

## La Constitución de Europa en tiempos de Imperio

Massimo La Torre

Massimo La Torre es profesor de Filosofía del Derecho en las Universidades de Catanzaro, Italia, y de Hull, Reino Unido. Entre sus últimas publicaciones destacan los libros: *Il giudice, l'avvocato, e il concetto di diritto* (Rubbettino, 2003), y *Cittadinanza e ordine politico* (Giappicchelli, 2004). Este artículo tiene como punto de partida una ponencia presentada en el curso de verano de la Universidad Complutense de Madrid (organizado en colaboración con el Real Instituto Elcano) sobre «La Convención y el debate sobre el futuro de Europa» el 30 de junio de 2003.

Nos encontramos ante hechos políticos y sociales de un marcado carácter anacrónico. Vivimos –podríamos decir– en una era decimonónica. Del Estado social estamos rápidamente regresando al Estado «guardián nocturno», o al Estado «mínimo», de cierto pensamiento liberal del siglo XIX. La política tiene como modelo ideal el mercado, y el poder se orienta al dinero. En un Estado europeo el primer ministro es el más rico del país (y está en el puesto 45 entre los más ricos del mundo), da la imagen del capitalista con panza y cigarrillo de la sátira socialista de hace un siglo, es el propietario de buena parte de los medios de comunicación, y legislador de leyes que le permiten sustraerse al juicio de los tribunales con total impunidad. En una capital europea el resultado de las elecciones regionales o autonómicas se subvierte mediante una trama económica que corrompe y compra a un par de diputados. (Ya para los golpes de Estado no se cuenta con los militares, sino con las inmobiliarias.) En otro gran país europeo servicios esenciales para la colectividad han sido privatizados con el resultado, por ejemplo, de que el ferrocarril es más caro e inseguro y menos eficiente que nunca. Y en otra tierra europea de antigua cultura, con una arriesgada operación de privatización, un señor amigo del primer ministro pasa de tener un modesto patrimonio a ser un millonario con avión privado y mansión en Miami en solo año y medio. En las últimas elecciones administrativas en Nápoles los votos se compraban a treinta euros cada uno. Es el triunfo, en breve, del tipo humano de Mercadet –el protagonista de *Le faiseur* de Balzac, el especulador, que proclama esperar a Godeau, y cuya máxima aspiración es (en palabras de un conocido político español)... forrarse.

Otro gran hecho decimonónico, paradójicamente, es la globalización –que es una versión acelerada, avanzada, motorizada, del «libre comercio» celebrado especialmente en la segunda mitad del siglo XIX. Edward Luttwak habla al respecto de «turbocapitalismo». Muchos de nuestros elegantes trajes están hechos con tela tejida por niñas y mujeres que en algún rincón del Tercer Mundo trabajan catorce o dieciséis horas diarias por salarios de hambre. Y decimonónico es el surgimiento, en cierta medida inesperado, de un nuevo, agresivo imperialismo. Quienes hoy en día piensan y hablan de «imperio» no son sólo y tanto Toni Negri e intelectuales huérfanos del 68, sino influyentes *policy-makers* situados en los puestos más altos y poderosos de la administración norteamericana. Allí se teoriza de manera abierta, diría casi descarada, el nuevo imperio, aunque benévolo, cuya misión sería difundir los principios del mercado y de la democracia liberal en todo el mundo y sobre todo impedir que pueda surgir alguna otra potencia rival capaz de poner en peligro el predominio militar, político y económico de los Estados Unidos (criterio, por lo demás, que encontramos subrayado *expressis verbis* en el Documento de la Estrategia Nacional publicado por la Casa Blanca en septiembre de 2002). Aunque Colin Powell reivindique para los mandatarios el derecho a la mentira (véase *Foreign Affairs Magazine*, enero/febrero 2004) y nos advierta que, por consiguiente, no todo lo que está escrito en el citado Documento de Estrategia Nacional es cierto.

Condolezza Rice, sin embargo, lo ha dicho claramente. La guerra fría ha sido ganada por Estados Unidos, el orden internacional se encuentra en una situación fluida, que permite antes que se solidifique otra vez la arcilla, *the clay*, una actuación radical que imponga a la materia fluida de las relaciones internacionales el diseño, la forma, la marca de la única potencia vencedora. En 2003 como en 1945.

En el nuevo orden imperial, una mezcla de viejo imperialismo colonial (muy apreciado por los *policy-makers* de Washington y por sus intelectuales «orgánicos») y de *Grossraumordnung* schmittiano (que se basa mucho –hay que recordarlo– en la Doctrina Monroe), en esta nueva coyuntura el derecho internacional parece tener un triste destino: se prejubiliza. Lo dice el Documento de Estrategia Nacional, y lo confirma su profeta, el «príncipe de las tinieblas», Richard Perle: a las «débiles y corruptas» Naciones Unidas hay que contraponer *coalitions of the willing*. A la prohibición de la guerra preventiva –cuya violación, se recordará, llevó a los jefes nazis alemanes a la horca en el juicio de Nuremberg– se contraponen el criterio de la intervención militar preventiva. De todas maneras, –como leemos en una novela del mismo Perle (*Hard line*, Nueva York, 1992)– para ganar e imponerse a los demás, y de esto se trata en las relaciones internacionales, hay que olvidarse de la diplomacia y seguir la «línea dura». «We need Machiavellian wisdom and leadership» –concluye Michael Ledeen, el ideólogo más radical de los neoconservadores estadounidenses (*Machiavelli on Modern Leadership*, Nueva York, 1999, pág. 188).

Lo ha escrito John Bolton, subsecretario de Estado de la administración americana: el derecho internacional es solo una mentira en el proceso real, concreto, de las relaciones internacionales («Is There Really “Law” in International Affairs?», *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 10, 2000). Y Robert Kagan ha expresado la misma idea en términos más políticos. El derecho (internacional) es una arma de seducción con la que la Europa débil y femenina, empeñada en sueños de paz perpetua, nueva Venus, quiere domesticar y en cierta medida debilitar, o castrar, el fuerte y viril poder del nuevo Marte, Estados Unidos de América. El derecho (internacional), en una palabra, es concebido aquí alternativamente como el interés del más fuerte o como un truco, *ars amatoria*, del más débil.

Regresamos así –como ha subrayado entre otros Stanley Hoffman– a una situación y condición parecida a la que teníamos antes de la Primera Guerra Mundial: no habría instituciones permanentes capaces de dirigir o reglamentar o coordinar las relaciones internacionales. Éstas, en cualquier caso, se fundamentan en la *Machtspolitik* y en sistemas de alianzas *ad hoc*. Con la gran, enorme diferencia, respecto a 1914, que hoy en día no hay más que una sola gran potencia militar. En los años noventa del siglo pasado creímos que estábamos bastante cerca de un régimen jurídico internacional de densidad normativa tal que hubiera podido transformarse en el germen de un verdadero orden político supranacional. Creímos en el advenimiento de un orden cosmopolita, y lo que hoy tenemos es Guantánamo Bay.

Así, por un lado, derrota de la política y triunfo del dinero, crisis del Estado social y del sector público, y celebración de los fastos de lo privado y del mercado. Y, por otro, crisis de la legalidad internacional, ocaso de la esperanza cosmopolita centrada en una reforma democrática y en la revitalización de Naciones Unidas y anuncios del Nuevo Imperio. Los derechos humanos como garantías concretas decaen, y son instrumentalizados para justificar guerras de agresión y el «nuevo siglo americano». Lo que emerge –gracias también al terrorismo fundamentalista islámico– es *the war against terror*, una guerra infinita (según la acertada formulación de Giulietto Chiesa), y un régimen de excepción, *Ausnahmestand* (según la fórmula de Carl Schmitt), régimen de suspensión de libertades fun-

damentales y de movilización psicológica permanente, *totale Mobilmachung* –como decía Ernst Jünger, otro gran teórico del Imperio–, la decisión sobre el cual compete al verdadero príncipe del mundo, el nuevo César global, el presidente de Estados Unidos de América. La deriva decisionista y autoritaria está en la misma idea de guerra preventiva, de «defensa propia anticipatoria», que es el núcleo de lo que hoy empieza a llamarse «doctrina Bush». Lo ha apuntado Arthur Schlesinger Jr. (*El País*, 6 de julio, 2003), recordando un discurso del 15 de febrero de 1848 de Abraham Lincoln: «Si permiten al presidente invadir un país vecino cuando él lo considere necesario para repeler una invasión [...], le estarán permitiendo hacer la guerra a su antojo [...] Si hoy decidiera decir que cree necesario invadir Canadá, para evitar que los británicos nos invadan, ¿cómo podrían detenerle? Podrían decirle que no ven probable que los británicos nos invadan, pero él les mandaría callar diciendo: “Si usted no lo ve, yo sí”». Presten, por favor, atención al hecho de que en la «doctrina Bush» no se trata ya de hacer la guerra a países «vecinos», sino a cualquiera en cualquier lugar del mundo, y que el peligro contra el que hay que defenderse atacando no tiene que ser una posible «invasión».

*¿Una Constitución «otorgada»?* Ahora bien, este es el cuadro de época en el que surge el proyecto de una constitución para una unión política de los estados europeos, que viene a ser el cambio institucional de la vieja Comunidad Europea, centrada en la idea de un mercado común, hacia un destino cuyos rasgos todavía no están claros. La cuestión que hay que plantearse es la siguiente: en el contexto geopolítico que he descrito ¿cuál es el sentido de ese proyecto? Y también ¿qué añade, o que le quita, a este proyecto la inclusión como vinculante de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión ya aprobada en el turbulento Consejo europeo de Niza?

En primer lugar, hay que subrayar que la ambigüedad de la construcción institucional de un orden jurídico-político europeo no ha sido resuelta. Leí en el periódico *El País* en los días en que se terminaban los trabajos de la Convención una declaración de la entonces ministra Ana Palacio que me dejó bastante perplejo. Con la Convención –dijo la señora Palacio– lo que hemos logrado es una revolución en la manera de producir derecho internacional. Mi reacción inmediata fue: pero, ¿es la Unión un ordenamiento de derecho internacional? Y si es así, ¿por qué se necesita una constitución y además una convención, término que en cierta manera evoca la idea de asamblea constituyente? Así que en las palabras de la ex ministra reaparece la vieja cuestión de la naturaleza del derecho comunitario, que para muchos –curiosamente para muchos profesores de derecho internacional– es ámbito y materia de derecho internacional.

Esta ambigüedad no se resuelve con el documento aprobado por la Convención. El artículo I-1, sección primera, es en este sentido ejemplar. La constitución europea (así llamada de manera explícita) pretende reflejar la voluntad de ciudadanos y Estados. Sin embargo, en el párrafo inmediatamente siguiente se precisa que son solo los Estados los que en esta «constitución» conceden competencias a la Unión. Retorna así el sabor, el olor, el color –aunque no necesariamente el hedor– del siglo XIX. Ya que quizás estamos ante una especie de constitución *octroyée*: no a una constitución que produce y legitima el orden político desde abajo, sino desde arriba, a la manera de los príncipes decimonónicos que graciosamente concedían a sus súbditos alguna garantía contra los excesos del poder y sobre todo una reglamentación más o menos racional y cierta de los órganos públicos. Al lado del *imperium* del monarca, que quedaba especialmente mantenido bajo el título de las prerrogativas

reales, se ponía la *iurisdictio*, ámbito institucional en cierta medida independiente. Esto era (y es) una nueva versión del constitucionalismo de los Antiguos, donde el *imperium* permanece inalterado, aunque limitado por hechos externos, mientras que en el constitucionalismo de los Modernos, el constitucionalismo democrático, es el *imperium* el principal objeto de intervención constitucional que al fin lo disuelve. Aquí ya no hay (o no debería haber) *arcana imperii* ni poderes públicos que no sean directamente producidos y reglamentados, y por lo tanto legitimados, por la constitución misma. El constitucionalismo *octroyé* decimonónico es otra cosa: es la continuación por medios distintos del constitucionalismo de Antiguo régimen, donde las cámaras desempeñan un papel consultivo, o deliberativo, sin verdaderos poderes representativos ni capacidad efectiva de decisión –un poco a la manera de los *parlements* feudales.

Otro rasgo decimonónico en el Proyecto de la Convención es que órganos ejecutivos y no directamente representativos, como el Consejo Europeo, y el Consejo de Ministros, mantengan poderes legislativos y no sean responsables ante el órgano verdaderamente representativo de la voluntad popular y del «pueblo europeo», el Parlamento Europeo, que no tiene poderes sobre la formación de los Consejos en cuestión ni parece adquirir la posibilidad que éstos sean responsables ante él. El poder de cooperación o de coproducción legislativa, repartido entre Consejo y Parlamento, recuerda en cierta medida y *mutatis mutandis* –por lo menos en lo que se refiere al Consejo– la facultad de poner veto a las deliberaciones legislativas de ciertos monarcas decimonónicos y las competencias que éstos se reservaban celosamente en materia de defensa y política exterior. Por esta razón hay juristas italianos que se han atrevido a comparar el nuevo Proyecto con el Statuto Albertino de 1848, la primera carta constitucional (por cierto *octroyé*) del Estado italiano.

Así, podríamos decir que este Proyecto de Constitución europea representa la victoria de una visión intergubernamental del orden europeo sobre el opuesto modelo federalista e incluso sobre el modelo funcionalista. El funcionalismo sólo puede funcionar en presencia de un ordenamiento de baja definición normativa. Ahora, en cambio, demasiadas cosas se encuentran fijadas, positivizadas en normas legales, para permitir el juego evolutivo de los motores subterráneos que mueven la perspectiva funcionalista. La Unión logra finalmente personalidad jurídica (artículo I-6). Tenemos ahora una clara y distinta jerarquía de fuentes y actos normativos; tenemos el principio del *conferral of powers* expresamente sancionado. Hay por primera vez una *rule of exit*, la previsión y el procedimiento para una eventual salida de la Unión. El esquema normativo se hace bastante rígido, hasta quitarle al funcionalismo sus más poderosas armas. Lo mismo puede decirse del federalismo moderado que hasta ahora ha movido y motivado la jurisprudencia de la Corte de Justicia de Luxemburgo, cuyo activismo en una situación de tan alta definición normativa parece destinado a declinar. Aunque por primera vez se sancione de manera formal y definitiva la primacía del derecho de la Unión sobre el derecho de los Estados miembros (artículo I-10, sección primera), logro otrora de la jurisprudencia de la Corte del Luxemburgo.

Y tenemos los derechos fundamentales. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión deviene un documento dotado de plena relevancia jurídica, aunque con alguna limitación, ya que estos derechos tendrán vigencia solo en el ámbito de la aplicación del derecho de la Unión en sentido estricto. De todas maneras, este es un buen resultado.

La primera cuestión aquí es sobre la naturaleza de tales derechos. Al respecto es importante el artículo I-7, sección tercera, donde leemos que los derechos fundamentales cons-

La ciudadanía europea parece poco más que una *façon de parler*.

tituyen principios generales del derecho de la Unión. En dicha sección, sin embargo, no se hace mención a los derechos incluidos en la Carta de Derechos Fundamentales, sino a los de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos, a la cual finalmente se quiere adherir formalmente, y a los derechos que resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. En lo que concierne al impacto de los derechos y de la Carta de los Derechos Fundamentales, el dato primario es que la Carta adquiere validez jurídica plena en la Constitución Europea. Esto es sin duda un hecho positivo. La Carta, no obstante, exhala también un aroma decimonónico inconfundible. Teniendo en cuenta la secuencia propuesta por T. H. Marshall, en ese documento nos encontramos en primer lugar con garantías de derechos civiles, y sobre todo de derechos civiles configurados a partir de las cuatro libertades, ya sancionadas en el Tratado de Roma, derechos todos económicos, que han sido el motor normativo del Mercado Común Europeo. El sujeto de derechos del que habla –por decir así– la Carta es todavía un actor económico, y fundamentalmente un empresario, el capitalista. A los derechos civiles no les corresponden en la Carta intensos derechos políticos. Estos, resumidos todos prácticamente bajo el título de la ciudadanía europea, reproducen el *status quo* del Tratado de Amsterdam y las reservas que en esto se perciben sobre un concepto y una institución tan relevantes –subrayando por ejemplo su subalternidad a la nacionalidad de los Estados miembros. Sin hablar de la omisión en la versión definitiva de la Carta de la mención –que se encontraba en el borrador– a que «todo poder emana del pueblo». Por ende, en la Carta la ciudadanía europea parece poco más que una *façon de parler*.

Luego en la Carta –cuyos derechos están estructurados según seis valores fundamentales– hay un apartado dedicado a los derechos de solidaridad, expresión bastante feliz para referirse a los que generalmente llamamos derechos sociales. Lo que me interesa subrayar es que varios de los derechos sociales contenidos en la Carta tienen el estatus no ya de derechos fundamentales sino de derechos ordinarios. Estamos hablando de derechos tan básicos como el derecho a la seguridad social y a la asistencia sanitaria. Otros derechos sociales tienen más que nada estatuto de *policies*, de reglas finales y programáticas y por lo tanto con un valor deontológico bastante reducido y sin la capacidad de ser usados (a la manera de Dworkin) como *trumps*, como límites para la discrecionalidad del poder estatal. Estamos hablando, por ejemplo, de los derechos de los ancianos o de los consumidores. El punto crucial, sin embargo, me parece el artículo sobre el derecho de propiedad, el artículo diecisiete de la Carta. (Curiosamente de la propiedad se habla en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano del 89 también en el artículo diecisiete.)

En el artículo diecisiete de la Carta no hay mención de ninguna función social de la propiedad. Y sobre todo la formulación del derecho es muy amplia. No solo el derecho de poseer está garantizado, sino también el derecho de usar, de disponer e incluso el derecho de transmitir mediante sucesión testamentaria. Realmente es muy difícil pensar en una conceptualización más extensa. El derecho de propiedad de la Carta parece así recuperar la fuerza y la intensidad de la propiedad todavía segura de sí misma y de su misión civilizadora, propias, una vez más, del siglo XIX. El poder de disponer vuelve a ser el centro de este derecho, en contra de las evoluciones legislativas, judiciales y doctrinales que habían desplazado en los últimos decenios su contenido esencial al momento del uso y sobre todo del disfrute, así como su valor axiológico desde el ámbito del sujeto, de la voluntad, al del objeto, del bien protegido. Colocada en el apartado

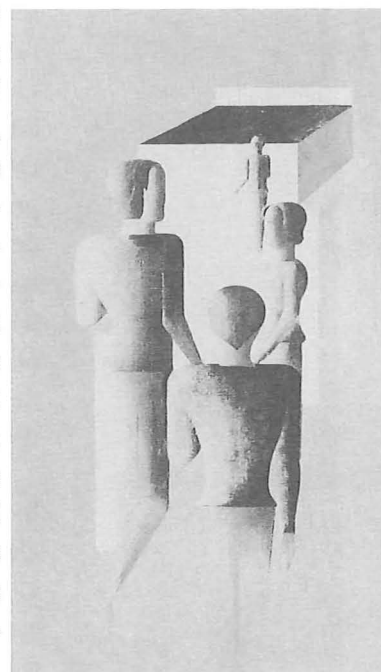
dedicado a la libertad, la propiedad recupera en la Carta su antigua centralidad constitucional y parece condicionar la noción de libertad y de ciudadanía –a la manera del liberalismo «doctrinario»– a la calificación de propietario. Además, el artículo diecisiete de la Carta está precedido por un artículo (el dieciséis) que no tiene precedentes en la historia del constitucionalismo europeo y en sus tradiciones: la libertad de empresa –que de esta manera refuerza y radicaliza la novedad insolidaria del artículo siguiente, el diecisiete.

«*In rights we trust*» Concluyendo, ¿qué podemos decir del sentido del Proyecto de Constitución europea, aprobado en junio de 2004 en Bruselas, en el contexto epocal al que me he referido arriba? ¿Reacciona la Convención de Giscard a la decadencia de la política y a la aparición de un orden mundial sin derecho?

Por un lado es cierto que en el Proyecto se percibe el problema del nuevo orden internacional, ya que se subraya con mucho empeño y repetidas veces el valor y la relevancia de Naciones Unidas y del derecho internacional. Lo mismo se hace en lo que concierne a la paz, conceptualizada en el Proyecto como producida a través del derecho, «*through law*» –como le gustaba decir al gran Hans Kelsen. Se pregona en el artículo I-15 (sección segunda) la lealtad y la solidaridad en materia de política exterior. Interesante y sugerente es, además, el artículo que anuncia y prevé un rearme europeo (artículo I-40, punto 3) y el empuje hacia un núcleo duro de Estados miembros, una «cooperación reforzada», en materia de defensa que podría desembocar en un verdadero ejército europeo (*ibidem*, punto 6).

Por otro lado, sin embargo, la cooperación reforzada tiene que ser autorizada por el Consejo y depende de la participación de por lo menos un tercio de los Estados miembros (artículo I-43, punto 2), y la política de defensa de la Unión queda anclada constitucionalmente al marco de OTAN y de la relación transatlántica con Estados Unidos (artículo I-40, punto 7). La política en la nueva Unión sigue siendo fundamentalmente privilegio de Estados, jefes de Estado y ministros. La representatividad de las instituciones que producen leyes y del procedimiento adoptado se queda –a lo que parece– bastante corta (a pesar de la declaración contenida en el artículo I-45, punto 2). Sin hablar de la permanencia del poder de veto de los Estados, Luxemburgo incluido, en materias importantísimas como la política fiscal, la política exterior y la defensa común. Afortunadamente el criterio de la doble mayoría para decisiones en muchos ámbitos, tan contestado por algún buen amigo de Bush Jr, ha sido aprobado por los Estados miembros en el Consejo europeo de Bruselas del 18 de junio 2004. Con ello se aprueba finalmente el texto de la Constitución que había sido hasta aquel momento bloqueado por una visión estrechamente intergubernamental de la dinámica institucional europea.

Se crea la figura de un presidente del Consejo Europeo elegido no por el Parlamento sino por el Consejo Europeo (artículo I-21), el cual –a pesar de su falta de representatividad democrática– podría añadir, a la legitimidad legalista, cierta legitimidad de carácter carismático. Sin embargo, el declive del funcionalismo –y de su órgano por antonomasia, la Comisión, verdadera perdedora del proceso constituyente de este último año– podría



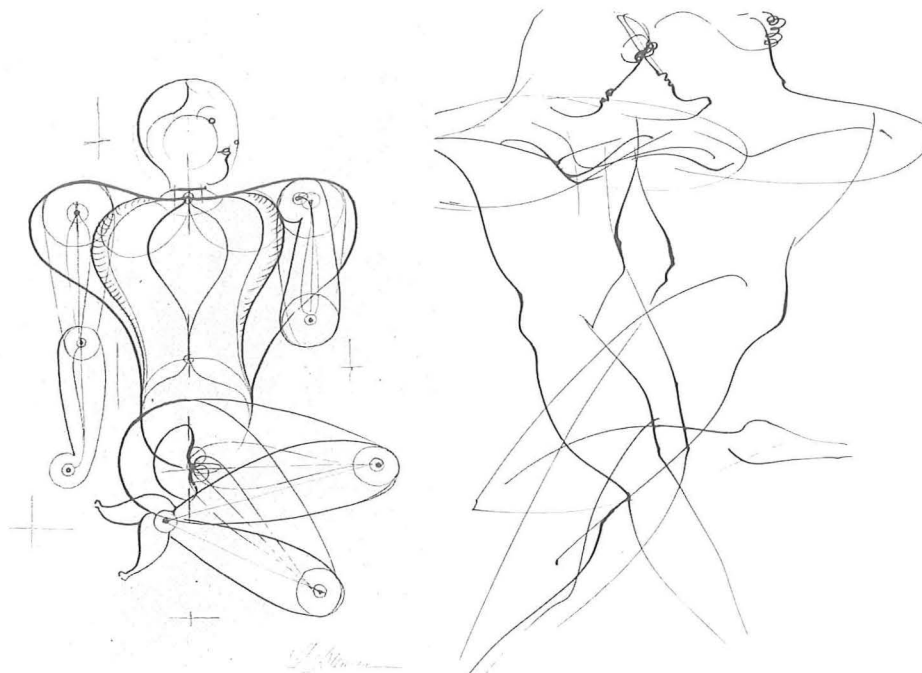
interpretarse como el hecho de que la economía y el mercado ceden alguno de sus territorios al intergubernamentalismo y a través de esto a la *politique politicienne*. Sin embargo, en muchos Estados miembros esta última está sujeta a demasiados valores e intereses vinculados al liberalismo económico como para que pueda verse en ella una esperanza de vitalidad de una esfera pública europea que sea algo más que una concertación de grandes intereses económicos y financieros. Y por supuesto la centralidad que se otorga al derecho de propiedad (y de empresa) en la Carta no parece que tenga como objetivo producir una esfera pública europea. Este enfoque refleja sobre todo el auge de la *Weltanschauung* insoledaria dominante hoy en día y el prestigio de que gozan en nuestras sociedades las figuras del empresario, del especulador y del rico como tal. En consecuencia, la lógica intergubernamental se modela según una perspectiva «liberal» que sigue de muy cerca los imperativos del mercado.

En la era de la globalización –el «turbocapitalismo» de que habla Edward Luttwak–, y frente al nuevo Imperio que se anuncia, la misión natural de la Unión –que se presenta en principio como proyección supranacional de las tradiciones constitucionales europeas, y por lo tanto más como *Verfassungsverbund*, unión de constituciones, que como *Staatenverbund*, unión de Estados– sería la de introducir elementos de racionalidad política democrática tanto dentro como fuera del nivel estatal nacional. Tengo dudas –sin embargo– de que este Proyecto de Constitución Europea esté a la altura de su misión. Aun así hay que decir que los derechos fundamentales y la Carta que los sanciona nos dan elementos para un cauto, prudentísimo optimismo.

En estos tiempos de política de potencia, y de dinero que *non olet*, no queda por el momento otra opción que poner nuestra confianza en los derechos. *In rights we trust*.

Obras de  
Oscar Schlemmer

Willi Baumeister:  
Dos figuras (1923)



Viñeta de  
R. Ramirez Blanco

