

Constitución europea y la tesis del no-demos

Federico Fernández Crehuet

Universidad de Almería

No sólo los internacionalistas han puesto en duda el “carácter constitucional” de la “Constitución Europea”. Los constitucionalistas, politólogos y filósofos del derecho han ofrecido también aceradas críticas. La más repetida trata de sustentarse por medio de la que se ha llamado tesis del “no-demos”.

La sociedad es completamente independiente de cualquier construcción de carácter político o jurídico. El *demos* radica en la existencia de una “unidad cultural”. Esta tesis, que es identificable con la forma de pensar el Estado-nación de las sociedades pre-modernas, niega la existencia de un “pueblo europeo” y, consecuentemente, la posibilidad de una Constitución Europea. Tal vez la elaboración más acabada de esta tesis se encuentre en los trabajos de Dieter Grimm. Ya en 1994 publicó un extenso artículo en dónde se cuestionaba la necesidad de una Constitución Europea: “Necesita Europa una Constitución”¹. En 1999 insiste sobre el tema. Publica un artículo de opinión para el semanario alemán *Die Zeit*², cuyo subtítulo condensa bien su contenido: “*Eine demokratische EU braucht bessere Institutionen, aber kein Grundgesetz*” (Una Unión Europea democrática necesita mejores instituciones, pero no una Constitución). Más recientemente, en 2004, dicta una conferencia, en el Walter Hallstein-Institut para Derecho Constitucional Europeo, con el título “*Integration durch Verfassung*”. Es interesante observar cómo los énfasis de la argumentación se desplazan de unas ideas a otras.

La tesis de Grimm se fundamenta en un conjunto de premisas que le conducen a negar la necesidad de una Constitución Europea y que, me parece, son útiles para reflexionar sobre este tema:

1. La inexistencia del sujeto del proceso democrático
2. La relación entre integración y constitución

¹ GRIMM, D., *Braucht Europa eine Verfassung?*, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1994.

² GRIMM, D., “Ohne Volk keine Verfassung. Eine demokratische EU braucht bessere Institutionen, aber kein Grundgesetz” véase http://www.zeit.de/archiv/1999/12/199912.verfassung_.xml, visitado el 16 de octubre 2006

3. La no implicación directa entre Democracia y Constitución

Ad 1) Existe una delimitación previa del concepto de constitución con el que se debe contrastar la hipotética y futura “constitución europea”. Un concepto construido históricamente³, y que se puede delimitar con lo que Prieto Sanchís y otros autores han llamado “constitucionalismo moderno”; entendiendo éste no como un punto estático de llegada sino como un proceso⁴. La “Constitución Europea” tendría que ser analizada en el marco de las constituciones que nacen a partir del XVIII, y que Grimm caracteriza con el adjetivo “normativo”. La Constitución Americana y la Francesa funcionarían como archivo, entendiendo este término a lo Derrida, de cualquier constitución⁵

Pues bien, este tipo de constituciones normativas se caracterizan, porque el sujeto que las impulsa es un “pueblo” que, en teoría, estaría unido por lazos de carácter social, cultural o histórico. Primero existe el pueblo, luego la constitución. Por tanto, la inexistencia de un “pueblo” europeo sería, a juicio de los defensores de esta tesis, entre los que se encuentra Grimm, uno de los obstáculos fundamentales que cierran el paso a una Constitución Europea.

La tesis podría, muy resumidamente, enunciarse por medio de la siguiente cita:

“Una constitución, en el sentido completo de la palabra, requiere de un acto inicial que dependa del pueblo o que, al menos, demuestre la capacidad política de éste. Una fuente de este tipo falta en el derecho primario comunitario”⁶.

³ MOHNHAUPT, H., *Verfassung I* und GRIMM, D., *Verfassung II* en Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.) *Geschichtliche Grundbegriffe*, Band 8, Stuttgart, 1990 p. 861 y ss.

⁴ Prieto Sanchís lo ha definido del siguiente modo: “Con independencia de que pueda hablarse de un constitucionalismo antiguo y medieval, el constitucionalismo moderno es aquel proceso histórico cultural en virtud del cual la relación entre los detentadores del poder y quienes están sujetos al mismo se configura como una relación jurídica, definida, regulada y sometida a reglas jurídicas conocidas; y este proceso emerge en un cierto contexto temporal.” PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y Derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 35.

⁵ Sería interesante repensar el término “constitución” a partir del análisis que Derrida hace de la expresión archivo. Al menos las notas de “origen”, “mandato” y rearticulación entre lo privado y lo público se encuentran unidas al concepto de “constitución”. Al mismo tiempo, las “instrucciones para la interpretación” son parte fundamental de todo archivo, el diseño de una casta de archiveros (de arcontes) es consustancial, del mismo modo, a la idea de “constitución”. DERRIDA, J., *Mal de archivo*, Trotta, 2006.

⁶ GRIMM, D., *Braucht*, p. 31.

Hoy en día este argumento, que apela al “pueblo” –cargando esta palabra de sentido cultural o étnico– como sujeto estático y necesario de todo proceso constitucional ha devenido obsoleto e insostenible⁷. Principalmente por dos razones:

En primer lugar, el ya citado artículo I-1 del Tratado por el que se aprueba una Constitución Europea y que sitúa en condiciones de paridad a los Estados miembros y a los ciudadanos europeos. Y, en segundo lugar, se debe hacer notar que la suspensión temporal del proyecto constitucional europeo se produce, precisamente, por el rechazo de los ciudadanos que le han retirado su apoyo; no por los altos mandatarios. Tal vez esto sea muestra (seamos optimistas e ingenuos) de que los procesos de europeización no se están produciendo al margen de la opinión pública europea⁸ o, dicho de otro modo, que si tratan de ejecutarse en espacios opacos a la opinión pública terminan siendo paralizados o, al menos, ralentizados⁹.

Ad 2) Si bien la realidad y la evolución de los acontecimientos han mostrado que el argumento del “no demos” pierde predicamento, los autores que lo defienden han tratado de reestructurar su discurso, manteniendo, sin embargo, sus posiciones fundamentales.

Así, en primer lugar, el argumento del sujeto se reelabora, ya no se defiende la idea de un pueblo constituido por una serie de tradiciones comunes; ahora se enuncia la idea de un pueblo realmente europeo, de un “pueblo integrado”. Los ciudadanos europeos no estarían participando en el debate por ser “ciudadanos de la Unión”; lo harían en calidad de “ciudadanos de un Estado miembro”. De este modo, en buena medida, se trata de solventar las dificultades a las que se aludían anteriormente (el artículo primero del tratado y el rechazo de la Constitución por los ciudadanos franceses y holandeses)¹⁰.

⁷ En el mismo momento que se elige el Parlamento Europeo nacería el pueblo europeo. En este sentido, el concepto de *demos* no es anterior al de constitución sino coetáneo. La voluntad colectiva de crear un cuerpo político constituiría al propio pueblo. Sólo, por tanto, las instituciones democráticas son las que podrían facilitar el paso de la sociedad al demos. Esta construcción podría ser utilizada tanto para el Estado-Nación como para las estructuras postnacionales como la Unión Europea. Tras ella subyace un concepto de pueblo meramente jurídico (no político ni sociológico). Tal vez sea éste el punto de arranque más adecuado de cara a constituir una sociedad democrática, pero hay quienes lo critican por su formalismo. Es necesario que exista una sociedad que esté relativamente cohesionada (no tiene que existir una homogeneidad religiosa, ni de valores culturales) para que, a partir de ella, se puede crear un demos meramente jurídico.

⁸ No creo que sea correcto argumentar que en el caso francés u holandés el rechazo de la “Constitución europea” fuera un voto de castigo a la mala gestión de las políticas domésticas. Parecería que los ciudadanos no supieran realmente lo que están votando. Más aún en el caso de Holanda, en donde el referéndum no era obligatorio.

⁹ Desoladores son los datos ofrecidos por el CIS en su encuesta sobre El XX aniversario del ingreso de España en la Unión Europea (Cuestionario 2641) http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2640_2659/2641/e264100.html, visitado el 3 de octubre 2006. Así un 49,7% se considera poco informado y un 19,7% nada informado sobre los asuntos de la UE. Un 35,7% dice que no “ha oído hablar del Consejo de Ministros”; la misma afirmación la suscriben respecto a la Comisión europea el 34,2% y respecto al Parlamento Europeo el 28,2% de los entrevistados.

¹⁰ GRIMM, D., *Integration durch Verfassung, Vortrag an der Humboldt Universität am 12. Juli 2004*, p. 15.

En segundo lugar, se enfatiza sobre los argumentos de carácter cultural, para ello se emplea la idea de “integración”. Se comienza mostrando las dudas de que las constituciones nacionales produzcan algún tipo de integración entre los ciudadanos. Más bien, la integración no sería un efecto de las constituciones; se constituye en su punto de partida. Los diversos factores que pueden cohesionar una sociedad son de carácter fáctico y pre-existentes a las propias constituciones: el concepto de nación, el de homogeneidad cultural. Estos constituirían la identidad colectiva, una comunidad, un sujeto colectivo a partir del cual se fundarían las constituciones como posibilidad de regular la convivencia. Éste podría ser el primer paso hacia un nacionalismo étnico-cultural que, como es sabido, nos ha llevado hacia un terreno muy resbaladizo, deslizándose progresivamente hacia un nacionalismo puramente étnico. La conclusión aplicada a la Unión Europea, puede ser expresada en un doble sentido.

De una parte, sólo aquellos países miembros de la Unión Europea que presentan una “integración previa” de este tipo pueden formar parte de ella¹¹. En segundo lugar, debido al “nivel de integración” que existe en la Unión Europea (que sería obviamente un nivel de baja intensidad), no es necesario arbitrar una constitución sino mecanismos, por así decir, más débiles. No es necesaria una constitución sino un tratado; no es necesaria una carta de Derechos fundamentales, basta simplemente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Y, por último, pero no menos importante, la Constitución Europea carecería de un auténtico “*constitutional moment*”, pues constituye simplemente un jalón más en la evolución de la Unión Europea. Este argumento ha sido defendido por autores de gran solvencia: según, por ejemplo, Habermas, las constituciones son hijas de revoluciones o de momentos de crisis; sin embargo, la Constitución Europea no se podría incardinar en este modelo explicativo. Parece claro que el intento de ratificar el Tratado por el que se aprobaba una Constitución Europea ha llegado sin revoluciones y en una época de paz. La idea de refundación o de la necesidad de que la Unión Europea se una a un “*transfer*” en el Derecho subyace tras esta tesis, que, históricamente, tiene su mirada puesta en los

¹¹ Esto no siempre ha sido así. Antes se prestaba mayor atención a los parámetros de carácter económico; se trataba de formar un “mercado económico europeo”. Ahora, sin embargo, como se aprecia en relación con los nuevos países miembros, se presta, al menos en teoría, más atención a la ausencia de corrupción y al funcionamiento del sistema judicial. El debate sobre si países como Rumania o Bulgaria están preparados para su integración en la Unión Europea no puede basarse sólo en indicadores económicos; éste fue un error que se cometió con países como España y Portugal. Hubiera sido deseable incidir y exigir la buena salud de las estructuras jurídicas y sociales y la ausencia de corrupción. Véase al respecto el artículo de Petra Pinzler en Die Zeit, “Bis sie irgendwann platz”, núm 48, de 28 de sept. 2006, p. 10.

procesos constitucionales americano y francés. Es curioso, por tanto, que el propio Habermas insista (criticando a Larry Siedentop¹²) sobre lo poco que hay en común entre el modelo americano constitucionalista y el europeo de nuestros días: y ello, porque las circunstancias históricas sociales y económicas son completamente distintas y defienda, a la par, este argumento. Además, esta teoría del “*constitutional moment*”, también defendida por D. Grimm, elude que los intentos de construir algo así como “una constitución” han sido consustanciales al proyecto europeo desde sus inicios, y no pueden ser fijados, como usualmente se hace, al discurso de J. Fischer en la Humboldt. Precisamente, el inicio del proyecto europeo está circundado por duros momentos de crisis; hay que recordar que Europa renace justamente tras las dos Guerras Mundiales y se afianza cuando se retira el telón de acero. Como ya se ha apuntado, la incorporación de muchos Estados-miembros a este proyecto puede ser tan sólo interpretada adecuadamente en el marco de las salidas de las dictaduras y como un modo de exorcizarlas (España, Portugal y Países del Este, principalmente).

Ad 3) Democracia y constitución. Sorprendente parece, en un primer momento, la afirmación de Jürgen Habermas en uno de sus trabajos más conocidos y re-editados, *Warum Europa braucht eine Verfassung?*

“...la cuestión constitucional no proporciona la llave para el problema principal que tenemos que resolver. Si atendemos a la transformación que nos antecede, no se trata de inventar nada, sino de conservar los grandes logros democráticos de los Estados-nación europeos, más allá de sus propios límites”¹³

Dicho de otro modo, la Constitución Europea sería una “condición necesaria pero no suficiente” para defender el modelo de Estado social posbélico¹⁴. El relativo escepticismo de Habermas está orientado a analizar un lazo que, desde hace tiempo, parece consistente, el de Constitución/democracia. Cualquier constitución no supone, a su juicio, automáticamente un incremento de la democracia. Y así sucede (por mucho que nos pese) con la Constitución Europea. Es cierto; afirmar otra cosa sería una ingenuidad. Según Habermas, la Constitución europea no funcionaría (se podría expresar de este

¹² SIEDENTOP, L., *La democracia en Europa*, Siglo XXI, Madrid, 2001.

¹³ HABERMAS, J., ¿Por qué Europa necesita una constitución? en *New Left Review*, p. 6 Se puede consultar en <http://www.newleftreview.info/PDFarticles/Spanish/NLR24501.pdf>.

¹⁴ HABERMAS, J., *Por qué...* *cit*, p. 12.

modo) en el mero terreno de lo jurídico; debe constituirse en un importantísimo catalizador para azuzar la opinión pública, para crear estructuras de opinión pública que, a la postre, son las que han ofrecido un suelo estable a los procesos jurídicos europeos: ¿Vuelta al nacionalismo-cultural?

Ahora bien, no creo –y en seguida ofreceré algún ejemplo– que la Constitución Europea o, mejor dicho, el derecho comunitario funcione sólo en la esfera de la opinión pública, también actúa en el campo jurídico, para bien y para mal. He aquí el ejemplo: Neil MacCormick principia uno de sus últimos libros, *Who's Afraid the European Constitution*¹⁵, por el núcleo de la cuestión constitucional. Desde el 1 de enero de 2004 el Reino Unido ha reconocido y está utilizando el “*European Arrest Warrant*” (en adelante, EAW) que, como es sabido, se ha articulado a través de la Parte I del Tratado de Extradición Europea. Por medio de este mecanismo jurídico, una orden de arresto de un país de la Unión Europea puede ser llevada a cabo por una autoridad judicial de un tercer país. Llamativo que uno de los argumentos empleado por los británicos contra el EAW es que podría conculcar las tradiciones democráticas británicas tan respetuosas con los derechos fundamentales; en concreto MacCormick se refiere al *Habeas Corpus* inglés y a la regla de los “*hundred and ten days*” escocesa. Esta falta de “democracia” de EAW vendría causada, a juicio de este autor, porque no es el Parlamento Europeo sino el Consejo de la Unión el que la estableció. Aunque la argumentación no carece de argumentos, en algunos aspectos no es del todo coherente; sobre todo en el caso del Reino Unido, pues, desde la *Terrorism Act*¹⁶, se eliminó para todo el territorio del Reino Británico la exigencia del Warrant y del Habeas Corpus: entonces, ¿cómo exigir a los demás una “tradición” que ellos mismo no respetan? Esto ha hecho, que bajo la sombra de Churchill, se pueda llegar a detener a alguien por hacer una manifestación, disfrazada de picnic (*Serious Organised Crime and Police Act* de 2005)¹⁷.

La Constitución Europea y, en general, un Derecho europeo, creado al abrigo de los derechos humanos, conllevan, en principio, un mayor respeto a la democracia. En este sentido, es interesante la propuesta (desgraciadamente poco exitosa) del propio MacCormick de crear un *habeas corpus* europeo. Las tentaciones del Estado-nación de limitar los derechos clásicos son cada vez más fuertes. La creación de “tradiciones” y la

¹⁵ MACCORMICK, N., *Who's Afraid of a European Constitution?*, Imprint Academic, 2005, véase el primer capítulo.

¹⁶ Act Terrorism, Art 41. - (1) A constable may arrest without a warrant a person whom he reasonably suspects to be a terrorist. <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2000/20000011.htm>, visitada el 29.08.2006.

¹⁷ Sobre este hecho léase el artículo de Henry Porter, *Blair laid bare: the article that may get you arrested*, 29 June 2006, en The Independent.

evocación del viejo “espíritu democrático” no eliminan *per se* el peligro de conculcar los derechos humanos. Más bien parece que es justo al revés. Sin embargo, una Constitución Europea, que clarifique y fije cuáles son los derechos que deben ser respetados por todos los Estados-nación y reconocidos a todos los ciudadanos, puede ser una herramienta jurídica importante más allá de las veleidades e irracionalidades de los Estados miembros. El principio de subsidiariedad, por tanto, se debería dejar para los calabacines y las pescadillas¹⁸, pero no para los derechos humanos¹⁹.

Sin lugar a dudas la Constitución Europea, de haber sido aprobada, hubiera conllevado un incremento de la democracia en las instituciones europeas. El optimismo de MacCormick parece fundado; ciertamente las reformas del Parlamento Europeo incrementarían la democratización en el seno de la Unión europea²⁰. Ahora bien, a mi juicio, no lleva razón al afirmar que pocos procesos constituyentes han disfrutado de un proceso tan democrático, tan abierto y visible. Según una encuesta publicada en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* realizada, entre marzo y abril del 2003, a 16.000 ciudadanos europeos, el 57 % de los encuestados desconocía completamente la existencia de la Convención para la redacción de una Constitución Europea²¹. A lo peor tenía razón el informe de Gisela Stuart: el consenso parece haberse diluido en un mero acuerdo de elites.

No obstante, la cita de Habermas –ofrecida anteriormente– señala una reflexión de más calado. Lo esencial no es la construcción de un “instrumento jurídico” de una enorme complejidad (que a mi juicio no puede ser encorsetado en el concepto “tratado” o “constitución”), lo que se le antoja al autor alemán fundamental es el “peso simbólico” de la Constitución. ¡No es de extrañar! Habermas advierte que la Constitución Europea, a pesar de sus múltiples defectos (sobre todo, a mi juicio, de la poca importancia concedida a los derechos sociales) ha empezado, aún estando herida de muerte –o precisamente por ello–, a modificar el espacio público europeo, a suscitar debates, a inspirar líneas editoriales: la Constitución Europea modifica las estructuras de la opinión pública europea, y lo hace precisamente europeizándolas. Adquiere, pues, sentido afirmar que las preguntas iusfilosóficas, constitucionales o de derecho comunitario de carácter quasi-

¹⁸ Tomo la expresión prestada de MacCormick quien se queja de que la inclusión de la política de pesca dentro de la agraria, por lo que afirma que los “calabacines no son lo mismo que las pescadillas”.

¹⁹ El problema fundamental es qué mecanismos están en la mano de la Unión Europea para garantizar los Derechos Humanos y si realmente existe voluntad política para algo más que declaraciones formales, tamizadas por el principio de subsidiariedad.

²⁰ MACCORMICK, N., *Who's Afraid of a European Constitution?*, cit, p. 50

²¹ Citado por Beck y Grande en su libro *Das Kosmopolitische Europa*, cit., p 343.

metafísico aligeren su importancia; los caminos parecen otros. El procedimiento, la discusión y la crisis de la Constitución europea –o cómo se la quiera llamar– son un acicate fundamental para el fortalecimiento de un espacio público europeo; éste mensaje debe ser sacado de la botella y puesto en algún lugar visible.

Ciertamente, esta idea requiere de algunas puntualizaciones. Las modificaciones de la estructura pública, del espacio público y su relación con la democracia han sido objeto de estudio en un conocido trabajo de Habermas²². Como es lógico, todo lo expuesto allí, no puede ser traído sin más al espacio europeo. Los cafés y casas de té se han convertido, en muchos casos, en hamburgueserías, o bien han desaparecido. La democracia en el Estado-nación se amparó en la creación de espacios públicos abiertos a la discusión. La Europa que anhelamos, por tanto, debe seguir el mismo camino. Esta regla de tres no funciona: los periódicos no se escriben en europeo ni las cadenas de televisión son iguales en toda Europa. Hay excepciones²³. El espacio europeo es mucho más difuso, heterogéneo y débil que aquel del que disfrutó el Estado-nación. Los mecanismos que lo pueden fortalecer, aún estando ahí (Internet, televisión por cable, política lingüística, etc), no terminan de consolidarse en todas las capas sociales europeas. Esto, hasta cierto punto, no es un problema. Europa no puede mirarse constantemente en el espejo del Estado-nación, pues el hechizo surtiría menos efecto que en los cuentos infantiles al uso. Europa ha de aceptarse a sí misma y reconocer que sus estructuras, tanto jurídicas como sociales, no son idénticas a las del Estado-nación. Tampoco es necesario. Habermas ha puesto de manifiesto qué debe significar este espacio público europeo²⁴.

Estos no son nuevos problemas, pero sí nuevas conquistas que se deben hacer desde el espacio europeo y desde la Constitución Europea²⁵; en definitiva, habrá que ampliar el círculo de la solidaridad no sólo a los nacionales sino a todos los europeos. Las conquistas de los “grandes momentos legislativos” no se deben diluir en los reglamentos o

²² HABERMAS, J., *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Suhrkamp, 1990

²³ La revista *Lettre internationale* se publica, con distintos contenidos, en distintos idiomas. *Le monde diplomatique* o la cadena de televisión francesa Arte también poseen una amplia cobertura en Europa.

²⁴ Vid. HABERMAS, J., *Por qué*, cit. p. 18. también del mismo autor *Der gespaltenen Westen*, p. 80. La idea de Habermas es que se deben abrir los espacios nacionales al debate europeo, creando de este modo una dinámica supranacional.

²⁵ Para Bauman el Estado social fue una solución (con un poco de suerte) al problema que planteaba la retirada de Europa de sus posesiones coloniales allende de los mares” (p. 117); sin embargo, hoy, a juicio de este autor, no se puede seguir manteniendo la máxima “soluciones locales para problemas globales”. Por esto “un Estado social no se puede construir ni sostener en un Estado territorialmente por sí sólo; tal vez ni siquiera dentro de una “fortaleza” que incorporase una combinación de varios Estados con la intención de reforzar su defensa” (p. 119). Tanto Bauman, como Habermas y Ulrich Beck, a pesar de las diferencias que existen en sus planteamientos, apuestan por una Europa cosmopolita *à la Kant* (por supuesto ampliando el *Besuchrecht* del que habla Kant en la Paz Perpetua).

en las órdenes ministeriales. Aquí la Constitución Europea puede hacer bien poco; a veces lo simbólico se convierte en pura estética.