciones jurídicamente vinculantes para los Estados. Un Estado tampoco puede prescribir resoluciones obligatorias jurídicamente para otro. El *ius belli* ilimitado y el derecho de no ingerencia serían corolarios de esa dimensión externa de la soberanía que configura el espacio global como un “pluriverso” político.

La dimensión simbólica de la soberanía en su ámbito externo se apoya en un rasgo material del poder de los Estados: no existe ningún poder militar estatal o supraestatal que sea irresistible. Es decir, no existe un ejército mundial que pueda imponerse a los Estados de la misma forma que el poder de éstos se impone a los ciudadanos. Tampoco existe un Estado que tenga una fuerza militar omnipotente. Los enfrentamientos entre Estados tienen una dimensión bélica, a diferencia de las cuestiones de orden público interno, que tienen un carácter policial.

El siguiente esquema puede servir para recapitular las diferentes dimensiones y ámbitos de la soberanía acerca de las que se ha hablado hasta ahora:

PODER SOBERANO DEL ESTADO	MATERIAL	SIMBOLICO
INTERNO	MONOPOLIO DE LA VIOLENCIA	DECISIÓN EN ÚLTIMA INSTANCIA
EXTERNO	PLURIVERSO POLÍTICO	NO INGERENCIA + IUS BELLII

La dimensión material y la simbólica de la soberanía estatal en su ámbito externo han entrado en crisis. Tras el final de la Guerra Fría, Estados Unidos ha acumulado un poder militar enormemente superior a la del resto de los países más desarrollados del planeta (V. p. ej. HELD y OTROS: 1999). Esta inmensa maquinaria bélica ha permitido que ese país haya llevado a cabo (solo o en coalición), acciones de castigo contra otros Estados más parecidas a actuaciones policiales que a un enfrentamiento bélico. Pensemos en la invasión de Panamá en 1989, que destruyó completamente uno de los barrios más populares de la capital y produjo un número indeterminado de muertos entre los civiles panameños sin causar bajas entre los militares norteamericanos. O recordemos que la primera invasión de Irak causó 148 muertos entre las fuerzas estadounidenses (1/4 a causa de “fuego amigo”, mientras que produjo entre 26.000 y 150.000 víctimas civiles y militares iraquíes [FISK 2006: 889]. Podemos pensar también en la invasión de Afganistán tras el 11S o en los bombardeos contra Serbia para “proteger” a los albano-kosovares. En todos esos casos, la disparidad de medios materiales y el grado de desarrollo de la tecnología militar norteamericana convirtió a los atacantes en prácticamente invulnerables en relación con los medios de defensa (especialmente antiaérea) de los atacados. Además, todas esas operaciones fueron presentadas como acciones de castigo en las que se mezclaban la retórica de la guerra con un lenguaje eminentemente policial. Para muchos Estados, pues, el ejército norteamericano se ha convertido en una fuerza irresistible, al menos mientras no pretenda invadir su territorio para conquistarlo.

Por otro lado, los Estados están hoy en día sujetos a los dictados jurídicamente obligatorios de diversas organizaciones internacionales. La Carta de la ONU limita el ejercicio del *ius belli* a los supuestos de legítima defensa en sentido estricto. La ONU tiene competencia para imponer sanciones a los infractores de esta norma, de las que sólo pueden sustraerse jurídicamente los cinco Estados que tienen derecho de veto en el Consejo de Seguridad. Organizaciones internacionales que han surgido o han sido remodeladas en el marco de la globalización neoliberal (como la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial) también dictan resoluciones jurídicamente obligatorias para los Estados y tienen poder sancionador sobre éstos. El mundo en el que los Estados no reconocían ninguna instancia superior ha dejado, pues, de existir aun cuando el nuevo (des)orden mundial no sea un universo político, sino algo más complejo y caótico.

LA MUTACIÓN DEL ESPACIO JURÍDICO-POLÍTICO EN LA UNIÓN EUROPEA

Algunas de las facetas de la “crisis de la soberanía” analizadas hasta aquí se han manifestado con especial vigor en Europa como consecuencia del proceso de integración

regional. Así el proceso de desterritorialización ha tenido una gran intensidad en los Estados de la Unión Europea, especialmente a partir de 1986 en que se inicia la construcción del “mercado único”. Esa “unificación” ha significado la implantación de la libre circulación de mercancías, capitales y personas a través de las fronteras de los Estados miembros. Con ello, los límites territoriales de los Estados de la Unión se han vuelto absolutamente porosos y los poderes políticos estatales han perdido el control sobre factores y elementos que afectan directamente a sus intereses vitales.

Desde 1986 se ha intensificado también la privatización de la producción jurídica en el ámbito de la CE / UE. Esta “privatización” es consecuencia, por un lado, de la concentración de poder económico que propicia la integración regional en el contexto de la globalización. Por otro, es el resultado de la utilización de los grupos de interés como canal de diálogo entre la Comisión Europea y la “sociedad civil” (acerca de la importancia y dimensión de los *lobbies* que actúan en Bruselas v. CEO 2002). La conjunción de esos dos factores ha incrementado exponencialmente la capacidad de influencia de los conglomerados de poder económico en la determinación de los contenidos de las normas europeas.

Pero lo que más nos interesa aquí son las transformaciones resultantes de la transferencia de competencias soberanas desde los Estados hacia las instituciones europeas. Éstas han adquirido facultades legislativas, ejecutivas y judiciales como consecuencia de este proceso. Ello ha afectado a la dimensión simbólica de la soberanía estatal tanto en su ámbito externo como interno: en determinadas materias ya no son los órganos estatales los que deciden en última instancia y la UE puede dictar resoluciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros (no sólo de carácter individual, sino también con forma de normas generales).

El proceso de integración europea no ha tenido como consecuencia, sin embargo, que la Unión se convierta en *la* instancia soberana. La soberanía en Europa ha experimentado una transformación que algunos autores han interpretado como una “dispersión” de la misma (SCHMITTER 1996). Aquí, siguiendo los textos del inventor del concepto de soberanía, vamos a caracterizar la situación que ésta vive en la Unión Europea como una pérdida de su carácter indivisible.

LA DIVISIÓN DE LA SOBERANÍA

Para entender lo que ha ocurrido con la soberanía en Europa puede resultar de utilidad partir de lo que Bodin considera las “marcas” de la soberanía, es decir, los poderes que caracterizan esa facultad. Para Bodin, las marcas de la soberanía son cuatro: el poder de dictar las leyes, el poder de declarar la guerra, el poder de decidir en última instancia y el poder de suspender la vigencia de las leyes. Estas funciones están articuladas entre sí y configuran un sistema que es lo que en su conjunto constituye la soberanía (BODIN 1986: 306 y ss.).

La soberanía así concebida es indivisible. No en el sentido de que tenga que ser ejercida por una única persona u organismo, sino porque el fundamento último de la legitimidad de esta serie de facultades soberanas es unitario. Eso es lo que hizo posible que, con el traspaso de la soberanía al pueblo y la aparición del Estado de Derecho primero y del Estado constitucional después, se subdividieran las marcas de la soberanía de las que habla Bodin y se atribuyeran a diferentes órganos o entidades, sin que eso significase la pérdida de su carácter indivisible. Así por ejemplo, el poder de crear derecho se subdividió en el poder constituyente por un lado y el poder de dictar las leyes por otro. O la facultad de decidir en última instancia se subdividió en distintos poderes, como el de decir la última palabra acerca de la aplicación correcta de las leyes o el de establecer la interpretación correcta de la constitución.

El que la subdivisión y atribución a distintos sujetos de las marcas de la soberanía no cuestionase la unidad de la misma se debió, como se ha señalado ya, a que la fuente última de la legitimidad de esa soberanía era única: al hecho de que de manera directa o indirecta (y más o menos ficticia) todos esos poderes podían reconducirse en último extremo a la voluntad popular. En aquellos lugares y situaciones en los que se dio un dualismo de fuentes de legitimidad (como en el caso del Imperio Alemán, en que existía una legitimidad monárquica independiente de la legitimidad democrática) se produjeron conflictos jurídico-políticos insolubles. Pero donde estuvo claro que la fuente última de legitimidad de todos esos poderes soberanos era única, fuera la voluntad monárquica o la voluntad popular, la subdivisión de los poderes soberanos no tuvo como consecuencia una crisis de la unidad de la soberanía.

La construcción europea ha afectado al carácter indivisible de la soberanía. La fragmentación de la soberanía se ha puesto de manifiesto, especialmente, en la pretensión manifestada por el Tribunal de Justicia europeo de que la Unión Europea tiene una fuente de legitimidad originaria y diferente de la de los Estados miembros. De acuerdo con esta tesis, los Tratados Constitutivos provendrían de un poder o voluntad que los legitimarían y que serían distintos de los que legitiman las constituciones de los Estados miembros (CANTARO 2003: 80-86, POIARES 2003b: 23-25).

Lo que no queda claro es cuál es esa fuente de legitimidad específica de la Unión Europea. No puede ser el pueblo europeo porque esa entidad no existe. Pero en unas ocasiones parecería que la fuente originaria de la legitimidad de la Unión Europea serían los pueblos europeos y en otras que fuesen los Estados europeos. En cualquier caso, la afirmación de ese carácter originariamente legítimo de los Tratados Constitutivos está en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo y es esa pretendida dualidad de fuentes últimas de legitimidad la que provoca la división de la soberanía en el seno de la Unión Europea (entendida ésta como el conjunto formado por las instituciones europeas y las de los Estados miembros) (CANTARO 2003: 80-86).

EL PLURALISMO JURÍDICO

Esta “división” de la soberanía genera, a su vez, una situación de pluralismo jurídico. Para entender qué se quiere decir con esa afirmación se puede partir de la idea kelseniana de que el sistema jurídico tiene una estructura piramidal. Esa imagen significa que la validez de las normas jurídicas depende de lo establecido en otras normas, que señalan los requisitos que deben cumplirse para la promulgación de las primeras. El hecho de que unas normas regulen o contengan las condiciones de validez de otras normas establece una jerarquía entre ellas y confiere un carácter escalonado al sistema jurídico. Éste conforma metafóricamente una pirámide en el sentido de que en última instancia todas las normas derivan su validez de un fundamento único que es la constitución o, más exactamente, (dicho en términos kelsenianos) la “norma fundamental”, es decir, la norma que señala quien tiene legitimidad para dictar la constitución.

La concepción de los sistemas jurídicos como pirámides estructuradas jerárquicamente plantea problemas incluso en el caso de los derechos estatales (OST Y KERCHOVE 2000). Pero aquí lo que interesa señalar son los efectos que ha tenido la integración europea sobre la estructura del sistema jurídico. El punto de vista que aquí se sustenta es -siguiendo los planteamientos de MacCormick-, (MAC CORMICK 1996) que el proceso de integración europea ha puesto en cuestión la estructura piramidal del sistema jurídico o, dicho más precisamente, ha generado una situación en la que resulta imposible reconstruir la relación entre los ordenamientos jurídicos estatales y el ordenamiento jurídico comunitario de manera que se pueda configurar una pirámide jurídica única. Esto es así en primer lugar por una razón que ya se ha señalado y es que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia europeo, los Tratados Constitutivos de la Unión Europea tienen una legitimidad originaria. Eso significaría que el derecho comunitario tendría un fundamento último de validez diferente del de los ordenamientos de los Estados miembros.

De las concepciones que existen de la relación entre el derecho comunitario y el derecho estatal, la visión monista que reconduce los ordenamientos a una pirámide única presidida por el derecho europeo es, pues, una solución inadecuada. También lo es la concepción dualista, puesto que el ordenamiento europeo y los ordenamientos estatales no pueden ser vistos como sistemas jurídicos independientes, que no se interfieren en su actuación y que pueden ignorarse mutuamente. Por tanto la visión más adecuada es la concepción pluralista que sostiene, entre otros, MacCormick (MAC CORMICK 1996). Según ésta, la aparición del derecho comunitario ha generado una situación de pluralismo jurídico, quebrando, así, una característica definitoria del Estado en la Modernidad: el monismo jurídico, el principio de que en el territorio de cada Estado rijan las normas de un único sistema jurídico.

LA CONSTITUCIÓN “MULTINIVEL”

Las reflexiones más interesantes que se han hecho en los últimos años en torno al concepto de constitución han sido en relación con la normativa de la Unión Europea. Uno de los debates más productivos en este ámbito ha sido el relativo a si la Unión Europea puede tener una constitución. Que el documento que elaboró la Convención Europea se denominara “Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa” o que el texto adoptado por la Conferencia Intergubernamental en octubre de 2004 llevase por título “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” pone de manifiesto hasta qué punto el debate sigue abierto: la normativa fundamental europea ¿debe ser considerada y tratada como un conjunto de normas de derecho internacional o como una constitución?.

La polémica acerca de si Europa podía o no tener una constitución en el sentido estricto del término se inició con un debate entre Grimm y Habermas (GRIMM 1997 y HABERMAS 1997). En el transcurso de la discusión acerca de si la UE tenía las características necesarias para poder dotarse de un ordenamiento constitucional hubo un grupo de autores que sostuvieron que la UE no sólo podía tener una constitución, sino que, de hecho, ya tenía una (V. p.ej. LANFRIED 2002, MAC CORMICK 1999, WEILER, 2003). Y uno de estos autores, Pernice, es el que elaboró el concepto de constitución “multinivel” (PERNICE 1999).

Como ya se ha señalado, la tesis de que la UE tiene una constitución se basa en la doctrina del Tribunal de Justicia europeo que considera que los Tratados Constitutivos son esa constitución. Esta doctrina no es sino el corolario de las tesis de la supremacía y del efecto directo del derecho europeo sustentadas también por la jurisprudencia del tribunal europeo desde finales de los sesenta. El “plus” consiste en la consideración de que los Tratados Constitutivos tienen una fuente de legitimidad propia e independiente de las constituciones de los Estados miembros.

La necesidad de acuñar un nuevo concepto para referirse a la Constitución europea (el de constitución “multinivel”) pone ya de manifiesto que nos encontramos ante un fenómeno constitucional con características diferentes de las constituciones tradicionales. Esa constitución “multinivel” estaría integrada por los Tratados Constitutivos de la UE y por las constituciones de los Estados miembros, es decir, por normas de nivel europeo y normas de nivel estatal (ése es un primer sentido del término “multinivel”).

Un segundo sentido del término tiene que ver con la imposibilidad de reconstruir la pirámide kelseniana a escala europea. El pluralismo jurídico existente en la Unión ha provocado diversas disputas entre los tribunales constitucionales de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia de la UE acerca de quién tiene la facultad de decidir en última instancia. El hecho de que los ordenamientos estatales y el ordenamiento europeo remitan a normas fundamentales distintas es lo que provoca esos conflictos. De momento, las disputas han podido ser solventadas políticamente, pero

no tienen una clara solución jurídica. En este sentido, la idea de constitución “multinivel” se contrapondría a la noción de un sistema jurídico integrado por normas jerárquicamente escalonadas y con una “cúspide” claramente identificada.

Una constitución “multinivel” o una situación de pluralismo jurídico plantean el problema de si resultan “sostenibles”. Hasta ahora, los conflictos que se han producido entre los tribunales han sido puntuales y poco frecuentes. Pero ¿qué ocurriría si la conflictividad se acentuara? ¿Podría soportarlo la constitución multinivel? O, por el contrario ¿hay que considerar el pluralismo jurídico como un estadio transitorio e imperfecto que es preciso superar?.

Hay autores que consideran que esta situación sólo se podría sostener si se crea un órgano que resolviese los conflictos entre los tribunales constitucionales y el Tribunal europeo. Se trataría de una instancia integrada por jueces europeos y representantes de los tribunales constitucionales. Pero no resulta claro que la creación de un organismo con esas características pudiera resolver los problemas. Los conflictos se volverían a reproducir en su seno. Y éstos únicamente se podrían solucionar estableciendo de una vez por todas cuál es la norma que debe prevalecer.

Se puede pensar que la aprobación del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* hubiera solucionado la cuestión. El proceso de ratificación no se ha completado tras el resultado negativo de los referenda de Francia y Holanda. Y en estos momentos (abril de 2006) el “proceso constituyente” europeo se encuentra paralizado. De todas formas, la aprobación de la llamada “Constitución Europea” no hubiera solucionado los problemas. Es verdad que el Tratado incorpora la Carta Europea de los Derechos Fundamentales aprobada en Niza. Es cierto también que la fuente principal de potenciales conflictos reside en la violación de los derechos constitucionales por las normas derivadas europeas. Pero los dificultades subsistirían porque los derechos reconocidos en la Carta Europea son menos, tienen menor entidad y su contenido es más impreciso que el de los derechos fundamentales de las constituciones de los Estados miembros. Una directiva europea (o una ley europea según la terminología del Tratado) podría ajustarse a la Carta Europea y, a la vez, vulnerar un derecho reconocido en la Constitución Española. En ese caso, se reproduciría el conflicto: el Tribunal Constitucional español podría hacer valer su condición de guardián de la constitución frente a cualquier norma que la infrinja y el Tribunal de Justicia su competencia exclusiva para decidir acerca de la validez de la normativa europea. Y, en cualquier caso, no sería bueno para los ciudadanos europeos que se atribuyera a la Carta el carácter de norma fundamental en detrimento de la mayor riqueza de derechos contenidos en las constituciones estatales.

Hay autores, como POIARES MADURO que consideran que la situación de pluralismo jurídico no sólo es sostenible, sino que, además, es deseable. Este autor sugiere que una concepción “contrapuntística” del derecho podría servir para solucionar los eventuales problemas (POIARES MADURO 2003a y 2003b). El contrapunto es una

técnica musical que consigue armonizar diversas melodías que suenan simultáneamente y al mismo nivel. De modo análogo, el derecho contrapuntístico podría hacer que funcionaran de forma armónica normas de sistemas jurídicos distintos aunque “sonaran” al mismo tiempo (es decir, aunque no hubiese una relación de jerarquía clara entre ellas).

La práctica contrapuntística del derecho exigiría la utilización de técnicas y planteamientos nuevos. Esas innovaciones encontrarían un lugar privilegiado de aplicación en la actividad del Tribunal de Justicia y de los tribunales constitucionales. Se trataría de que cada uno de esos órganos tuviera en cuenta la perspectiva y la jurisprudencia de los demás. De ese modo, el Tribunal de Justicia debería tomar en consideración la doctrina constitucional de los Estados miembros. Por su parte, cada tribunal constitucional tendría que tener en cuenta los planteamientos de sus homólogos y del Tribunal de Justicia para dar a su tarea una dimensión a la vez estatal y europea. El objetivo sería crear una especie de “comunidad de intérpretes” de la constitución (multinivel) europea (por usar una expresión clásica de Häberle), o una “comunidad de diálogo” entre tribunales estatales y europeos si utilizamos la fórmula de Poiares Maduro.

Pero la idea de constitución “multinivel” plantea un problema: el de la legitimidad autónoma del derecho europeo. El Tribunal de Justicia ha sostenido que el derecho europeo goza de una legitimidad originaria. Eso significa que su validez no deriva de las constituciones de los Estados miembros, sino que hay una fuente que le proporciona legitimidad directamente. Pero, como ya se ha señalado, no queda claro cuál podría ser esa fuente: ¿Los Estados? ¿Los pueblos de Europa? ¿Los ciudadanos europeos? ¿Los derechos humanos?....

El autor que acuñó la noción de Constitución “multinivel”, Pernice, sustenta la tesis de que la fuente de legitimidad originaria del derecho europeo es el conjunto de los pueblos que integran la UE. El fundamento de esta tesis se encuentra en su interpretación de las llamadas “cláusulas de escape” contenidas en las constituciones de los Estados miembros. Se denominan “cláusulas de escape” a aquellos artículos constitucionales que autorizan la transferencia de competencias o funciones soberanas (legislativas, ejecutivas y judiciales) a los órganos europeos. Pues bien, Pernice interpreta estas normas como parcelas de poder constituyente que los diferentes pueblos se han reservado para poder formular un “contrato social” europeo. A través de esas cláusulas y en el ejercicio de esa reserva de poder constituyente los pueblos europeos habrían dotado de legitimidad originaria al derecho europeo y, especialmente, a los Tratados Constitutivos (PERNICE 1999: 717).

La tesis de que las cláusulas de escape pueden interpretarse como porciones del poder constituyente que los pueblos se reservan resulta sugerente. Sin embargo, lo que constituye una idealización inaceptable del proceso de integración europea es la identificación que hace Pernice de la voluntad de los pueblos con la voluntad de sus respectivos Estados. Para este autor, los mecanismos de representación política

suponen una garantía suficiente de que la voluntad expresada por los órganos estatales se corresponde con la voluntad popular (cfr. PERNICE 1999: 716). Por tanto, las transferencias de competencias realizadas a través de las vías previstas por las diferentes “cláusulas de escape” valen como ejercicio directo de poder constituyente por parte de los diversos pueblos europeos.

En contra de esta tesis debe decirse que el ejercicio real del poder constituyente por parte del pueblo exige un reforzamiento al máximo nivel de los mecanismos de participación política. Precisa la utilización de los recursos de la democracia representativa y los de la democracia directa. Necesita que se ideen procedimientos para que los ciudadanos no tengan un papel meramente pasivo, sino que puedan participar activamente en la configuración de sus constituciones. Todo ello sólo es posible en situaciones en las que el grado de movilización hace que la implicación de las personas en el proceso político sea tan intensa como en sus asuntos particulares. Y nada de todo esto se ha dado ni por asomo a escala de los “pueblos de Europa” en el proceso de integración europea. La llamada “construcción de Europa” ha sido y es un proceso esencialmente elitista. Los ciudadanos sólo han participado directamente de forma puntual en aquellos países en los que la ratificación de los Tratados europeos se ha hecho por medio de *referenda*. Y la respuesta de esos “pueblos” ha sido negativa en momentos cruciales (“no” danés a Maastricht, “no” irlandés a Niza, “no” francés y holandés al proyecto de “constitución”).

En un libro muy instructivo, Luciano Cánfora afirma que los regímenes políticos europeos han ido evolucionando hacia lo que denomina un “sistema mixto”. El sistema político “mixto” se compone de un poco de democracia y un mucho de oligarquía (CANFORA 2004: 248). Es el resultado de unas leyes electorales que limitan las opciones “útiles” que el votante puede elegir y de un desplazamiento de los centros reales de decisión a lugares fuera del alcance de los mecanismos de exigencia de responsabilidad política. Decir que en estos “sistemas mixtos” las decisiones resultantes de los procedimientos institucionales se pueden identificar sin reservas con la voluntad del pueblo es una auténtica mistificación.

Una mistificación de rango similar fue la inclusión al inicio del *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa* de una supuesta cita de Tucídides que rezaría como sigue: “Nuestra constitución es llamada ‘democracia’ porque el poder está en las manos no de una minoría, sino de todo el pueblo”. Pretender que esa frase refleja la realidad del funcionamiento de la Unión Europea es, llana y simplemente, una falsedad. Lo sería asimismo la afirmación de que el Proyecto tiene como finalidad instaurar en la UE una ‘democracia’ en ese sentido. Y de hecho, como pone de manifiesto Cánfora, también es una falsedad la atribución de esa frase a Tucídides, pues lo que éste dijo tenía un contenido bastante diferente (V. CANFORA 2004: 16). Quizá fue la denuncia de esta falsificación lo que hizo que se suprimiese la cita del texto definitivo del Tratado.

En realidad, si admitimos la tesis de la reserva de poder constituyente, entonces el derecho europeo carece de legitimidad. Dicho de otro modo: si para que la construcción europea sea legítima es necesario que sea fruto de la voluntad constituyente de los pueblos de Europa, entonces lo construido hasta ahora es ilegítimo. Desde luego, los mecanismos previstos en las diferentes cláusulas de escape no proporcionan esa fuente de legitimidad. Mucho menos en el caso español en el que las transferencias de soberanía pueden hacerse simplemente por ley orgánica (art. 93 CE). La tesis de la reserva de poder constituyente nos llevaría pues al “meollo” del llamado “déficit democrático” de la Unión Europea: la integración europea debería haber revestido el carácter de un proceso constituyente en sentido estricto para ser legítima. Como no ha sido así, adolece de una falta de legitimidad que sólo podría subsanarse si se planteasen los objetivos y medios de la construcción europea en el marco de un debate auténticamente participativo al más alto nivel que la imaginación permita.

También en el caso de POIARES MADURO se advierten síntomas de idealización del proceso de integración europea, de confusión entre lo que se quiere que sea y lo que realmente es. Así, este autor habla de una “comunidad jurídica” europea entendida como comunidad “de diálogo” que daría al derecho de la UE un carácter “discursivo” (POIARES MADURO 2003b: 24, 30 y 33). Desde luego, pretender que el derecho europeo en cualquiera de sus formas sea el resultado de un diálogo (es decir, del intercambio de argumentos entre personas iguales que están dispuestas a convencer y a dejarse convencer sólo por la fuerza de la razón) es una falsedad del mismo calibre que la de presentar los Tratados Constitutivos como fruto de la voluntad inmediata de los pueblos de Europa. El mismo Poiares Maduro proporciona pruebas de que se trata de una mistificación cuando dice que junto a los tribunales nacionales y europeo forman parte de esa “comunidad del diálogo” una “élite de litigantes” conformada por las compañías transnacionales y sus abogados (POIARES MADURO 2003b: 41). El caso de este autor pone de manifiesto una vez más hasta qué punto las categorías de la racionalidad discursiva, aunque originariamente tengan una intencionalidad crítica, pueden ser utilizadas para legitimar la realidad existente por el procedimiento de idealizarla.

UN POCO DE POLÍTICA FICCIÓN PARA TERMINAR

En un libro recientemente traducido al castellano, Thomas Pogge expone su visión de lo que sería un orden mundial cosmopolita (POGGE 2005: 215-248). Ese orden no se basaría en la creación de un Estado mundial, sino en la articulación de una multiplicidad de unidades políticas de diferente amplitud territorial: regional, estatal, continental y mundial. No existiría ninguna entidad soberana, pues este autor defiende que la soberanía “se disperse ampliamente a lo largo de la dimensión vertical”

(POGGE 2005: 227). Nos encontramos, pues, ante el diseño de un orden mundial que podría ser considerado “multinivel”.

En este orden, la distribución de competencias entre las diversas unidades políticas se haría en función de un criterio eminentemente democrático: estarían legitimadas para decidir la o las entidades que integrasen a las personas afectadas de forma “significativa” por la cuestión de que se trate (POGGE 2005: 236). Obviamente, para que una organización institucional de estas características resultase viable sería necesario que se implantara un conjunto de mecanismos horizontales y verticales que resolviesen los conflictos de forma consensuada utilizando procedimientos de mediación y negociación. La imaginaria comunidad de tribunales constitucionales y Tribunal de Justicia europeo de que habla Poiars constituiría un ejemplo posible de mecanismo de este tipo.

El orden cosmopolita que diseña Pogge exigiría también que las personas formaran parte de las entidades políticas por elección, es decir, voluntariamente. Eso requeriría una reconfiguración del diseño actual para asegurar que las personas que integren las unidades políticas estén juntas porque efectivamente lo han decidido así. Pogge da una serie de indicaciones que permitirían que ese proceso de reconfiguración se realizase de forma ordenada y diera lugar a unidades políticas viables (POGGE 2005: 241-244). Y, además, subraya que los conjuntos de personas que decidiesen constituir una unidad política no tendrían por qué tener el grado de homogeneidad propio de las naciones. El derecho de autodeterminación no es ni exclusivo de los grupos nacionales ni de obligatorio ejercicio para éstos. Un grupo nacional puede autodeterminarse si así lo decide, pero también puede hacerlo un conjunto de personas que no se considere a sí mismo una nación (POGGE 2005: 245).

Esta digresión viene a cuento de que en nuestro país no se hayan articulado el debate político en torno a la constitución europea y los debates relativos a la reforma de los estatutos de autonomía, especialmente el de Catalunya. Ni en el debate que tuvo lugar en torno al referéndum de febrero de 2005 se planteó la cuestión de los efectos que la normativa europea tiene sobre los estatutos de autonomía, ni se ha planteado ese tema en la larguísima y abrupta discusión (que aún continúa) sobre el Estatut catalán. Es como si la normativa europea por un lado y la Constitución y los estatutos de autonomía, por otro, perteneciesen a universos diferentes separados en compartimentos estancos.

Sin embargo, los cambios que ha introducido la construcción europea en el sistema constitucional de los Estados miembros no se limitan al problema de la articulación de las normas comunitarias y las constituciones estatales. La integración ha provocado mutaciones constitucionales que han transformado el diseño institucional de los Estados miembros en aspectos fundamentales. Así, por ejemplo, en el caso español, la sujeción del juez a la ley ha resultado modificada por la primacía del

derecho comunitario: según la Constitución, un juez no puede dejar de aplicar una ley que considere inválida, pero según el Tribunal de Justicia sí puede hacerlo si la cree contraria al derecho comunitario.

Además, la integración europea no sólo ha afectado a las constituciones de los Estados miembros, sino también a los ordenamientos regionales en los Estados que tienen estructura federal o un régimen autonómico. Las transferencias de competencias a la Unión Europea, la asunción por parte de ésta de la política monetaria en la zona euro, los límites que desde las instituciones europeas se imponen al déficit o a la deuda públicas son ejemplos de procesos que pueden afectar a las competencias de los órganos regionales o a su capacidad presupuestaria. Por otro lado, la supremacía del derecho europeo puede dar lugar a que una directiva europea (aprobada con el concurso del gobierno central), contradiga un Estatuto de Autonomía u otro ordenamiento regional. En este sentido, la participación del Comité de las Regiones en los procesos decisorios de la UE es un mecanismo insuficiente para solucionar todos los problemas que pueden plantearse, dado su carácter meramente consultivo.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la constitución “multinivel” debería comprender no sólo los Tratados Constitutivos y las constituciones estatales, sino también las normas superiores de los ordenamientos territoriales de los Estados federales o autonómicos. Pues la integración europea no sólo plantea el problema de las relaciones entre los Tratados y las Constituciones, sino también el de las relaciones entre aquellos y las normas regionales. Estaríamos, pues, ante una *multilevel constitution* de (al menos) tres niveles diferentes.

Finalmente, si aplicásemos las tesis de los teóricos multinivel y los productos de la imaginación cosmopolita a las relaciones entre la Constitución española y los estatutos de autonomía podríamos obtener un panorama como el siguiente: no existiría una norma suprema ni una instancia soberana; las controversias que se plantearan entre la Constitución, los Estatutos y los Tratados tendrían que resolverse mediante mecanismos horizontales y verticales de resolución consensuada de conflictos; las cláusulas de la Constitución española que reconocen la posibilidad de crear Comunidades Autónomas deberían interpretarse como reservas de poder constituyente a favor de los ciudadanos para configurar subconjuntos que constituyan unidades políticas autónomas; y el derecho de autodeterminación que derivaría de esa reserva de poder constituyente tendría que entenderse como un derecho de carácter democrático y no de carácter nacional (es decir, los subconjuntos de ciudadanos que se consideren una nación podrían ejercer ese derecho, pero sin ningún privilegio respecto de otros subconjuntos que carezcan de sentimiento nacional, pero que expresen su deseo de autogobernarse).

Un panorama como el dibujado no tendría que resolver los conflictos de competencia mediante decisiones impuestas por la vía de la jerarquía, sino por medio del diálogo entre comunidades autónomas, de éstas con el gobierno central y también

con los órganos europeos y los otros Estados de la UE en su caso. Estos mecanismos tendrían que asegurar que las decisiones fueran adoptadas por aquellos a quienes afectasen significativamente. Pero, para que eso fuera posible, España tendría que ser diferente en un sentido distinto al de la propaganda franquista que atraía a los turistas a disfrutar del sol de nuestras playas. Y Europa, desde luego, tendría que ser otra cosa.

: ARTIGO CONVIDADO

NOTAS

* Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona. Autor de los libros *La crisis del Estado de Derecho Liberal* (Barcelona, 1989), *La constitución como proceso y la desobediencia civil* (Madrid, 1994) y *El revés del derecho* (Bogotá, 2006).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (BODIN 1986): BODIN, Jean: *Les six livres de la République*, Paris, Fayard.
- (CÁNFORA 2004): CÁNFORA, Luciano: *La Democracia*, Crítica.
- (CANTARO 2003): CANTARO, Antonio: *Europa soberana*, Bari, Dedalo.
- (CAPELLA 1997): CAPELLA, Juan Ramón, *Fruta prohibida*, Madrid, Trotta.
- (CEO 2002): Corporate European Observer: *Europa S.A.*, Barcelona, Icaria.
- (FISK 2006): FISK, Robert: *La gran guerra per la civilització*, Barcelona, RBA.
- (GOWAN AND ANDERSON 1997): GOWAN, P. and ANDERSON, P.(Eds.): *The Question of Europe*, London, Verso.
- (GRIMM 1997): GRIMM, Dieter: "Does Europe need a Constitution?", en GOWAN AND ANDERSON 1997, pp. 239-258.
- (HABERMAS 1997): HABERMAS, Jürgen: "Reply to Grimm", en GOWAN AND ANDERSON 1997, pp. 259-264.
- (HARDT Y NEGRI 2002): HARDT, Michael y NEGRI, Antonio: *Imperio*, Barcelona, Paidós.
- (HELD, David Y OTROS 1999): *Global Transformations*, Cambridge, Polity.
- (LANFRIED 2002): LANFRIED, Christine: "Vers un État constitutionnel européen", en DEHOUSE, Renaud: *Une constitution pour l'Europe*, Presses de Sciences Po, 2002, pp. 79-113.
- (MAC CORMICK 1996): MAC CORMICK, Neil: "La sentencia de Maastricht: soberanía ahora", en *Debats*, 55, (marzo de 1996), pp. 25-30.
- (MAC CORMICK 1999): MAC CORMICK, Neil: *Questioning Sovereignty*, Oxford University Press.
- (OSTY KERCHOVE 2000): OST, François y KERCHOVE, Michel van: "De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?", en *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 2000, 44, pp. 1-82.
- (PERNICE 1999): PERNICE, "Multilevel Constitutionalism an the Treaty of Amsterdam", en *Common Market Law Review*, 1999, pp. 703-750.
- (POGGE 2005): POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós.
- (POIARES MADURO 2003a): POIARES MADURO, Miguel: "Europe and the Constitution: what if this is as good as it gets?", en WEILERY WIND 2003 pp. 74-102.
- (POIARES MADURO 2003b): POIARES MADURO, Miguel: "Las Formas del Poder Constitucional de la Unión Europea", en *Revista de Estudios Políticos*, 119, pp. 11-55.

(SCHMITTER 1996): SCHMITTER, Philippe C. "Examining the Present Euro-polity with the Help of New Concepts", en G. Marks, F.W. Scharpf, P.C. Schmitter y W. Streeck: *Governance in the European Union*, London, Sage, 1996, pp. 121-150.

(STRANGE 2001): STRANGE, Susan: *La retirada del Estado*, Barcelona, Icaria.

(WEILER, 2003): WEILER, J.H.H.: "In defence of the status quo: Europe's constitutional *Sonderweg*" en WEILER Y WIND 2003, pp. 7-23

(WEILER Y WIND 2003): WEILER, J.H.H. y WIND, Marlene (eds.): *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press.

José A. Estévez Araujo

CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA