

CAPÍTULO V

CONSTITUCIÓN SUPRANACIONAL: LA DISTINCIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN FORMAL Y LA CONSTITUCIÓN MATERIAL

Neil MACCORMICK*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Constitución funcional y Constitución formal*. III. *Vicios y virtudes de las Constituciones formales*.

I. INTRODUCCIÓN

¿Es aceptable la idea de una Constitución supranacional? ¿O esta idea significaría el debilitamiento, o incluso, la muerte repentina de la independencia y la democracia de los estados que la componen? Muchas voces se alzaron en los parlamentos y los partidos políticos prediciendo tal muerte en el fallido proceso constitucional de Europa. Ellos se opusieron a una posible Constitución para Europa, no en el nivel de detalle o el balance interno, sino por el mero hecho de pretender ser una “Constitución”. Ello genera una pregunta urgente, que concierne no sólo a la posibilidad del proceso constitucional europeo, sino a la cuestión más amplia de la posibilidad de un constitucionalismo supranacional.

La considerable preocupación pública acerca de la idea de una Constitución supranacional europea surgió en el Reino Unido y contagió otros países como Polonia, Dinamarca y Suecia. Estos países vieron con preocu-

* Este capítulo fue publicado originalmente en *Who's Afraid of a European Constitution?*, Exeter: Imprint Academic, 2005, pp. 29-36. Agradecemos la autorización de Imprint Academic y Graham Horswell para esta traducción y las modificaciones que se hicieron. Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora.

pación la gran bestia constitucional que se incubaba en Roma. Ellos encontraban profundamente problemática la idea de una “Constitución de Europa”. La preocupación era que una Unión con una Constitución debe inevitablemente convertirse en un súper-Estado que cancela la independencia e integridad de los Estados miembros como entidades soberanas. Los Estados han sido el hogar natural para la democracia, para que los ciudadanos se identifiquen con su Estado y se comprometan en sus asuntos. ¿Cómo puede transferirse esa lealtad a un ente supranacional vasto e impersonal? Ellos temían que reemplazar a los Estados sería abandonar la base de la democracia.

Entiendo esta preocupación y acepto algunas de sus premisas, pero no concuerdo con la conclusión del argumento. Creo que Unión ya tiene una Constitución de la clase de Constitución que los ciudadanos preocupados y alarmistas de la prensa euro-escéptica se opuso. Esta no es una Constitución formal “escrita”. Es una Constitución en substancia, no en forma -lo que llamo una “Constitución funcional”. Este es el punto que quiero explicar en este texto.

II. CONSTITUCIÓN FUNCIONAL Y CONSTITUCIÓN FORMAL

Para entender en qué sentido la Unión tiene una Constitución, se debe entender esta distinción vital: la distinción entre una “Constitución en un sentido funcional” y una “Constitución en un sentido formal”. Esta es una distinción conceptual básica. Permítaseme explicar, comenzando con el sentido funcional, el cuál debe ser fácil de entender, dado que es la única clase de Constitución que tiene el Reino Unido.

Una Constitución existe en el sentido funcional en cualquier lugar que un orden jurídico auto-referencial exista. La idea es prestada con una disculpa y una adaptación del trabajo de dos brillantes académicos alemanes, Niklas Luhmann y Günther Teubner.¹ La idea de ordenamiento jurídico no es una idea problemática en sí misma. Existe en cualquier lugar donde exista un conjunto de reglas institucionales que, en una medida razonable, guíen la conducta de una comunidad de personas y que ellos consideren como cierta unidad. La auto-referencialidad es más complicada. Un orden se convierte en auto-referencial a través de la práctica de sus instituciones y de aquellas personas que ven a las instituciones como las creadoras de

¹ Sobre la idea de auto-referencialidad, véase, Günther Teubner, *Law as an Autopoietic System* (traducido por A. Bankowska y R. Adler, editado por Z. Bankowski), Oxford, Blackwell, 1993, pp. 19-24

reglas y decisiones que guían su conducta. Esta práctica puede alcanzar un punto tal donde las preguntas sobre la existencia de reglas válidas que guían la conducta de las personas vienen a ser consideradas como preguntas totalmente internas a un orden jurídico determinado. Tomemos la pregunta de si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea actualmente tiene poder para decir sobre el carácter vinculante del Derecho Comunitario frente los Estados y ciudadanos.* La respuesta oficial actual es “Sí”. La alternativa sería que el Tribunal sólo pudiera ver los Tratados como la regulación de los derechos y obligaciones entre los diferentes estados de Europa. Esto dejaría a los tribunales y a los legisladores de cada Estado con capacidad para determinar si los derechos y obligaciones de sus ciudadanos están conforme con lo que es requerido bajo el Derecho Comunitario.

En este asunto, en la vida temprana de la Comunidad, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró que la interpretación correcta de los tratados necesariamente implica que ella tenía del poder en cuestión. Al sostener esto, sostuvo que el Derecho Comunitario tiene efecto directo sobre los ciudadanos, incluso contra el propio Estado. En el curso también sostuvo que el Derecho Comunitario contenido en los Tratados tiene primacía sobre el derecho de cada Estado en caso de que entraran en conflicto. La misma primacía fue atribuida incluso a las reglas y regulaciones (directivas y regulaciones, para ser más precisos) elaboradas por aquellos quienes podían ejercer la competencia legislativa señalada en el Tratado.

Una pregunta vitalmente interesante que se deriva es la siguiente: ¿qué hizo competente al Tribunal para tomar esas decisiones? Según el Tribunal, el Tratado mismo lo hizo competente. Pero, ¿realmente es así? Ello requiere interpretación del texto del Tratado para entender las consecuencias necesarias que de él se derivan. El Tribunal mismo fue quién interpretó el Tratado para resolver este punto. Haciendo eso dijo que el Derecho de la Unión tenía primacía, y que él necesariamente tenía competencia para interpretar el Tratado y aclarar este punto. De forma tal que la interpretación que el Tribunal hizo del Tratado es el fundamento mismo de su competencia. Ninguna otra autoridad judicial existente podría corregir esta interpretación en el marco del Derecho Comunitario (aunque desde el punto de vista de las Constituciones nacionales, fue desafiada de forma más expresa por la Corte Constitucional de Alemania). Así que la fuente más autoritativa a favor de la proposición de que el Tribunal tiene el poder que reclama es su propia decisión al respecto.

* N. de. T. Para mayor claridad, nótese que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la denominación que tomó después 2009, con la ratificación del Tratado de Lisboa. Anteriormente, se conocía como “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” (desde 1957).

Este es un ejemplo claro y clásico de la auto-referencialidad en el Derecho de la Unión. El hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea decide sobre lo que cuenta como Derecho de la Unión, y cómo se aplica sobre la cabeza de las normas nacionales de los Estados miembros. El Tribunal puede hacer esto porque él mismo ha interpretado los tratados como la autorización para hacerlo. Pero, por puesto, no es toda la historia. Durante muchos años hasta el día presente, todos los Estados miembros han seguido esta interpretación. Países como el Reino Unido que se unieron a la Comunidad cuando ya estaba establecida y funcionando, se unieron a una Comunidad en la cuál ya se había establecido esto como parte de su Derecho. En el orden jurídico que se ha formado en Unión Europea, los poderes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se basan únicamente en la auto-afirmación judicial. Las otras entidades e instituciones relevantes han aceptado esas decisiones y han actuado bajo el espíritu de ellas. Ellas no han las han denunciado o revocado en ninguna las reformas a las que el Tratado ha sido sometido. El carácter del orden jurídico de la Unión ha venido a ser establecido a través de la costumbre y el uso de aquellos que se encargan de sus asuntos, y a través de al menos la aquiescencia y afirmación activas (como en el Tratado de Lisboa), de la mayor parte de los ciudadanos la mayoría del tiempo.

Es una cuestión jurídica preguntarse quién y cómo puede crear el Derecho, así como lo es la pregunta de quién decide sobre la validez y la aplicación de las normas que se crean. La respuesta a esta pregunta puede depender o no de la autoridad conferida internamente a ese mismo orden jurídico. En el caso anterior, la auto-referencialidad surge -como ocurre en Europa.

Dentro del orden jurídico de la Unión Europea, las reglas han sido establecidas principalmente en tratados, pero se encuentran suplementadas por precedentes y por algunos instrumentos jurídicos secundarios que establecen las varias instituciones de la Unión. La Comisión y el Consejo de Jefes de Gobierno (y su Presidente) como fue establecido por esas normas ejercita el poder ejecutivo de la Unión. La Comisión tiene el derecho de iniciativa legislativa, y el deber de actuar como guardián de los Tratados y como supervisor de su implementación fiel por los Estados miembros. El poder legislativo de la Unión fue otorgado originalmente en el Consejo, pero vino a ser compartido con el Parlamento Europeo directamente elegido en todas las áreas donde la co-decisión es necesaria (en otros casos, los tratados requieren otros procedimientos como la consulta, la cooperación, o el asentimiento). La co-decisión hoy cubre un ámbito muy considerable, por ejemplo, la mayor parte de la regulación del mercado.

El poder judicial de la Unión está investido principalmente en el Tribunal de Justicia. A través de los procedimientos de referencia de las cues-

tiones de Derecho de la Unión de las cortes estatales al Tribunal, existe una dualidad de responsabilidad sobre la implementación judicial del Derecho en casi todos los Estados miembros. Así hoy existen normas que establecen y empoderan instituciones para llevar a cabo las funciones esenciales del gobierno que son típicamente asignadas al trío ejecutivo, legislativo y judicial. En ejercicio de esas funciones, las instituciones apropiadas crean otras normas que directa o indirectamente imponen obligaciones o confieren derechos a los sujetos de derecho dentro del sistema. El Tribunal de Justicia ha creado un sistema *sui generis*, que no es ni Derecho internacional ni el Derecho municipal de un Estado.

Si se puede afirmar (como yo lo sostengo) que el Reino Unido tiene una Constitución, sería bajo el fundamento de que existe un conjunto reconocido de normas que cumplen una distribución de poderes de una clase esencialmente similar dentro de un orden jurídico auto-referencial. Las normas en cuestión son de origen variado, pero incluyen los Tratados de Unión entre Escocia e Inglaterra y entre la Gran Bretaña e Irlanda (hoy solamente con Irlanda del Norte), la legislación que implementa esos tratados, otra legislación y un buen número de precedentes judiciales y convenciones constitucionales. Todos estos compendiosamente equivalen a “el Derecho y costumbre de la Constitución,” según una acertada frase antigua.

La idea de una “Constitución en el sentido funcional” no es nada diferente de un conjunto de reglas que, tomadas todas juntas como una unidad dinámica, establecen y regulan el auto-gobierno de una unidad política. Esto aplica ya sea que se tenga en mente una entidad como un Estado-nación, un Estado-unión, una federación, una confederación o cualquier otra clase de mancomunidad humana. Las normas en cuestión establecen quién ejerce cuáles poderes, mediante cuáles actos formales e informales, y sujetos a qué límites. Es característico del proceso de implementación e interpretación de una Constitución en este sentido que, en el tiempo, ellas evolucionen en un cuerpo cada vez más denso de Derecho constitucional. Este consiste en los precedentes establecidos por las cortes y otras instituciones, y las doctrinas y principios desarrollados parcialmente a través del discurso judicial, y parcialmente a través del trabajo de los comentarios académicos, periodistas serios, políticos, estadistas y otros.

El Tribunal de Justicia más de una vez se ha referido a los Tratados Fundacionales como una “carta constitucional” de la Unión Europea. Los académicos han escrito que esas decisiones del Tribunal como si ellas hubieran alcanzado la “constitucionalización de los tratados”. Es principalmente debido a estas decisiones que las disposiciones centrales de los tratados que tratan de la distribución y limitaciones de las competencias se han converti-

do en una clase de Constitución funcional informal². Esto explica el punto que quiero señalar cuando hablo de una Constitución en el “sentido funcional”. La idea clave es observar que la Constitución en este sentido funcional es una *Constitución en práctica*.

Usando esta terminología y reconociendo los puntos conceptuales que he hecho aquí, es fácil aceptar este punto. Hechos similares a los que nos permiten decir que el Reino Unido tiene una Constitución en el sentido funcional, también nos permiten llegar a la conclusión de que el sentido funcional, ya existe una Constitución de la Unión Europea.

Sin embargo, en Europa no existe una Constitución en el sentido formal. Permítaseme definir este sentido. Como en el sentido funcional, una Constitución se ocupa del gobierno y regulación de un grupo, asociación o comunidad política. Como una Constitución, tiene que establecer las instituciones apropiadas de gobierno, y establecer los poderes, las “competencias”, que se les confieren a ellas. Tiene que declarar los límites de esos poderes, y establecer alguna forma de solucionar las disputas fronterizas sobre esos límites de los poderes y su ejercicio legítimo. Esta Constitución se logra “formalmente” cuando un documento *jurídico y político* apropiado se promulga después de una deliberación para tal fin. Tal texto debe entonces ser solemnemente adoptado mediante un acto formal de tal clase que sea ideológicamente apropiado para la clase de comunidad o asociación política que se intenta. Una Constitución formal tiene que ser adoptada mediante un hecho apropiado, por ejemplo, mediante un referendo en una comunidad democrática, o mediante ratificación del tratado constitucional por los actos constitucionales de los Estados, los cuales a su vez pueden incluir recurso a un referendo. Esta es la culminación de un proceso que busca asegurar reconocimiento del texto adoptado como ley fundamental, o carta fundacional, de la comunidad política de la cual pretende ser una Constitución.

Bajo tal definición, podemos dar por sentada una segunda tesis: La Unión Europa no tiene actualmente una Constitución formal. Este es el resultado del fracaso del proceso constitucional que terminó en 2006.

III. VICIOS Y VIRTUDES DE LAS CONSTITUCIONES FORMALES

La distinción entre constituciones en el sentido funcional y en el sentido formal es real e importante. Podemos, por ejemplo, recordar que muchos

² J.H.H Weiler, *The Constitution of Europe*. Cambridge, Cambridge University Press, 1999, y, Seonaidh Douglas-Scott, *Constitutional Law of the European Union*. London, Longman, 2009.

Estados y uniones, como la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, se investían a sí mismas con constituciones en el sentido formal. Ellas respondían totalmente con las ideas democráticas sobre la separación de poderes y participación igualitaria de todos los ciudadanos en el proceso político, y similares. Pero la vida política real y el funcionamiento del Estado o unión en cuestión no estaba regulado por la Constitución formal. Por tanto, tampoco era explicable en los términos de las disposiciones formales de la Constitución. La Constitución funcional divergía en un grado substancial del texto formal.

Los escritores constitucionalistas del Reino Unido, especialmente de finales del siglo XIX, eran críticos vigorosos de lo que ellos denominaban “constituciones escritas”. Ellos veían que a través del mundo de su época existían muchas de tales constituciones de las que llamamos “en el sentido formal”. Estas solemnemente pronunciaban la separación de poderes, declaraciones de derechos y similares, pero en práctica no concedían ninguna protección contra procesos de gobierno despóticos o anómicos. A.V. Dicey, en particular, defendió la tesis de que una Constitución similar a la Constitución Británica como él la conceptualizaba (consistente en las prácticas de la Corona, el Parlamento y las Cortes, apuntaladas por una tradición del *common law* genuinamente efectiva) funcionaba de forma más satisfactoria para el fin de proporcionar una libertad ordenada, que cualquiera de las constituciones formales³.

En las circunstancias del tiempo en el que él estaba escribiendo, Dicey estaba en lo correcto acerca de la prevalencia de la libertad bajo una Constitución satisfactoria en el sentido funcional (utilizando mis términos) y acerca del lúgubre registro de muchas, aunque de ninguna manera todas, las constituciones formales. La tradición constitucional inglesa a la cuál él contribuyó de forma masiva ha proyectado una gran sombra sobre las actitudes del Reino Unido frente a las políticas constitucionales. Ello continúa hasta los días actuales, dando lugar a una nerviosismo inglés (mucho más inglés que británico) frente a la idea de adoptar una Constitución Europea.

En cualquier caso, un punto de peso incontestable sobrevive de las reflexiones de Dicey. Poniéndolo en los términos de la distinción entre la Constitución formal y material, el punto es el siguiente: una Constitución satisfactoria funcional, incluso sin ningún texto formalmente adoptado, es preferible a una constitucional formal disfuncional. Esto es especialmente importante cuando la existencia de una Constitución formal actúa como

³ A.V Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th edn., E.C.S. Wade (ed.). London, Macmillan and Co, 1961.

una cubierta ideológica para la actividad gubernamental despótica o indeseable.

Eso no significa que las constituciones formales sean indeseables o peligrosas. Por el contrario, donde existe una Constitución formal con unas disposiciones satisfactoriamente liberales y democráticas para la comunidad política en cuestión, y donde la práctica de aquellos a cargo de las diferentes ramas del gobierno está de conformidad con los ideales de la Constitución y con las restricciones que establece sobre el ejercicio del poder, existe tanto una Constitución en el sentido formal y como una Constitución en el sentido material correspondiente. Esto es altamente deseable, porque en tal caso, existe un grado mayor de transparencia sobre la conducta del gobierno.

El funcionario que desea saber como el poder político se regula a sí mismo puede leer la Constitución e ilustrarse con ella, especialmente a la luz de los comentarios adicionales sobre la práctica constitucional y sus usos. Esta tiende a ser la situación en cualquiera lugar donde que la Constitución formal es completamente observada como el fundamento funcional del ordenamiento jurídico y político. Quizá el crecimiento de las convenciones y partes del Derecho constitucional dependientes del precedente pueda hacer que la Constitución funcional sea de alguna forma más extensa en alcance que el texto de la Constitución formal sugeriría. Pero ello no afectaría mucho y de hecho replicaría la experiencia común. Entre tanto, es importante tener en cuenta que es mucho más inteligible para la persona ordinaria lo que establece un texto constitucional de forma corta y directa, que entender los complicados textos de un conjunto de tratados y precedentes.

Entonces, hoy existe una Constitución funcional de la Unión, y sus disposiciones pueden ser entendidas dentro de los tratados completados con las interpretaciones judiciales de ellos*. Sin embargo, entre 2002 y 2003, una convención establecida por el Consejo Europeo bajo su declaración de Laeken, después de consultas intensivas y estudios redactó un “Tratado Estableciendo la Constitución para Europa”. Este tratado fue enmendado durante la Conferencia Intergubernamental intermitentemente entre en 2003 y 2003, y los Jefes de Estado y Gobierno adoptaron una versión final del Tratado, firmándolo en octubre 29 de 2004. Para tener validez, requería la ratificación de todos los estados miembros, incluyendo los diez nuevos estados que accedieron a la Unión en mayo 1 de 2004. Por decisiones de mayorías substanciales de Francia en mayo de 2005 y de Holanda junio del mismo año, el proceso de ratificación del Tratado y subsecuente adopción

* De aquí en adelante, corresponde al texto de *Institutions of Law*, p. 49. Se incluye con autorización del editor y Oxford University Press.

de la Constitución fue descarrilado por el momento, y quizá para siempre. Hubiera sido una oportunidad para substituir con una Constitución formal la Constitución formal existente contenida en los Tratados, pero no hubo suficiente entusiasmo para transformar esta posibilidad en una realización, y entre tanto la vieja Constitución continúa en operación⁴.

Para concluir: la institucionalización de un orden jurídico en un Estado o unidad política depende de la evolución o adopción de una Constitución que establezca las instituciones esenciales del gobierno y les asigne sus poderes. Todas las constituciones tienen que ser entendidas funcionalmente, pero usualmente también tienen un texto formal y definitivo adoptado mediante un acto constitutivo. La Constitución formal también tiene que ser una constitucional funcional —y estar funcionando— para que el Estado adquiera o sostenga el carácter de Estado de Derecho. Una norma fundamental consuetudinaria o convencional es necesariamente el fundamento normativo de toda la estructura.

⁴ Para una explicación personal de estos eventos, y una evaluación de las consecuencias, véase, MacCormick, *Who is afraid of a European Constitution?*, y, de forma más objetiva, compárese con P. Norman, *The Accidental Constitution: The Story of the European Constitutional Convention*, Brussels, EuroComment, 2003; y A. Lamassoure, *Histoire secrète de la constitution européenne*, Paris, Editions Albin Michel SA for Fondation Robert Schuman, 2004.