

# LA UNIÓN EUROPEA ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y LA GOBERNANZA

AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ (1)

Universidad de León

I. INTRODUCCIÓN.—II. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL TRATADO CONSTITUCIONAL Y EL TRATADO DE LISBOA: 1. *Dos Argumentos para defender la continuidad constitucional entre Laeken y Lisboa*. 2. *Las genuinas diferencias entre Laeken y Lisboa*.—III. LA AMBIGÜEDAD DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO: ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO SINTÉTICO Y EL EXPERIMENTALISMO SISTEMÁTICO: 1. *La naturaleza ambigua del derecho comunitario*. 2. *Dos visiones alternativas: el constitucionalismo sintético y la gobernanza*: 2.1. Síntesis constitucional. 2.2. La teoría de la gobernanza. 3. *Laeken y Lisboa como reflejos del constitucionalismo sintético y de la teoría de la gobernanza*.—IV. EL COMPLEJO FUTURO CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA.

## RESUMEN

Este trabajo considera las razones por las que tanto los efectos jurídicos como la relevancia y la significación política del Tratado de Lisboa serán muy distintos a los que hubiera surtido el Tratado Constitucional de 2005, en caso de que este hubiera entrado en vigor (y ello pese a que el tenor literal de ambos textos es en larga medida muy semejante). Se presta especial atención a la relación entre el proceso de elaboración y la sustancia constitucional de ambos documentos. La tesis que se sostiene

---

(1) Este trabajo es parte de la línea de investigación que se desarrolla en el proyecto RECON, parte del Sexto Programa Marco de la Comisión Europea; en concreto, de su grupo de trabajo dos sobre constitucionalismo europeo. El texto ha sido traducido por Fernando Losada, y corregido por el autor.

ne es que el proceso de Laeken se fundamentaba en el constitucionalismo sintético, que explica la naturaleza de la Unión Europea de forma alternativa a las visiones internacional y constitucional a las que se ha recurrido tradicionalmente, mientras que el proceso de Lisboa constituye una manifestación de la concepción del proceso de integración como medio para resolver eficazmente problemas concretos recurriendo a una serie de prácticas heterodoxas (que englobo bajo el epígrafe *gobernanza*). El trabajo apuesta por la primera de estas vías para reconducir el proyecto constitucional europeo.

*Palabras clave:* síntesis constitucional; gobernanza; Tratado de Lisboa; Laeken; Tratado Constitucional.

#### ABSTRACT

This paper highlights the reasons why the legal consequences as well as the political significance of the Constitutional Treaty and the Treaty of Lisbon will be necessarily different from each other, despite the fact that they are essentially similar documents. In order to explain how this is possible the relation between the drafting process and the constitutional substance of both documents is analysed in some depth. The thesis is that the Laeken process was founded on a synthetic constitutional theory, which explains the European Union's nature as an alternative to the traditional international and constitutional views, whereas the Lisbon process was underpinned by an understanding of the integration process as a way to solve efficiently pragmatic problems resorting to unorthodox tools and devices (*governance*). The author considers some powerful normative reasons in favour of a constitutional transformation of the Union.

*Key words:* constitutional synthesis; governance; Lisbon Treaty; Laeken; Constitutional Treaty.

### I. INTRODUCCIÓN

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la atención inmediata de juristas y politólogos se ha concentrado en el análisis del contenido sustantivo y la aplicación efectiva de las nuevas disposiciones normativas. Pronto serán legión los trabajos que se ocupen de temas tan importantes como las consecuencias que tendrá para la estructura institucional y el equilibrio de poderes la creación de la Presidencia Permanente del Consejo Europeo, los cambios que será necesario introducir en los comités de comitología dada la nueva disciplina constitucional en lo atinente a la implementación normativa de reglamentos o directivas, o las consecuencias jurídicas y políticas de las

cláusulas de *opt-out* de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión graciosamente concedidas al Reino Unido y Polonia (y «prometidas» a la República Checa a insistencias de su actual y pintoresco Presidente).

Sin poner en cuestión la importancia de tales estudios, este trabajo combina la atención a la sustancia normativa del Tratado de Lisboa con el análisis del *proceso de reforma* y del *discurso normativo* que acompañó al mismo. Es por ello que se propone al lector modificar el encuadre habitual de estudio. Sugiero en las páginas sucesivas que hemos de considerar atentamente la *secuencia* de reforma del derecho primario de la Unión Europea abierta por la Declaración de Laeken de 2000, que condujo a una convención con alma constituyente y espíritu un tanto intergubernamental, a un híbrido Tratado Constitucional, a un claro y neto rechazo por los ciudadanos franceses y alemanes, y, finalmente, a la redefinición del procedimiento de reforma en el proceso que condujo al hoy ya en vigor Tratado de Lisboa. Al hacerlo, es necesario dilucidar las visiones de la Unión Europea, de su identidad en tanto que comunidad política y de la fuente de su legitimidad, que impulsaron el proceso de reforma y dejaron su huella en las propuestas sustantivas de reforma a lo largo de esta última década. Este encuadre es pertinente por varias razones, de las que me permito mencionar dos de ellas. En términos más generales y abstractos, el valor jurídico y político de las normas *materialmente* constitucionales depende no sólo de su letra, sino decisivamente del proceso a través del cuál las mismas hayan sido escritas. La legitimidad democrática no es un *plus*, sino un rasgo de identidad de las normas constitucionales democráticas. Es por ello que no es en modo alguno aventurado augurar que la importancia de Lisboa, su estatura y dignidad jurídica y política dependerán *en buena medida* de la estatura y dignidad democráticas del proceso de reforma (o eventualmente, de la estatura y dignidad democrática *sobrevenida* que el Tratado adquiera). En términos concretos, este estudio más amplio se justifica dada la insistencia de los principales *defensores* del Tratado de Lisboa (o de los comentaristas explícita o implícitamente entusiastas con el mismo) acerca de la continuidad literal entre el Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa. Si es cierto (y cuantitativamente es fácil demostrar que tal es el caso) que la inmensa mayoría de las disposiciones del Tratado de Lisboa reproducen las contenidas en el Tratado Constitucional, si es plausible pues afirmar que Lisboa es Laeken por otros medios, entonces el estudio sistemático del Tratado de Lisboa tendrá que remontarse al proceso de Laeken, *en el que se discutieron y decidieron* las normas posteriormente reproducidas en Lisboa.

Una vez que optamos por un encuadre más amplio del problema, la paradoja de la secuencia Laeken/Lisboa se hace visible, en forma de una aparente

contradicción entre proceso y sustancia. Por una parte, se afirma que los procesos de Laeken y Lisboa fueron animados por visiones constitucionales bien diferentes, sino antagónicas, reflejo de concepciones bien distintas de la Unión en tanto que comunidad política y de sus fuentes de legitimidad democrática. El discurso constitucional que precedió y acompañó al proceso de Laeken contribuyó a colorear el Tratado Constitucional con tonos manifiestamente constituyentes. Dar a la Unión Europea una constitución, se afirmó una y otra vez durante el proceso de Laeken, contribuiría a sentar las bases de una más perfecta legitimidad democrática y permitiría, de inmediato o a corto plazo, proceder con reformas estructuras que hicieran de la Unión Europea una comunidad política más completa y menos contradictoria. De ahí no sólo la nomenclatura constitucional, sino la proliferación de *referenda* y la politización de los debates de ratificación. Tras el sonoro fracaso del Tratado Constitucional en las urnas francesas y holandesas, el proceso de Lisboa se presentó a los ciudadanos como un expediente de «gestión» gubernamental de la crisis constitucional de la Unión Europea. La clase política europea trató de persuadir a los ciudadanos europeos de que el verdadero fin del proceso de reforma había de ser la mejora de la capacidad efectiva de toma de decisiones de la Unión. Ese fin justificaría cualquier procedimiento, siempre que mediante el mismo se lograría resolver la crisis abierta. De forma sumaria, Laeken encarnó la opción «constituyente» de la Unión Europea, mientras que Lisboa simbolizó el triunfo del paradigma de la «gobernanza», aplicado ahora a la reforma del derecho primario de la Unión. Por otra parte, el Tratado de Lisboa ha sido presentado, y de vez en cuando respaldado, en tanto que legítimo heredero del Tratado Constitucional, esto es, como un documento similar a éste aunque despojado de sus vestimentas constitucionales (puramente simbólicas). En los términos ya sugeridos, Lisboa sería el Tratado Constitucional por otros medios. Pero ¿cómo es posible reconciliar ambas premisas? No sólo parece que el discurso público acerca de la integración europea puede mudar de la noche a la mañana, haciendo posible el salto de la redacción de una constitución a la gobernanza de la reforma constitucional (empleando los términos del título de este capítulo), sino que además parece que con independencia del proceso que se emplee, el resultado es el mismo.

La paradoja puede ser disuelta en tres pasos, que nos servirán además para considerar el Tratado de Lisboa en el marco más amplio sugerido en esta introducción. El primer paso exige considerar de forma sistemática las similitudes y diferencias entre el Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa. De ese estudio concluyo que no sólo hay diferencias literales fundamentales entre ambos, sino que incluso donde la redacción es la misma, las divergentes teorías constitucionales subyacentes exigen interpretaciones

bien distintas. Es por ello que la pretensión implícita o explícita de transmisión o trasvase de legitimidad de Laeken a Lisboa no se sustenta, de modo que el proceso de reforma que concluyó en 2005 no puede aportar ningún tipo de legitimidad democrática al proceso de Lisboa. El segundo paso me lleva a reconsiderar la secuencia Laeken-Lisboa. Pese a que la clase política desarrolló discursos constitucionales bien distintos en cada uno de los procesos, la práctica *constitucional* fue bastante menos divergente. Hasta el punto de que cuando Laeken fue reconducido por los gobiernos nacionales y por el *Praesidium* de la Convención podemos concluir que el proceso anticipa en buena medida el seguido en Lisboa (algo había en Laeken de Lisboa *avant la lettre*). A ello se añade que la compleja naturaleza constitucional de la Unión Europea constituye un excelente fertilizante de las semillas de experimentalismo y flexibilidad en los procesos de reforma. El giro aparentemente copernicano a favor de una «gestión» de la crisis constitucional se vio favorecido no tanto por el fracaso de Laeken, como por la ambivalencia constitucional de la Unión (que dista de ser nueva, y que en buena medida explica la propia estructura híbrida de Laeken). Desde tal perspectiva, los procesos de Laeken y Lisboa son *ambos* claros ejemplos de que la reforma de la Unión Europea oscila entre la visión propia de una comunidad política constitucional y la característica de un proyecto de gobernanza. El tercer paso me lleva a levantar acta del estado de desgarramiento en que se encuentra la Unión Europea *después de Lisboa*, entre el modelo constitucional y el modelo de gobernanza. De ahí concluyo que la evolución futura de la Unión se verá afectada (aunque no predeterminada) por el Tratado de Lisboa. Del que ya puede afirmarse con certeza que sólo será el último capítulo de la saga constitucional de la Unión Europea si la misma desaparece; en cualquier otra circunstancia, estamos abonados a nuevos procesos de reforma constitucional, *volendo o nolendo*, por imperativo de la imperfecta Unión Monetaria que nos hemos dado (y confirmado tanto en Laeken como en Lisboa).

## II. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL TRATADO CONSTITUCIONAL Y EL TRATADO DE LISBOA

### 1. *Dos Argumentos para defender la continuidad constitucional entre Laeken y Lisboa*

Como he apuntado en la introducción, buena parte de las discusiones jurídicas o académicas acerca del Tratado de Lisboa asumen la *continuidad esencial* entre el Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa. *Lisboa sería*

*pues Laeken por otros medios*, y ello explicaría una cierta continuidad procesal y sustantiva entre los procesos y las propuestas normativas fruto de los mismos. Consideremos en detalle estas dos premisas.

Primera, Lisboa es caracterizada como *Laeken por otros medios*, como una extensión o continuación del proceso de Laeken después del rechazo del Tratado Constitucional en Francia y Holanda en 2005. Lo que podría parecer a primera vista un proceso de redacción constitucional peculiar desde una perspectiva democrática se revela como un proceso abreviado que fue posible (y legítimo) dado que Laeken ya había tenido lugar. Lisboa habría de ser visto como un *post-mortem* interno al propio proceso de Laeken, como una prórroga constitucional a Lisboa. De este modo, las normas finalmente incluidas en el Tratado de Lisboa habrían sido objeto de un intenso debate e intercambio de opiniones, como es propio de las normas constitucionales; pero no durante el proceso de Lisboa, sino durante el de Laeken. En razón de ello, la legitimación *procesal* del Tratado de Lisboa provendría no sólo del (raquítico y problemático) proceso de Lisboa, sino más bien de ambos procesos, y muy especialmente del de Laeken. Mientras se esté mínimamente satisfecho con las propiedades normativas del primer proceso, no se tendrá reparos respecto de la legitimidad del proceso de Lisboa, porque el Tratado de Lisboa es el fruto tardío del proceso de Laeken *ampliado* en el trámite final de Lisboa.

Segunda, que buena parte del tenor literal del Tratado Constitucional y del Tratado de Lisboa son idénticos (2). Es por ello que quizá no tiene mucho sentido preocuparse acerca de la *vía constitucional* empleada para redactar el texto del segundo de los Tratados. O dicho de otro modo, el Tratado de Lisboa es en realidad una variante del Tratado Constitucional despojado de las señales externas de «constitucionalidad» con el objeto de evitar un nuevo rechazo por parte de los públicos europeos más escépticos. De este modo, lo esencial de las reformas institucionales y de las atinentes al procedimiento de adopción de decisiones incluidas en el Tratado Constitucional se reproducen ahora en el de Lisboa. De lo que el Consejo de Ministros y el Consejo Europeo se deshicieron fue «meramente» de los símbolos formales de una constitución, desde el himno hasta la terminología «constitucional».

---

(2) Véase, por ejemplo, *House of Commons report on the European Intergovernmental Conference*, 2007, disponible en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200607/cmselect/cmeuleg/1014/1014.pdf>, para. 45. Puede llegarse más lejos y afirmar que el Tratado de Lisboa es un tratado constitucional en todo menos en su nombre. Al respecto, S. GRILLER, «Is this a Constitution?», en S. GRILLER y J. ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Viena: Springer, 2009, 21-56, particularmente en pág. 50.

Pero dejando a un lado el simbolismo, Lisboa no es sino un Laeken «puesto a punto» (algo que se hace aún más plausible si uno le resta importancia al carácter constitucional del Laeken) (3). Con ello se asume implícitamente que lo determinante en una reforma constitucional son los contenidos sustantivos de las normas aprobadas, no el procedimiento de toma de decisiones por el que se acuerdan. Si se acepta la afirmación de que los contenidos sustantivos del Tratado Constitucional eran globalmente *positivos* para el desarrollo de la integración europea, cómo se conviertan en derecho positivo es una cuestión bastante secundaria. De modo que, ¿por qué deberíamos preocuparnos acerca de las deficiencias democráticas de Lisboa en tanto que proceso constituyente? (y, ya puestos, ¿por qué deberíamos preocuparnos acerca de las deficiencias de *cualquier* proceso constituyente?)

## 2. *Las genuinas diferencias entre Laeken y Lisboa*

Hay tres razones por las que estimo que la tesis de la continuidad entre Laeken y Lisboa es esencialmente errónea.

Primera, Laeken y Lisboa fueron procedimientos diferentes de reforma del derecho primario de la Unión Europea, sostenidos y animados por distintas concepciones acerca de qué sea la Unión Europea y cómo deba legitimarse. El carácter contrapuesto de tales concepciones es incompatible con la caracterización de Lisboa como Laeken por otros medios.

Laeken fue impulsado por la visión de un momento constituyente en el cual *nosotros, el pueblo* escribe o reescribe la Constitución. Esto explica el papel esencial asignado a la Convención, que estableció los principales elementos del Tratado Constitucional y en la que tenían cabida los representantes de las instituciones nacionales y europeas. Y asimismo tiene eco en el amplio recurso a referendos en los procedimientos de ratificación nacionales, alcanzando niveles sin precedentes de participación directa en los procedimientos de reforma. El proceso, sin embargo, no estaba exento de ambigüedades. Los gobiernos nacionales se reservaron a sí mismos un lugar privilegiado en la decisión final como *redactores últimos* del Tratado Constitucional en tanto que órgano colectivo de la CIG. Esto explica por qué los trabajos de la Convención no resultaron de forma clara y nítida en un momento constitucional para Europa (un momento constitucional que hiciera realidad el potencial democrático de reescritura del derecho primario de la Unión, asegurando de ese modo la legitimidad democrática reforzada, direc-

---

(3) G. AMATO, «Preface», en GRILLER y ZILLER (eds.), *supra* n. 2, V-X (pág. VI).

ta y sin intermediarios del derecho constitucional europeo). Esta limitación estructural no sólo era bien conocida por los líderes de la Convención, sino que además estaban dispuestos a aceptarla e incluso a tratar de hacer uso de ella mediante la manipulación política (4). Los líderes de la Convención, y muy especialmente el *Praesidium*, multiplicaron los contactos informales con los (principales) gobiernos nacionales, al tiempo que estructuraron el trabajo de la Convención de tal modo que se aseguraron que podrían anticipar de manera continua qué partes de su trabajo aceptaría el Consejo Europeo (5). Alineándose así con este órgano, el *Praesidium* acabó eludiendo el terreno constitucional salvo en términos simbólicos y favoreció un trabajo de mera consolidación y simplificación del Derecho Comunitario. La necesaria batalla por el alma constitucional de la comunidad política se comenzó a eludir en el momento en que el Consejo de Ministros de la Unión, y no sus ciudadanos, se convirtieron en la *audiencia ideal* de los trabajos de la Convención. Dicho de otra forma, no sólo la Conferencia Intergubernamental (como por otra parte era natural) sino la propia Convención asumieron que el texto que elaborasen tenía que agradar ante todo y sobre todo a los gobiernos nacionales, con el objeto de asegurarse el respaldo unánime de todos ellos (6). Se asumía de esta forma que una vez persuadidos los gobernantes nacionales, los mismos se encargarían de convencer a los electorados nacionales de lo conveniente que resultaría ratificar el texto propuesto. Este cálculo se demostró muy corto de miras, previsiblemente contraproducente y de hecho fue el primer paso hacia el desastre de los *referenda* de 2005. En cualquier caso, el abandono del terreno constitucional allanó el camino para la progresiva involución de Laeken: de momento constitucional en potencia derivó en un ejercicio de redacción constitucional plenamente dirigido. En la fase de ratificación, los Estados miembros no sólo mantuvieron un poder de veto individual (el Tratado sólo entraría en vigor si todos los Estados Miembros lo ratificasen), sino que tampoco se consideró necesario grado alguno de armonización de los procedimientos nacionales de ratificación, hasta el punto de que cada Estado miembro pudo implícitamente atribuir una naturaleza jurídica diferente al Tratado Constitucional en su procedimiento de re-

(4) Véase G. TSEBELIS y S. O. PROKSCH, «The Art of Political Manipulation in the European Convention», 45 (2007) *Journal of Common Market Studies*, 157-186.

(5) Véase C. CLOSA, «The Convention Method and transformation of EU constitutional politics», en ERIKSEN, FOSSUM, MENÉNDEZ (eds.), *Developing a Constitution for Europe*, Londres: Routledge, 183-206.

(6) J. ERIK FOSSUM, «Contemporary European constitution-making - Constrained or reflexive?» en *Making the European Polity*, 143-166, E. O. ERIKSEN (ed.) (Londres: Routledge, 2005).



forma nacional. Esto no fue un asunto objeto de polémica durante los debates, quizás porque los procedimientos de ratificación eran considerados por muchos gobiernos nacionales como meros procedimientos de aprobación por aclamación, en los que se esperaba que la vacía concha constitucional del texto aprobado por la CIG fuese pacíficamente respaldada por una ciudadanía maleable *en tanto en cuanto se evitase un debate profundo que pudiese conducir a la «politización» de la discusión*. Paradójicamente, la promesa democrática inicial, que fue diluyéndose progresivamente, recobró su vigor gracias a la negativa de los ciudadanos franceses y holandeses a finales de la primavera de 2005. Al tomarse en serio la pretensión de constitucionalidad del proceso que para una buena parte de la clase dirigente europea era meramente parte de la mercadotecnia política al uso, los pueblos francés y holandés se implicaron en un debate constitucional y ejercieron su poder constitucional para decir «no» al texto que se les proponía (7). El propio hecho de que el «non» y el «nee» pusieran fin al proceso de Laeken (pese a que el Consejo hiciese todo lo que estuvo en su mano para simular que el cadáver constitucional aún estaba vivo) constituyó una confirmación *rigor mortis* de que todo el proceso tenía, de hecho, un carácter constitucional. Cuestión distinta es si además condujo al *Fiat democratia, perit Europa* (8).

Lisboa se caracterizó desde su inicio como un proceso mediante el cual las reformas debían ser adecuadamente *administradas* (si se quiere, literalmente manejadas) por los gobiernos nacionales. Se impuso una caracterización del fracaso de Laeken como una «crisis constitucional», que había de

---

(7) S. BROUARD y V. TIBERJ, «The French referendum: The not so simple act of saying nay», *Political Science & Politics* 39 (2006): 261-268; S. WOLFF y G. MOUNIER, «France: the come-back of political parties», *European Constitutional Law Review* 1 (2005): 383-392; K. AARTS y H. VAN DER KOLK, «Understanding the Dutch “no”: the euro, the East and the elite», *Political Science & Politics* 39 (2006): 243-246; A. NIJEBOER, «The Dutch referendum», *European Constitutional Law Review* 1 (2005): 393-405. Además, las consecuencias del «non» y del «nee» se consideran en: G. DE BÚRCA, «After the referenda», *European Law Journal* 12 (2006): 6-8; H. MILNER, «“Yes to the Europe I want; No to this one.” Some reflections on France’s rejection of the EU constitution», *Political Science & Politics* 39 (2006): 257-260; B. STEFANOVA, «The “No” vote in the French and Dutch referenda on the EU constitution: a spillover of consequences for the wider Europe», *Political Science & Politics* 39 (2006): 251-255; L. HOOGHE y G. MARKS, «Europe’s blues: theoretical soul-searching after the rejection of the European Constitution», *Political Science & Politics* 39 (2006): 247-250.

(8) La fuerza constitucional del «no» no pudo transformarse en un programa de reforma constitucional positivo entre otras razones porque el Tratado Constitucional no fue aceptado. Las instituciones y procesos de toma de decisiones rechazados por Nosotros los pueblos europeos hubieran sido más adecuadas para ello, pero esta ironía no fue quizás muy tomada en cuenta por el pueblo del no francés y holandés.

ser superada mediante un tipo bien específico de *deliberación*. Al margen de la luz pública, en el secreto de las trastiendas, la reforma constitucional de la Unión sería posible mediante negociaciones directas entre gobiernos nacionales (9). El Comité de Supervisión Europea de la House of Commons resumió tan bien la consistencia del procedimiento que merece la pena citar *in extenso* la caracterización que hicieran del mismo los diputados británicos:

«[U]n proceso de redacción esencialmente secreto dirigido por la Presidencia, con textos elaborados en el último momento antes de ejercer presión en pro de un acuerdo. El apretado calendario propuesto, especialmente a la vista de los períodos de sesiones de los parlamentos nacionales, no podría haber sido diseñado de modo y manera que se marginara aún más a estos últimos» (10).

La premisa tácita del proceso era que los gobiernos nacionales tenían que ocuparse de asegurar la fertilidad «constitucional» de Lisboa mediante un adecuado ejercicio de su liderazgo político; entendiendo por ello el uso del capital político de los titulares del cargo, su ingenuidad política o lo que fuera preciso (incluida la desinformación intencionada de los parlamentos nacionales). Hubo una estrategia activa encaminada a evitar los referenda en la medida en la que ello fuera posible (no lo fue en el caso irlandés) (11). De hecho, podría argüirse que Lisboa no sólo supuso un retroceso al modelo clásico de Conferencia Intergubernamental, sino que en buena medida el Consejo Europeo hizo a menos *incluso* de la Conferencia Intergubernamental, reducida a correctora de pruebas del propio Consejo (dado que las negociaciones sustantivas se desarrollaron *antes* y no *durante* la Conferencia Intergubernamental, de lo que da fe la notable semejanza entre el mandato del Consejo Europeo y el texto final del Tratado de Lisboa) (12). Permítase-

(9) Véanse especialmente los discursos (determinants) de Nicolas Sarkozy de 16 de febrero de 2006 ([http://www.botschaft-frankreich.de/IMG/sarkozy\\_europa\\_berlin\\_fr.pdf](http://www.botschaft-frankreich.de/IMG/sarkozy_europa_berlin_fr.pdf)), y de 8 de septiembre del mismo año ([http://www.robert-schuman.eu/doc/actualites/discours\\_2006-09-08.pdf](http://www.robert-schuman.eu/doc/actualites/discours_2006-09-08.pdf)).

(10) *Supra*, n. 2 (pág. 24).

(11) Amén del caso de Irlanda, donde el referéndum era inevitable, la ratificación parlamentaria fue constitucionalmente problemática en el Reino Unido y en Dinamarca. En el primer caso, la *High Court* rechazó el recurso planteado por Stuart Wheeler: R (Wheeler) v Prime Minister and Foreign Secretary, disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2008/1409.rtf>. En el país escandinavo, un recurso ante el *Østre Landsret* (última instancia jurisdiccional antes del Supremo) fue rechazado en octubre de 2009; la decisión fue entonces recurrida ante el Supremo, sin que haya noticias del resultado del proceso a la fecha de cierre de este artículo. Véase <http://folkebevaegelsen.dk/spip.php?article1994>.

(12) La primera propuesta formal circulada por la Presidencia Alemana lo fue en mayo, si bien basándose parcialmente en diversos estudios o propuestas realizados por grupos en los que participaron destacados dirigentes europeos y ex-miembros del *Praesidium* de la Con-

me añadir que en el desarrollo de Lisboa resultó clave el largo período de reflexión posterior al fracaso de los *referenda* francés y holandés. Los casi dos años de interludio dejaron una profunda huella. En primer lugar, sirvieron para crear las condiciones bajo las cuales el cambio en el discurso constitucional (de redacción de una constitución a «gestión» de la crisis constitucional) se hizo menos evidente. En segundo lugar, la duración del período de reflexión fue considerada prueba concluyente de la profundidad de la crisis y, consecuentemente, de la urgente necesidad de encontrar una solución a la misma por la clase gobernante europea. Una *self-fulfilling prophecy* allí donde las haya.

Segunda, la caracterización de Lisboa como *Laeken por otros medios* no da suficiente cuenta de la ruptura de legitimidad democrática entre Laeken y Lisboa. El fracaso del Tratado Constitucional en las urnas francesas y holandesas implica necesariamente que la legitimidad democrática del mismo fue rechazada por quien es juez último de la misma de conformidad con el derecho comunitario positivo (13). ¿Qué otro sentido puede dársele a dos referen-

---

vención. Fundamentalmente el Comité de Acción por la Democracia Europea, financiado por la fundación Bosch, y cuyas propuestas pueden leerse en <http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/RobertSchumanCentre/Research/ArchivesInstitutionsGovernanceDemocracy/ACED/BrusselsConf2007.aspx>. Compárense los siguientes documentos: Informe de la Presidencia Alemana previo a la reunión del Consejo Europeo, 14 de junio de 2007, disponible en <http://www.statewatch.org/news/2007/jun/eu-treaty-10659-07.pdf> Borrador del Mandato a la CIG de 19 de junio de 2007, disponible en [http://www.unizar.es/euroconstitucion/Treaties/Library%20\(Since%20June%202007/German%20Presidency%202007%20Draft%20IGC%20Mandate.pdf](http://www.unizar.es/euroconstitucion/Treaties/Library%20(Since%20June%202007/German%20Presidency%202007%20Draft%20IGC%20Mandate.pdf); Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de 21-22 de junio, que incluyen en anexo I el mandato específico a la Conferencia Intergubernamental, disponible en [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ec/94932.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/94932.pdf). Los documentos relativos a la Conferencia Intergubernamental de 2007 están disponibles en <http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1317&lang=en>

(13) Hay un pecado de soberbia constitucional especialmente grave en lo que concierne a los gobiernos francés y holandés (y en menor medida de los de aquellos estados en que se anunciaron referenda que no llegaron a tener lugar), dado que la determinación de si era necesario o no un plebiscito para refrendar Lisboa fue decidida haciendo caso omiso del sentido y de las razones del voto negativo (en contra de lo anunciado por los Jefes de Estado y de Gobierno en los días inmediatamente posteriores al voto holandés). Véase especialmente Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros de la Unión Europea sobre la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Consejo Europeo de 16 y 17 de junio), disponible en [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/es/ec/85332.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/85332.pdf): «Los recientes acontecimientos no ponen en tela de juicio la validez de la continuación de los procesos de ratificación. Hemos convenido en que el calendario de la ratificación en distintos Estados miembros se adaptará, en caso necesario, a la luz de estos acontecimientos y en función de las circunstancias en dichos Estados miembros». Al tiempo que afirmaban abrir un necesario período de reflexión: «Los ciudadanos, no

da en el que los votantes franceses y holandeses rechazaron su ratificación por un amplio margen y tras deliberaciones bastante intensas en las cuales participaron una gran cantidad de ciudadanos (una descripción que parece especialmente correcta en el caso francés) (14). O dicho con otras palabras, lo que selló la suerte del Tratado Constitucional no fue el cabildeo intergubernamental (como hubiera sido el caso si el fiasco del Consejo Europeo de Diciembre de 2003 hubiese sido definitivo) ni una decisión nacional con una legitimidad democrática limitada, como habría sucedido si una vasta mayoría de Estados Miembros hubieran ratificado el texto tras un resultado positivo en *referenda* nacionales y dos Estados Miembros hubieran rechazado su ratificación tras un ajustado voto parlamentario. Lo que puso fin al proceso de Laeken, conviene reiterarlo, fueron dos plebiscitos decisivamente negativos. Si esto es así, no resulta obvio cómo haya podido transferirse la legitimidad democrática del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa, porque no se puede transmitir aquello que no se tiene. El argumento típico para sostener tal conclusión es que una amplia mayoría de Estados Miembros ratificaron el Tratado Constitucional (la mayoría antes de los referenda francés y holandés, algunos después) y que siendo la democracia una cuestión de números, resultaría *poco democrático* poner fin al proceso de ratificación porque una mayoría de ciudadanos en dos Estados Miembros (que, no obstante, representaba tan sólo una minoría de votantes en el conjunto de la Unión) rechazasen el Tratado. Esto implicaría que una minúscula minoría de ciudadanos europeos podría bloquear cualquier decisión que no fuese de su agrado, incluso contra la voluntad expresa de una clara mayoría de europeos. Ésta es la razón por la que lograr la ratificación de Lisboa en tanto que *Laeken por otros medios* debería ser considerado un medio para hacer realidad la voluntad democrática de la mayoría de los europeos. Sin embargo, este argumento es bastante débil. El hecho de que desde el punto de vista del derecho comunitario en su estado actual (15) todos los procedimientos de ratificación tengan un valor equivalente no *significa* que desde la perspectiva del constitucionalismo democrático se haya de reconocer una misma dignidad democrática a todos los procedimientos de ratificación. Como mínimo, debe establecerse una distinción entre aquellos procedimientos equi-

---

obstante, han manifestado preocupaciones e inquietudes que hay que tener en cuenta. Resulta necesario, por lo tanto, emprender una reflexión común a este respecto».

(14) Sobre el particular véase H. J. TRENZ, A. J. MENÉNDEZ y F. LOSADA (eds.), *¿Y por fin somos europeos? La comunicación política en el debate constituyente europeo* (Madrid: Dykinson, 2008).

(15) A este respecto, la constitución material de la Unión Europea continúa reflejando el carácter internacional de la forma a través de la cual las Comunidades fueron establecidas y continúan estando constituidas hoy en día: un tratado internacional.

valentes a los empleados para enmendar las constituciones nacionales (enmiendas que se puede asumir garantizan una dignidad democrática equivalente a la que se le reconoce a las constituciones nacionales) y aquéllos menos exigentes característicos de la ratificación de tratados internacionales *simpliciter*. Teniendo esta distinción en mente, debe observarse que tanto en Francia como en Holanda el proceso de ratificación era semejante al de reforma constitucional, lo que no fue el caso en la mayoría de los Estados Miembros que ratificaron el Tratado. De hecho, España y Luxemburgo y Alemania son los únicos estados de los que puede predicarse tal cosa. Puede observarse asimismo que el alcance y profundidad de los debates holandés y, muy especialmente, francés se aproximan a lo que se espera de un debate constitucional democrático (16). No es mi intención seleccionar y elegir los procedimientos nacionales de ratificación, sino simplemente poner en duda la conclusión de que había algo profundamente antidemocrático en negar que Laeken tuviera una legitimidad democrática que pudiera aportar al proceso de Lisboa. Muy al contrario, existen más razones de peso que sustentan la afirmación de que el sentido del voto mayoritario de los ciudadanos franceses y holandeses se aproximaba más al que hubiera resultado de un proceso sincronizado de debate y votación a escala europea, dada la amplitud de los debates y el grado en el que se «contextualizaron» en asuntos políticos concretos. Pero incluso si el lector encuentra este último argumento poco concluyente, todavía sigue resultando difícil describir los dos votos negativos en Francia y en los Países Bajos como reflejo de la voluntad de una minúscula mayoría de ciudadanos europeos.

Tercera, existen diferencias de gran importancia entre el tenor literal del articulado del Tratado Constitucional y del Tratado de Lisboa. Sin embarcarme en una comparación concienzuda de los dos textos (sin prejuicio de indicar la importancia de un estudio detallado en la materia, a menos que rechacemos la dogmática jurídica en su conjunto) (17), permítaseme hacer referencia a cuatro tipos de disposiciones que por sí mismas rebaten la afirmación de que ambos textos son efectivamente similares; y consecuentemente, cimentar la afirmación de que la legitimidad democrática de cada texto requeriría ser debatida y decidida *separadamente*.

(1) El Tratado de Lisboa contiene un Protocolo que pretende establecer la no aplicabilidad de la Carta de Derechos Fundamentales al Reino Unido y

(16) S. MAATSCH, «The Struggle to Control Meanings: The French Debate on the European Constitution in the Mass Media», *Perspectives on European Politics and Society* 8 (2007): 261-80.

(17) Cf. el detallado análisis de S. PEERS, al que puede accederse en <http://www.state-watch.org/euconstitution.htm>. Véase también J.-C. PIRIS, *The Treaty of Lisbon*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Polonia (habiéndose prometido a la República Checa la extensión del mismo a la primera oportunidad constitucional). En concreto, el Protocolo 30 al Tratado de Lisboa descarta cualquier forma de control de constitucionalidad de la legislación británica y polaca o de sus prácticas administrativas mediante referencia al parámetro de constitucionalidad *reafirmado* en la Carta (18) (afirmación *duplicada* por lo que se refiere a los derechos de solidaridad de la Carta, esencialmente los derechos socio-económicos en las tradiciones constitucionales nacionales) (19), lo que tuvo eco en la Declaración 61 realizada unilateralmente por Polonia (y extrañamente contradicha por la declaración 62). Este Protocolo no tenía equivalente en el Tratado Constitucional (20). Amén de su lamentable redacción («*a veritable dog's dinner, and not only due to its abominable drafting*») (21) Podría pensarse que el Protocolo tiene un mero valor declarativo. Cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales nacionales directa o indirectamente controlen la constitucionalidad europea de las normas nacionales mediante referencia a los estándares constitucionales comunitarios en lo atinente a la protección de los derechos fundamentales, no lo hacen *en atención a la Carta*, sino al principio de protección de los derechos fundamentales (22). Pero dado que en el Protocolo se habla de los derechos que se *reafirman* en la Carta, su tenor literal es en mi opinión lo suficientemente ambivalente como para alentar una interpretación susceptible de socavar la unidad del derecho comunitario. En particular, el texto del Protocolo deja la puerta abierta a que se pueda argüir que el *opt-out* pone en cuestión, en territorio británico y polaco, la aplicabilidad del principio de protección de los derechos fundamentales tal y como ha sido articulado en la jurisprudencia

---

(18) El contenido de la Carta, aunque no se reproduzca en el texto principal del Tratado, se incorpora al derecho primario de la Unión mediante una referencia incluida en el nuevo artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

(19) Artículo 1.2 del Protocolo 30.

(20) Este Protocolo refleja la persistente desconfianza que los gobiernos británicos han sentido hacia la idea y los propios contenidos de la Carta, desconfianza que resultó justificada por el más tarde famoso Lord Goldsmith al hacer referencia al miedo a un incremento subrepticio de los poderes de la Unión *pace* la Carta. Tales objeciones se suponían acalladas por las cláusulas horizontales insertadas en la Carta en 2000 y por su subsiguiente enmienda en un sentido mucho más restrictivo, de nuevo ante la insistencia del representante del Gobierno Británico durante la Convención de Laeken. Y aun así, en vísperas del Consejo Europeo de Berlín de 2007, la delegación británica amenazó con bloquear la aprobación de lo que más tarde sería el Tratado de Lisboa si no les era concedida una cláusula de *opt out*.

(21) M. DOUGAN, «The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts», *Common Market Law Review* 45 (2008): 617-703.

(22) Véase el póstumo artículo del malogrado B. BERCUSSON, «The Lisbon Treaty and Social Europe», 10 (2009) *ERA Forum*, 87-105 (pág. 98).

del Tribunal de Justicia. Resulta difícil imaginar las condiciones bajo las que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea podría hacer propia tal conclusión. Pero es pertinente recordar no sólo que el Tribunal de Justicia no es el único tribunal capacitado para interpretar de forma autorizada el derecho constitucional europeo, sino también que la vida del derecho comunitario no es exclusivamente judicial. Y que no es impensable que las instituciones nacionales justifiquen violaciones de derechos fundamentales tal y como son definidos en derecho comunitario haciendo referencia al Protocolo (23). A ello se añade que el *opt-out* está articulado mediante cláusulas con un ámbito de aplicación territorial y no personal, de modo que no sólo los británicos, los polacos y eventualmente los checos sufrirán cualesquiera efectos restrictivos se deriven de ellas, sino que también lo harán todos los europeos que puedan estar, permanente o temporalmente, en el territorio del Reino Unido, Polonia y, en su caso, la República Checa. Se trata por tanto de concesiones que implican que las facultades asociadas al estatus de ciudadano europeo puedan variar a lo largo y ancho de la Unión. Por todo ello, el Protocolo no solamente pone seriamente en cuestión los objetivos que se dice son propios del Tratado de Lisboa (en términos de simplificación del derecho comunitario), sino que podría acabar socavando seriamente la coherencia y unidad del derecho constitucional europeo.

(2) El Tratado de Lisboa reforma sustancialmente las normas de votación en el Consejo de Ministros, la institución que continúa resultando determinante en el procedimiento de toma de decisiones comunitario. El artículo I-25 del Tratado Constitucional habría establecido un sistema bajo el cual la mayoría cualificada se alcanzaba cuando la votación fuese apoyada por un 55% de los miembros del Consejo que representase al menos un 65% de la población de la Unión (el llamado sistema de la *doble mayoría*) (24). El artículo 9c del Tratado de Lisboa resultará en la adopción de esas mismas normas, pero solamente en *el largo plazo*. A corto plazo, y conforme al Protocolo sobre las disposiciones transitorias, las viejas normas del Tratado de Niza (la triple mayoría de Estados Miembros, un 62% de la población y un número de votos ponderados) serán de aplicación hasta 2014 y, eventualmente, hasta 2017. Aun siendo de naturaleza temporal, estas disposiciones no pueden ser consideradas una nimiedad. Especialmente si se tiene en cuenta que

---

(23) Es más, las consecuencias que el Protocolo debería tener a la hora de definir las justificaciones invocadas por el Reino Unido y Polonia para sus razonamientos (*rule of reason*) podrían de hecho ser interesantes, especialmente si el Tribunal de Justicia decidiese relacionar su jurisprudencia con la Carta a tal respecto.

(24) La votación se entendería asimismo como favorable si sólo tres Estados Miembros se opusieran a ella, incluso aunque representasen más del 35% de la población de la Unión.

la necesidad de Lisboa se sostuvo reiteradamente en la urgencia de simplificar las reglas de voto y hacer menos difícil alcanzar acuerdos positivos, dado el riesgo de que la Unión de veintisiete miembros se colapsase si continuase trabajando de acuerdo con las normas de toma de decisiones de la pequeña Europa de 1957. Y aun así, el Protocolo pospone *ad calendas polonias* la reforma.

(3) Hay algunos cambios que no resultan menores en asuntos de justicia e interior. El Reino Unido e Irlanda han obtenido un *opt-out* respecto de las disposiciones de justicia e interior del Tratado de Lisboa (25), cuyo alcance específico es complejo dados los diferentes protocolos añadidos al texto principal del Tratado, y que amplían las excepciones de que ambos estados gozan al recaracterizarse cuestiones tales como la expedición de pasaportes o carnés de identidad como asuntos de justicia e interior (no de ciudadanía), y por tanto susceptibles de ser excluidas. Esta forma de proceder agudiza el riesgo de fragmentación de la unidad del derecho comunitario referido en (1). Aún más, existe un nuevo y bastante impreciso artículo 73 TFUE que establece que «[L]os Estados Miembros tendrán la posibilidad de organizar entre ellos y bajo su responsabilidad formas de cooperación y coordinación en la medida en que lo estimen apropiado, entre los servicios competentes de sus administraciones responsables de velar por la seguridad nacional». Lo menos que puede decirse de este texto es que su redacción dista de ser afortunada. Pero quizá debe añadirse que la experiencia histórica europea debería haber reducido el entusiasmo por el fomento de la cooperación de los servicios de seguridad nacionales en ausencia de un marco jurídico claro (26).

(4) El procedimiento mediante el cual se espera que los parlamentos nacionales intervengan en el procedimiento legislativo comunitario ha sido alterado, aumentando *de facto* el umbral con el cual un grupo de parlamentos nacionales puede hacer que una legislación resulte más difícil de aprobar (27). Con ello se hace aún más complejo el proceso de toma de decisio-

---

(25) S. PEERS, «British and Irish opt-outs from EU Justice and Home Affairs (JHA) law», disponible en <http://www.statewatch.org/news/2009/jun/uk-ireland-analysis-no-4-lisbon-opt-outs.pdf>.

(26) Baste recordar la infame red Gladio. Pese al estilo un tanto precipitado del argumento y la escasa cura editorial del libro, véase D. GENSER, *Nato's Secret Armines: Operation Gladio and Terrorism in Western Europe* (London: Frank Cass, 2005).

(27) Véase el Protocolo enmendado acerca del papel de los parlamentos nacionales. Dado el predominio del ejecutivo que caracteriza la política nacional en muchos Estados miembros, los efectos de estas disposiciones se prevén contrarias a los que se decía que se pretendían con la reforma de las reglas de votación en el Consejo.



nes comunitario. Visto que el carácter barroco del proceso de co-decisión ha tenido como principal resultado el desarrollo de convenciones constitucionales que simplifican tan alambicado proceso a coste de la legitimidad democrática del mismo (28), cabe plantearse si una nueva vuelta de tuerca a la complejidad no tendrá resultados parecidos.

Cuarta, incluso si se diese el caso de que gran parte del tenor literal del Tratado Constitucional y del Tratado de Lisboa fuesen idénticos, sería erróneo concluir que no tiene mayor importancia cuál de los dos sea el que entre en vigor; o que las consecuencias jurídicas de que cualquiera de ellos lo hiciera serían similares. Una constitución democrática no sólo se define por sus contenidos sustantivos, por el grado en el que crea un diseño institucional y procedimientos de adopción de decisiones mediante los cuales el poder es efectivamente ejercido, sino que se caracteriza además por al modo en el que aquellos sometidos a la norma fundamental llegan a autorizarla, creando así en primera instancia un poder público. La constitución es la norma fundamental no sólo por lo que dice, sino también por *cómo* se debatió su contenido y se decidió sobre él. Esto es cierto no sólo respecto de las constituciones *revolucionarias* en la tradición continental europea iniciada después de la II Guerra Mundial (29), sino también de las *constituciones evolutivas* según el molde británico (30). En otras palabras, las políticas constitucionales

---

(28) ANNE ELIZABETH STIE, *Co-Decision: The Panacea for EU Democracy?*, Oslo: University of Oslo, 2010.

(29) H. ARENDT, *On Revolution* (Harmondsworth: Penguin, 1970); Maurizio FIORAVANTI, «Constitutionalism» in *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, volume 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, D. CANALE, P. GROSSI, H. HOFFMANN (eds.) (Dordrecht: Springer, 2009): 263-300; B. ACKERMAN, *We the People*, en tres volúmenes (I: *Foundations* (Cambridge: Harvard University Press, 1991); II: *Transformations* (Cambridge: Harvard University Press, 1997); el tercero en prensa; parcialmente anticipado en «The Living Constitution», *Harvard Law Review* 120 (2007): 1737-1813 y en las Tanner Lectures de este año, recientemente publicadas por Harvard University Press). Un análisis de la evolución constitucional de Unión Europea desde una perspectiva revolucionaria en J. E. FOSSUM y A. J. MENÉNDEZ, «The Constitution's Gift», Lahman: Rowman and Littlefield, 2010.

(30) W. BAGEHOT, *The English Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1865 [2001], especialmente pág. 3; A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London: MacMillan, 1866 [en la edición de Liberty Press of 1982, véanse especialmente págs. cxlv-cxlvii y 277-8]. Un estudio más reciente en A. KING, *The British Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 2-3. Una aproximación histórica en O. H. PHILLIPS, «Constitutional Conventions: Dicey's Predecessors», *Modern Law Review* 29 (1966): 137-48 y en E. WICKS, *The Evolution of a Constitution* (Oxford: Hart Publishers, 2006). La flexibilidad prodigiosa de la constitución evolutiva fue sintetizada de forma magistral por GRIFFITH al decir que «La Constitución es lo que pasa»; véase A. J. GRIFFITHS, «The Political Constitution», *Mo-*

se refieren a procedimiento, procedimientos que si son seguidos aseguran la legitimidad democrática de las decisiones constitucionales. En razón de que Laeken y Lisboa fueron tan diferentes, en razón de que el Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa fueron acordados mediante procedimientos constitucionales de reforma tan diferentes, la interpretación de exactamente las mismas palabras puede muy bien ser diferente dependiendo de si son parte del Tratado Constitucional o del Tratado de Lisboa. Que un mismo tenor literal pueda tener consecuencias jurídicas sustancialmente diferentes dependiendo del cuerpo legal del que forman parte es algo obvio para los estudiosos del derecho comunitario. Por lo pronto, el Tribunal ha defendido diferentes interpretaciones de disposiciones con el mismo tenor literal contenidas en los Tratados comunitarios y en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) (31). Asimismo, el Tribunal ha abogado por una interpretación diferenciada de exactamente las mismas disposiciones sobre libre circulación de capitales, que forman parte del mismo de idéntico documento jurídico (el ahora TFUE) dependiendo de si deben entenderse como parte de un *régimen constitucional*, como cuando se aplican en el interior de las Comunidades, o como parte de un marco normativo menos vinculante, como es el caso respecto de terceros países (32). Tesis ésta de la diferente interpretación de la misma disposición en función de su contexto constitucional que se ratifica en la sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal alemán. Se piense lo que se quiera acerca de los méritos sustantivos del fallo, resulta difícil negar que su contenido sustantivo reproduce parcialmente el mismo discurso público que fomentaron los líderes políticos europeos para justificar los principales elementos del proceso de Lisboa (33).

---

*den Law Review* 42 (1979): 1-21, («The constitution of the United Kingdom lives on, changing from day to day for the constitution is no more and no less than what happens. Everything that happens is constitutional. And if nothing happened that would be constitutional also»). Resulta cuestionable si puede todavía decirse que la Constitución británica encaje en la actualidad en modelo evolutivo (si es que en algún momento llegó a hacerlo). Véase John MacDonald McCormick v. Lord Advocate, 1953 S.C. 396 (Court of Session).

(31) Véase, por ejemplo, al Asunto C-280/93, *Bananas*, [1994] ECR I-4973, para. 103-110 (resumiendo la jurisprudencia del TJUE acerca de la interpretación del GATT).

(32) C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*, [2008] ECR I-3747, paras. 87 y 88.

(33) En efecto, el prolongado proceso de reforma seguido implica que uno no puede asumir que ni los ciudadanos ni las instituciones nacionales reconocerán de hecho dignidad constitucional al Tratado de Lisboa. Hasta qué punto esto puede resultar en un fracaso europeo está por ver, pero el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán es una señal muy relevante. Véase BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30 de junio de 2009, Absatz-No. (1-421), disponible en: [http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html).

Resulta difícil imaginar que si el proceso hubiera sido diferente, los jueces se hubiesen pronunciado en estos mismos términos, que el grado de deferencia interpretativa no se hubiese visto afectado por un eventual mayor grado de legitimación democrática de la norma (nótese que ello supone una premisa contrafáctica, dado que la negativa de los ciudadanos franceses y holandeses *contradecía* la legitimidad democrática del Tratado; el punto de comparación sería un Tratado Constitucional positivamente refrendado por los ciudadanos de todos los Estados Miembros, directamente en referéndum o indirectamente en el Parlamento).

Partiendo de estos contraargumentos, puede concluirse que resulta sencillamente inadecuado, cuando no engañoso, afirmar que existe una estrecha conexión, una continuidad, entre Laeken y Lisboa. El Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa pueden resultar muy parecidos *in icto oculi*, conduciéndonos a pensar que el resultado de los procesos de Laeken y Lisboa fue análogo. Pero ello obviaría el hecho de que las constituciones no son una simple suma de normas sino un sistema de normas, cuya forma general se ve determinada sobremanera por cómo se delibera y decide sobre el contenido de tales normas.

### III. LA AMBIGÜEDAD DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO: ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO SINTÉTICO Y EL EXPERIMENTALISMO SISTEMÁTICO

En el anterior epígrafe se han realizado cuatro afirmaciones, a saber (1) que Laeken y Lisboa fueron procedimientos diferentes de reforma del derecho primario de la Unión, sostenidos e impulsados por distintas concepciones de qué sea la Unión Europea y cuáles sean las fuentes de su legitimidad, lo que contradice y rebate la afirmación de que *Lisboa es Laeken por otros medios*; (2) que el Tratado Constitucional fue rechazado en razón de dos votos populares negativos y decisivos, algo que impide la transferencia o radiación de cualquier tipo de legitimidad democrática a futuros procesos de reforma; (3) que hay diferencias sustantivas esenciales entre el Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa que desmienten la afirmación de que el Tratado de Lisboa es el Tratado Constitucional sin sus simbólicas vestimentas constitucionales; y (4) que no puede sostenerse ningún argumento bien fundado en defensa de la afirmación de que la legitimidad democrática reunida en el proceso de Laeken fue de alguna manera transferida a Lisboa, haciendo así innecesario un proceso de reforma abierto, incluyente y participativo.

Si estas cuatro afirmaciones son correctas, nos enfrentamos con dos enigmas. El primero se refiere al súbito cambio del discurso público «constitucio-

nal» subyacente a Laeken al discurso público «de gestión» encaminado a justificar Lisboa. ¿Cómo es posible que los líderes europeos pudieran sostener de manera plausible que lo necesario era actuar de una forma que esencialmente conducía a un giro constitucional de ciento ochenta grados sin provocar una reacción de oposición violenta, si no entre los líderes europeos, al menos entre los parlamentarios de los grupos de oposición en cada uno de los Estados Miembros? El segundo se refiere a los efectos que el giro de Lisboa tenga en la Unión Europea en tanto que comunidad política y en el derecho comunitario en tanto que orden constitucional. ¿Cuáles son las consecuencias estructurales de reformar el derecho europeo siguiendo una u otra vía constitucional? En mi opinión ambos enigmas están muy relacionados con la naturaleza ambigua del derecho de la Unión Europea. Como explicaré más detalladamente en el primer apartado de este epígrafe, el derecho comunitario fue creado como un sistema jurídico ambivalente, con una forma externa internacional y un alma sustantiva constitucional. Este conflicto generó un halo de ambigüedad bajo el cual esta tensión creó las condiciones bajo las cuales dos concepciones opuestas se han venido postulando para reconstruir los elementos esenciales del derecho comunitario. El nuevo orden jurídico podía ser interpretado como un *orden constitucional* en ciernes, con el conjunto de normas constitucionales nacionales sirviendo de marco a un proceso que, a falta de un nombre mejor, podríamos denominar «síntesis constitucional europea». O bien el derecho comunitario podía ser entendido como una nueva forma de derecho cuya legitimidad derivaría de su capacidad de gestionar eficientemente el conflicto social y que estaría caracterizada por la gran flexibilidad de las normas y de las estructuras institucionales y procesos que las producirían, sustentándose en fuentes de legitimidad diferentes de la democrática. En el segundo apartado de este epígrafe sistematizaré las implicaciones de la síntesis constitucional y la gobernanza en tanto que visiones alternativas de la identidad constitucional del derecho comunitario europeo. En el tercer y final apartado explicaré por qué la Unión Europea se movió en Laeken en la dirección de la síntesis constitucional mientras que en Lisboa nos hemos adentrado en buena medida por la senda de la gobernanza.

### 1. *La naturaleza ambigua del derecho comunitario*

La ambigüedad constitucional del derecho comunitario dista de ser nueva, y se remonta a la propia fundación del nuevo orden jurídico. Como es bien sabido, las Comunidades Europeas y su sistema jurídico fueron formalmente creadas mediante tres tratados internacionales. Sin embargo, esos tres

tratados eran intencional y bastante explícitamente parte de un proceso encaminado a superar los límites de la integración mediante el derecho internacional clásico (y al hacerlo, los moldes del derecho constitucional autárquico). No sólo los Preámbulos de esos documentos son bastante elocuentes a este respecto, como ha sido puesto de manifiesto una y otra vez por juristas e historiadores, sino que además su propio contenido sustantivo, desde las disposiciones que describen los objetivos de la integración a las que diseñan la estructura institucional y el proceso de toma de decisiones a través del cual las Comunidades habían de ser gobernadas, reflejan una contradicción subyacente entre la forma internacional y la sustancia federal o cuasi-federal.

Y además, no sólo la forma fue propiamente internacional, sino que siempre ha sido problemático caracterizar a la Unión como comunidad federal. Y ello en tanto que el propio acto y procedimiento de establecimiento de las Comunidades difícilmente puede caracterizarse como constitucional. En razón de que la dignidad y la legitimidad de una constitución democrática son fundamentalmente una cuestión de procedimiento, de seguir una senda constitucional que garantice una legitimidad democrática intensa a las normas resultantes, la ausencia de un *momento* constituyente fue (y sigue siéndolo) un obstáculo determinante para caracterizar a la Unión como federal y al derecho comunitario como un verdadero orden constitucional en la *tradición revolucionaria constitucional* en la cual se reconocían a sí mismas las seis constituciones nacionales de los Estados Miembros fundadores de la *pequeña Europa* (34). Para expresarlo en términos acordes con la legitimidad normativa: el principal obstáculo para concebir a las Comunidades Europeas en términos constitucionales es explicar cómo *estados democráticos*, cuya constitución democráticamente legitimada se espera defina el marco de la acción política, hayan podido crear una nueva comunidad política y un nuevo orden jurídico sin un acto explícito y legítimo de reforma de la constitución nacional. En suma, si los Tratados fundacionales de las comunidades han de ser caracterizados tomando en serios sus efectos constitucionales, ¿dónde estuvo y está la *política constitucional* de la integración europea? Si esa cuestión ya era relevante en 1951, aún lo fue más en 1957, después del fracaso del primer intento «institucional» de redactar una constitución europea que se pretendía sirviera de marco normativo de la integración supranacional (35).

---

(34) Resultaría incluso más difícil concebir los Tratados como una constitución según la tradición constitucional evolutiva. Podrían existir esperanzas de que se iniciase un proceso a largo plazo gracias al cual se fraguase una constitución europea, pero no puede entenderse inmediatamente que tal proceso se ha iniciado.

(35) R. T. GRIFFITHS, *Europe's First Constitution*, Londres: Kogan Page (2001).

Así que, volviendo a la forma internacional, si ésta reconcilia la integración europea con la primacía de las constituciones democráticas nacionales, no es capaz de explicar buena parte de los elementos de la comunidad política supranacional y de su orden jurídico, aquellos que son reflejo de sus aspiraciones constitucionales tal y como se expresan en el Preámbulo; y aún menos respecto de los elementos que paulatina pero progresivamente adquirió el derecho comunitario a lo largo del tiempo. En concreto, en la década de 1960, el Tribunal defendió la *lectura en clave constitucional* de los Tratados, interpretándolos como si fueran el reflejo de una Constitución Europea (36). El Tribunal realizó esa lectura en términos estructurales, desarrollando los principios de efecto directo del derecho comunitario y de primacía sobre las normas nacionales en conflicto con preceptos supranacionales durante los sesenta, e hizo lo propio en los setenta en términos sustantivos dando cuerpo a las libertades comunitarias al establecerlas como parámetro de validez de la legislación comunitaria. Al tiempo que, de forma especialmente notable tras el lanzamiento de la Política Agrícola Común y el giro de la política económica alemana en 1967, con la llegada de Brandt a la cancillería y de Schiller al Ministerio de Economía, la Comunidad comenzó a desarrollar políticas comunes *supranacionales*.

La dificultad de aprehender la integración europea en términos teóricos se debía (y en buena medida, sigue debiéndose) a la originalidad de los procesos y del orden jurídico resultante. En concreto, el derecho constitucional comunitario se caracterizaba por tres elementos innovadores que no eran fácilmente conciliables con los paradigmas clásicos ni del derecho internacional ni del constitucional. Primero, el derecho comunitario no sólo pretendía resolver conflictos más allá de las fronteras nacionales mediante el derecho, sino que también se fijaba como meta crear una estructura institucional autónoma y articular procedimientos de toma de decisiones propios capaces de crear un derecho *integrador* mediante referencia a un conjunto de principios constitucionales. En pocas palabras, el derecho comunitario no era meramente un heraldo de la integración mediante el derecho (como es propio del derecho internacional), sino de la integración mediante el derecho constitucional, lo que implicaba la creación de una comunidad política y de un nuevo orden jurídico anclados a una ley fundamental común. Segundo, ninguno de los «elementos constitucionales» de la Unión fue objeto de afirmación expresa e inequívoca. A pesar de la tendencia inicial a caracterizar los Trata-

---

(36) En tanto que constitución *material* de la Unión; una concepción lo suficientemente benigna como para ser compartida ya a finales de la década de 1960 por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Véase 22 BVerfGE 293 (pág. 296).

dos fundacionales de las Comunidades como «constitución», los citados Tratados parecen quedarse cortos en tanto que ley fundamental, dado que carecen de muchos de los contenidos propios de una constitución al uso. Es más, pronto quedó de relieve que las disposiciones institucionales y relativas al procedimiento de toma de decisiones eran incompletas, y que se imponía desarrollar convenciones constitucionales para colmar las lagunas (como característicamente se hizo en lo referente al desarrollo normativo de reglamentos y directivas mediante la comitología). Tercero, y por las razones ya consideradas, la naturaleza normativa de la nueva comunidad política y del nuevo orden jurídico era bastante confusa. Mientras que una interpretación en clave internacionalista no podía dar cuenta de las aspiraciones sustantivas de los Tratados ni del contexto político en el que fueron firmados, una lectura constitucional parecía quedar excluida por la inexistencia de un acto constituyente legitimador (en el doble sentido de forjador de la legitimidad democrática a la Unión y explicativo de la transformación constitucional desde el punto de vista de las constituciones nacionales). La afirmación de que las Comunidades Europeas eran una comunidad política *nueva* sólo revela las deficiencias de lenguaje político y jurídico clásico, en la medida en la que constituye otra manera de sustentar el carácter *sui generis* de la Unión, o lo que es lo mismo, de dejar sin resolver el problema teórico.

A pesar de que las concepciones clásicas del derecho internacional o del derecho constitucional sencillamente no son capaces de dar cuenta de elementos estructurales y sustantivos clave del derecho comunitario, la inercia teórica ha sido muy fuerte. Éste ha sido particularmente el caso entre los constitucionalistas nacionales, quienes continuaron simulando que podía ofrecerse una adecuada explicación constitucional del derecho comunitario mediante la caracterización del nuevo orden jurídico como una variante del derecho internacional clásico. Lo que sigue alimentando la visión formalmente sostenida por una buena parte de los tribunales constitucionales nacionales en la actualidad (37). Pero era también entre los comunitaristas, una

---

(37) Sin embargo, los máximos garantes de la constitucionalidad nacional han ido graduando la caracterización del derecho comunitario implícita en el contenido sustantivo de su jurisprudencia, especialmente por lo que se refiere a los principios estructurales que articulan la relación entre derecho comunitario y derecho constitucional nacional. En particular, los Tribunales Constitucionales, en la estela del alemán, han reconciliado integración europea y primacía de la Constitución nacional al definir un núcleo duro de la Ley Fundamental nacional, y limitar la prevalencia sobre el derecho comunitario a las normas contenidas en el mismo. *A sensu contrario*, esto implicaba aceptar que el derecho comunitario prima sobre todas las demás normas constitucionales nacionales, lo que *lógicamente* implica el reconocimiento de que el derecho comunitario no es, después de todo, una variante del derecho internacional clásico.

buena parte de los cuales son partidarios de hacer uso del paradigma del derecho constitucional nacional para reconstruir el derecho comunitario. El derecho comunitario podría haber sido un orden jurídico constitucional *in fieri*, pero existían buenas razones para interpretarlo sistemáticamente *como si ya* fuera un verdadero y completo orden jurídico constitucional. Sin embargo, esta visión se traduce en una exagerada comprensión de lo que implica la autonomía del derecho comunitario, y muy particularmente su primacía sobre el derecho constitucional nacional. De hecho, enfatizar la *autonomía* del derecho comunitario nos obliga a pagar el precio de obviar el papel determinante en términos estructurales y sustantivos de las constituciones nacionales en el proceso de integración. Adicionalmente, las teorías desarrolladas en referencia a las constituciones nacionales no son fácilmente conciliables con los elementos experimentales e innovadores del derecho comunitario. Los Tratados quizá reflejaran la constitución material de la Unión Europea, pero la imagen queda alterada y desdibujada por lo que dista de predeterminedar el contenido de las convenciones constitucionales con las que colmar las lagunas de los Tratados (38).

## 2. *Dos visiones alternativas: el constitucionalismo sintético y la gobernanza*

¿Cómo puede darse cuenta de los elementos característicos del derecho fundamental o primario de la Unión de manera coherente? Existen dos principales candidatos para ofrecer una explicación teórica adecuada. A mi juicio, dos son las grandes alternativas teóricas: el constitucionalismo sintético y la gobernanza.

La teoría de la síntesis constitucional intenta combinar la reconstrucción fiel y puntiliosamente detallada de los elementos centrales del derecho constitucional europeo con la fidelidad a los principios normativos democráticos que subyacen a las concepciones del derecho comunitario defendidas tanto por los tribunales constitucionales nacionales como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tanto la concepción *internacional* como *constitucional* «nacional» de la Unión Europea son inadecuadas, en los términos discutidos en este artículo, si bien sus intuiciones normativas merecen ser

---

(38) He realizado una crítica más rigurosa tanto de la concepción «internacional» como de la «nacional» del derecho comunitario en «Is European Union Law a Pluralist Legal Order?», en A. J. MENÉNDEZ y J. E. FOSSUM (eds.) *The Post-Sovereign Constellation*, Oslo: ARENA Report 4/2008, 233-314. Y «Sobre los Conflictos Constitucionales Europeos», 24 (2007) *Anuario de Filosofía del Derecho*, págs. 139-94.



«rescatadas». Una teoría constitucional tal necesariamente ha de inspirarse en la concepción pluralista del derecho comunitario, especialmente tal y como fue expuesta y articulada en la obra de Neil D. MacCormick (39). De hecho, la teoría de la síntesis constitucional que aquí se defiende puede ser vista (a mi modesto entender) como una variante de la teoría de MacCormick.

La teoría constitucional de la gobernanza sostiene que los elementos distintivos del derecho comunitario no son rarezas sino que, antes al contrario, son reflejo de que el derecho comunitario no se cimienta sobre los principios normativos comunes a las teorías internacional y constitucional *tradicionales*. Lo que desde tales perspectivas son cuerpos constitucionales extraños son en realidad indicativos de una nueva concepción del derecho en tanto que medio de integración social, así como de los fundamentos de su legitimidad.

Quizás merezca la pena clarificar que ni la síntesis constitucional ni la gobernanza pretenden dar cuenta de las teorías constitucionales expresamente sostenidas o defendidas por actores políticos clave en el proceso de integración (jefes de gobierno, representantes institucionales de los ciudadanos, etc...). Tampoco han de ser concebidas como *explicaciones* informales de la integración. Antes al contrario, es preciso entenderlas como teorías reconstructivas que pretenden proporcionar la mejor reconstrucción del proceso de integración tal y como se ha desarrollado a lo largo del tiempo, y especialmente de la Unión Europea en el momento presente (40).

## 2.1. Síntesis constitucional

Concebir la Unión Europea como un orden constitucional sintético implica afirmar que el nuevo orden jurídico establecido por los Tratados fundacionales era un orden constitucional desde su creación; o expresado en términos temporales, desde el primer minuto tras la entrada en vigor del Tratado de París de 1951. En lugar de ser una constitución escrita en la tradición revolucionaria o una *«living constitution»* resultante de un proceso evolutivo, el derecho constitucional de las Comunidades Europeas fue resultado de

---

(39) Cf. los escritos de N. D. MACCORMICK'S acerca del pluralismo constitucional europeo, parcialmente recopilados en *Questioning Sovereignty*, Oxford: Oxford University Press (1999). Véase además M. DEL MAR y Z. BANKOWSKI (eds.), *Law as Institutional Normative Order*, Dartmouth: Ashgate (2009).

(40) La expresión «la mejor reconstrucción» es empleada aquí en términos dworkianos. Cf. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Londres: Fontana (1986) (págs. 52 y ss.).

la asignación a las normas fundamentales nacionales del papel de derecho constitucional colectivo de la nueva comunidad política. Esta puede ser una manera demasiado complicada de expresar una idea bastante sencilla. En lugar de redactar una norma fundamental mediante un proceso constituyente (como es básicamente el caso en las tradiciones revolucionarias constitucionales) o de fomentar la paulatina emergencia de convenciones constitucionales capaces de desempeñar el papel de norma fundamental de la comunidad política (como es el caso en las tradiciones constitucionales evolutivas), las constituciones de los Estados Miembros fueron puestas en común y caracterizadas, en tanto que colectivo constitucional, como el derecho constitucional de la nueva comunidad política Unión Europea.

La síntesis constitucional implica la existencia de una identidad sustantiva entre las normas constitucionales nacionales y las normas constitucionales comunitarias. O, mejor dicho, la integración europea presupone la creación de un nuevo orden jurídico, pero no la de un nuevo conjunto de normas constitucionales. Una fuente clave de la legitimidad del nuevo orden jurídico es la transferencia de normas constitucionales nacionales al nuevo orden jurídico. Sin embargo, el proceso conlleva inevitablemente ciertas consecuencias constitucionales para cada Estado miembro. Primero, la adhesión de un Estado a la Unión marca un nuevo comienzo constitucional («*constitutional beginning*» en la terminología arendtiana sugerida por Ackerman) para cada estado. Al contrario de lo que sucede en muchas transformaciones constitucionales, el cambio constitucional no concierne al contenido sustantivo de la norma fundamental, sino que afecta al ámbito de la comunidad política. Se produce una redefinición implícita del conjunto de la ciudadanía y de la naturaleza misma de la comunidad política (al darse un paso adicional hacia la refundación tanto del orden jurídico nacional como del internacional mediante la transformación de estados constitucionales *autárquicos* en partes de un orden federal cosmopolita en ciernes). Segundo, la esencia del proceso de síntesis constitucional es la progresiva determinación de los estándares constitucionales comunes, de las reglas derivadas concretas que resultan de los principios constitucionales comunes. Ello necesariamente implica cambios marginales en las normas constitucionales nacionales de modo que se alineen con los contenidos del derecho constitucional comunitario, a su vez reflejo de lo que es concretamente *común* a los derechos constitucionales nacionales. A este respecto debe notarse que el derecho constitucional comunitario no es definido mediante referencia a otra ley fundamental nacional, sino a lo que es común a todas las normas constitucionales nacionales. En aquellos casos en los que las normas constitucionales nacionales apunten a soluciones normativas diferentes, la síntesis no resulta de dilucidar el míni-

mo común denominador constitucional, sino de considerar cuál de las normas constitucionales nacionales se adecúa mejor a la función de norma constitucional común. Lo que ha de determinarse considerando los argumentos subyacentes a favor o en contra de cada una de las soluciones constitucionales nacionales en conflicto, y en concreto hasta qué punto la norma nacional puede ser «europeizada», tanto en el sentido de que encaje en el derecho constitucional europeo en su estado actual (tal y como ha sido «sintetizado» en los Tratados, en las reformas de los mismos o en la legislación y jurisprudencia comunitarias), como en el de que sus consecuencias sean aceptables para la Unión en su conjunto. A este respecto, es importante tener en mente que las constituciones nacionales de los Estados fundadores de las Comunidades no sólo autorizaron sino que ordenaron la participación activa del Estado en la creación de un orden jurídico supranacional. Las innovadoras cláusulas internacionales consagradas en las constituciones de posguerra explícitamente reconocían que la única vía para hacer realidad los principios fundamentales del estado de derecho democrático era mediante la integración *allende las fronteras* (41). Pero esto necesariamente implicaba la redefinición del principio de supremacía de la Constitución como principio que sólo podría realizarse poniendo la constitución nacional *en común* con otros Estados Miembros, algo que no sólo implica trascender el modelo de estado constitucional autóctono, sino eventualmente ajustes específicos en la constitución nacional. Sobre tales bases, la síntesis constitucional ha de ser descrita como un proceso lento pero continuo de comunitarización de las normas constitucionales, impulsado no sólo por los actos que tienen un estatus constitucional material (tales como la ratificación de los tratados fundacionales y sus sucesivas reformas) sino también por la destilación y aplicación de los principios constitucionales europeos en el proceso legislativo y en el jurisprudencial.

Desde el punto de vista nacional la integración jurídica europea conduce a la «apertura» de las normas constitucionales nacionales a las normas fundamentales de todos los demás Estados Miembros. Como ya se ha mencionado, esta «apertura» puede finalmente desencadenar un proceso de cambio reflexivo para reconciliar la primacía de la constitución nacional con el mandato constitucional de integrarse en estructuras políticas supranacionales. Desde el punto de vista comunitario, esto implica que la constitución de la

---

(41) Tanto las cláusulas internacionalistas de las constituciones de posguerra como las cláusulas europeas explícitas de las más recientes reflejan la conciencia del *pouvoir constituant* acerca de los límites de hacer realidad los valores constitucionales en un único estado nación.

Comunidad se apoya en una pluralidad de fuentes constitucionales (cada una de las constituciones de los Estados Miembros); pero al mismo tiempo, que la aspiración constitucional de la Comunidad es conseguir un conjunto único y coherente de normas constitucionales a medida que la integración se lleva a cabo.

La teoría de la síntesis constitucional ofrece una articulación alternativa al pluralismo constitucional «radical» al tiempo que proporciona una guía concreta para la argumentación jurídica práctica. En esencia, la síntesis constitucional comparte dos elementos clave de la teoría pluralista del derecho comunitario al (1) poner el énfasis en el carácter abierto del proceso de síntesis constitucional, lo que explica el hecho de que a ningún actor institucional le haya sido reconocido el poder de resolver de forma autorizada y definitiva los conflictos entre normas producidas nacionales y supranacionales; y (2) poner de relieve las fuentes plurales del derecho constitucional europeo, en tanto que resultado del proceso de síntesis constitucional de las normas constitucionales nacionales. Esta forma de ver las cosas no sólo proporciona la base de la legitimidad democrática del derecho comunitario (transferida desde el orden constitucional nacional al europeo en la medida en la que las normas constitucionales nacionales se convirtieron en el núcleo del marco constitucional de la Unión), sino que pone de manifiesto también la complejidad de los conflictos constitucionales en el orden jurídico europeo en tanto son al mismo tiempo conflictos «verticales» entre el derecho comunitario y el nacional y «horizontales» entre normas constitucionales nacionales que aspiran a definir el estándar constitucional común.

A este respecto, la europeización ha supuesto el fin de la concepción del estado nación como una comunidad política autárquica en términos empíricos y normativos. De este modo, la síntesis no ha conducido a los Estados Miembros (y no se espera que lo haga) a perder su identidad política y jurídica autónoma, acuñada en la jerga constitucional europea como la identidad constitucional nacional. Y ello *gracias a*, y no *a pesar de*, la integración. El pluralismo constitucional que va de la mano de la síntesis constitucional se hizo posible y se asentó gracias a la nueva estructura institucional y a la creciente convergencia sustantiva entre los ordenamientos constitucionales nacionales. La síntesis constitucional es, de hecho, el equivalente político y jurídico al mercado común (no confundir con el mercado único) en el objetivo de rescatar el estado nación.

De este modo, la teoría de la síntesis constitucional incorpora algunas de las contribuciones clave de las teorías funcionales y constitucionales de la integración europea. En concreto, reconcilia el pluralismo en los dos senti-

dos que acaban de mencionarse con la defensa normativa de una reconstrucción monista del orden jurídico europeo, en parte en razón de la necesidad de mantener y reforzar la capacidad de integración social del derecho europeo y de la promoción de la igualdad ante la ley de todos los europeos, en parte en razón de la identidad sustantiva del derecho constitucional nacional y europeo. Más aún, ofrece una explicación limitada pero trabada de las fuentes de estabilidad del ordenamiento jurídico europeo, lo que explica la progresiva debilitación de dichas fuentes a medida que transcurre el tiempo.

Si todas las normas constitucionales nacionales convergen, como hacen en muchos casos, la norma común es fácil de establecer. La gran afinidad entre las normas constitucionales nacionales se debe a la historia de la integración europea y al hecho de que todos los Estados Miembros son signatarios de la Convención Europea de Derechos Humanos. Es más, la adhesión a la Unión Europea está condicionada a que los estados candidatos encajen efectivamente en el paradigma constitucional definido por las tradiciones constitucionales comunes.

## 2.2. La teoría de la gobernanza

La teoría de la gobernanza eleva a teoría lo que otras concepciones del derecho comunitario consideran como cuerpos extraños del ordenamiento jurídico comunitario. Abundando en lo apuntado brevemente en la introducción de este apartado, la teoría de la gobernanza se estructura a partir de los elementos *instrumentales* y *orientados a la eficacia* propios del derecho comunitario, defiende como idónea la incompleta institucionalización de la Unión Europea y celebra el carácter blando (*soft*) del derecho comunitario en tanto que ordenamiento jurídico. Esto reproduce los tres elementos clave de la teoría de la gobernanza como teoría política y del derecho (42): la ca-

---

(42) Gobernanza es un término bastante ambiguo y poco claro. Es tan ampliamente usado como poco definido. En términos muy generales (y bastante poco controvertidos) hace referencia a la «acción o manera de gobernar» (Oxford English Dictionary). En tal sentido, podemos hablar de gobernanza no sólo de instituciones políticas, sino de Dios, las iglesias, las pasiones, las empresas o, incluso, de las embarcaciones. Mientras que «gobierno» ha estado asociado con los estados-nación, el carácter ecuménico del término gobernanza explica por qué es el término elegido cuando se hace referencia a estructuras institucionales y procedimientos de toma de decisiones que son a todas luces políticamente relevantes pero que no encajan en el modelo del estado (desde las empresas privadas a las instituciones supranacionales, incluyendo a las organizaciones no gubernamentales). Pero junto a este uso genérico del término, resulta plausible en mi opinión afirmar que existe una tendencia visible a hacer uso de la palabra para designar una teoría política y jurídica que

racterización de la política como un ámbito no normativo, la redefinición del derecho como un medio al servicio de la eficacia, lo que implica su reblandecimiento (o dicho en los términos en boga, su licuación), y por último, la redefinición de la constitución, que de ser el ancla fija a la que se ata la nave del derecho pasa a ser la principal pieza en un experimento jurídico interminable.

La gobernanza como teoría política destrona a la razón práctica de su posición suprema tanto en la política como en el derecho. La razón ya no es una cuestión de *razonabilidad* sino de *racionalidad técnica*. Esto se consigue describiendo la política como la técnica que permite la integración de intereses dispares haciendo a los individuos más informados. La política deja de ser un asunto de confrontación y se convierte en cuestión de conocimiento. Dado que el conflicto político se supone que tiene una base casi exclusivamente cognitiva, la gobernanza se centra en la reunión y la diseminación del conocimiento. Esta posición *neutraliza* el carácter antagonista de la política negando la existencia de conflictos *reales*, dado que la causa efectiva del conflicto es la mera ignorancia (lo que, como habrá notado el lector, es una forma de travestir el viejo argumento platónico acerca del mal y del bien morales). En otras palabras, no existe un conflicto real sino una simple percepción errónea del conflicto resultante del insuficiente conocimiento. En un nivel más profundo, esto resulta muy problemático, porque la política pierde su carácter colectivo y la igualdad política es seriamente puesta en entredicho. La política es privada de cualquier referencia colectiva real: lo que importa es el conocimiento, y el conocimiento no depende de ninguna forma de acción colectiva al margen de la característica de los científicos. Esto también implica la degradación de la igualdad. Si la política se basa en el conocimiento y el conocimiento se divide de forma intrínsecamente desigual, entonces la política debería estar basada en la desigualdad o, quizás aún mejor, la política debería ser desigual ella misma. También de manera inevitable, se

---

define la legitimidad política de forma diferente a como lo hace la legitimidad democrática. Gobernanza constituye en ese sentido una *nueva gramática* de la política y del derecho, diferente de la gramática de la política democrática y del «estado social de derecho» (el *Sozialer Rechtsstaat*). La gobernanza, en tanto que teoría política y jurídica tiene dos fuentes principales. La primera es la gobernanza de las empresas privadas, en las que el problema de cómo gobernar sin legitimidad democrática surgió precisamente en el momento en el que las estructuras políticas estaban siendo finalmente democratizadas en el mundo occidental. La segunda fuente de la teoría política y jurídica de la gobernanza son la serie de discursos que reducen la política a una ciencia o técnica. El crecimiento del conocimiento científico junto a la polarización política que dominó la vida política en el mundo occidental después de la I Guerra Mundial hizo atractivas la ciencia y la tecnología como bases «neutrales» sobre las que fundar el uso el poder político.

produce un cambio en el centro de gravedad constitucional desde el legislativo al gobierno.

En el paradigma de la gobernanza resulta clave el carácter blando (*soft*) del derecho, la profunda reconceptualización del código normativo del derecho como medio para la integración social. El *soft law* ya no es percibido como una forma incompleta del derecho, quizás justificado como un precursor del verdadero derecho, el basado en la coerción, sino como una forma más ligera y eficaz de resolver conflictos y coordinar la acción. En razón de que el *soft law* escapa a la disciplina del sistema de fuentes del derecho (democrático), puede adoptar muy variadas formas y ser el resultado de un número ilimitado de procedimientos. Algún día quizás incluso se descubra el secreto de su auto-generación (habrá llegado la apoteosis de la *autopoiesis*, si el lector me permite la pedertería). De la mano del énfasis en el *soft law* está el desdén por la historicidad del derecho, por la relevancia de los momentos clave en la historia del ordenamiento jurídico. Esto resulta en la inflación de la moneda constitucional (el adjetivo «constitucional» se convierte en un simple marcador de la importancia de un determinado asunto para quien habla) y en la total flexibilidad con la que el ámbito constitucional es delimitado y definido. Momentos constitucionales, comienzos constitucionales y continuidades constitucionales son sencillamente irrelevantes. Inevitablemente, reaparece una comprensión pragmatista y descarnada, en tanto que el derecho es largamente objeto de una desinstitucionalización. Bajo tal prisma, la coherencia se convierte en un valor entre otros muchos, algo que puede contribuir mucho a explicar la falta de coherencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (incluso aunque la pretensión formal de mantener una línea jurisprudencial clara indique que el paradigma de la gobernanza todavía no ha triunfado) (43).

Por último, la tendencia a la desinstitucionalización intrínseca al paradigma de la gobernanza tiene como resultado la redefinición de la constitución, que ya no es un punto de referencia fijo que apodera a los ciudadanos al tiempo que limita el poder constitucionalmente generado, sino un conjunto de normas fundamentales experimental y por lo tanto «siempre en movimiento». La constitución de la gobernanza no sólo es reflexiva (una característica de todas las constituciones democráticas, que deben estar abiertas a los intentos bien fundados y argumentados de mejorar el contenido sustantivo de las normas fundamentales), sino también un flujo, un cambio constan-

---

(43) A. SOMEK, *Individualism*, Oxford: Oxford University Press, 2008; y «The Emancipation of Legal Dissonance», disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1333194##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1333194##)

te. Parafraseando a Heráclito, nunca aplicaríamos dos veces la misma constitución. Así como el tiempo social se acelera, las vías para la transformación y adaptación de la constitución deben seguir su propio ritmo. Esto explica también por qué la legitimidad de los órganos administrativos y de las normas reguladoras se ha visto también transformada. De la legitimidad *de resultado* anclada en la *subordinación* a las normas jurídicas y a la consecución de los objetivos determinados por ellas, se ha pasado a una legitimidad *de resultado* emancipada y autorreferencial que debe ser valorada técnica y no jurídicamente (44).

La teoría de la gobernanza puede con solvencia sostener que refleja elementos claves del diseño constitucional de la Unión Europea. En primer lugar, el mismo hecho de que las Comunidades Europeas se pretendieran verdaderas comunidades políticas pese a haber sido creadas mediante actos formales internacionales es propia de una concepción del derecho como medio de integración social legitimado mediante referencia a los resultados, y no a la *autorización democrática*. Segundo, la constitución *incompleta* de la Unión Europea y el consiguiente *experimentalismo* en el desarrollo de instituciones (con el Consejo Europeo, la estructura interna del Consejo —su división en el comité de representantes permanentes y los grupos de trabajo— o todo el complejo conjunto de *comités de comitología* que resultan de la *experimentación práctica*, sólo ratificada más tarde por normas jurídicas incluidas en los Tratados), procedimientos de toma de decisiones (la transformación del procedimiento reglamentario ordinario en un procedimiento legislativo de facto, y la creación de un nuevo procedimiento reglamentario bajo la ficción de la delegación de poderes en la Comisión y los comités de comitología; o recientemente, la plétora de procedimientos informales encaminados bien a adoptar decisiones o bien a recolectar información, especialmente el método abierto de coordinación en sus numerosas variantes) y el sistema de fuentes del derecho (la lectura en clave constitucional de los Tratados, en clave legal de los reglamentos y las directivas, y la transformación de las cuestiones prejudiciales en oportunidades para acometer un control concienzudo de la constitucionalidad europea de las normas nacionales) desafían la lógica del derecho constitucional como disciplina del poder público. Tercero, la propia evolución del derecho comunitario, especialmente desde el Acta Única Europea, puede ser reinterpretada como aval de la teoría de la gobernanza. Sin adentrarnos en la cuestión de si la gobernanza es de hecho la teoría que mejor encaja con el neoliberalismo, es evidente que la rein-

---

(44) Véase M. G. PELAYO, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid: Alianza (1984).



terpretación progresiva del objetivo de la integración económica mediante referencia al mercado único, de las cuatro libertades económicas en tanto que derechos políticos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (con *Dassonville* y *Cassis de Dijon* como los «*leading cases*» en materia libre circulación de mercancías, y *Saeger* y *Bosman* como cabezas de lanza de la expansión de esta concepción a otras libertades económicas), implicó la reconceptualización de los estándares constitucionales en tanto que expresión de verdades sustantivas y trascendentes, y no como interpretaciones de la moralidad política de la comunidad tal y como es construida en un proceso democrático. Es más, la Unión también ha transformado el significado del uso de los mecanismos de *soft law* desde recursos con los que *abrir brecha a la regulación supranacional* en anticipación del derecho «duro» comunitario tradicional, a *alternativas* a ese derecho duro (como el raquíctico derecho del trabajo europeo pone claramente de manifiesto). De igual modo, la comitología comenzó a ser concebida no como un medio de producción de normas reglamentarias, sino como una alternativa válida de producción de las normas *materialmente* legales de derecho comunitario, como *otra forma* de producir reglamentos y directivas, y de este modo debilitando (aún más) la legitimidad democrática del derecho comunitario. En último lugar, el diseño institucional del Banco Central Europeo y del Sistema Europeo de Bancos Centrales y de los procedimientos de adopción de sus decisiones también parece respaldar el giro hacia la gobernanza, porque la legitimidad de la institución difícilmente puede reducirse a un patrón constitucional homogéneo en el derecho constitucional común. Los servicios jurídicos del Banco Central Europeo estuvieron incluso tentados de considerarlo una suerte de organización internacional autorreferencial, emancipada de los controles constitucionales propio del derecho comunitario, algo que no pasó inadvertido al Tribunal de Justicia, que limó las aristas más afiladas de esta concepción en su sentencia en el asunto *OLAF*.

### 3. *Laeken y Lisboa como reflejos del constitucionalismo sintético y de la teoría de la gobernanza*

En mi opinión Laeken y Lisboa pueden ser adecuadamente concebidos como procesos de reforma que fueron reflejo de, y en buena medida impulsados por, las dos visiones del constitucionalismo europeo descritas en el apartado anterior. Toda realidad constitucional dista de reflejar de forma nítida y pura una única concepción constitucional normativa, por lo que el argumento que aquí se desarrolla se limita a sostener el contraste entre Laeken y

Lisboa en términos de la concepción de la Unión Europea y de su derecho constitucional que anima el proceso en mayor, si bien no exclusiva, medida.

Del diseño y el desarrollo real de Laeken puede dar cuenta en mayor medida la teoría de la síntesis constitucional, especialmente en tanto que Laeken *hubiera* podido agotar el proceso de síntesis y conducir a su trascendencia democrática mediante la refundación constituyente de la Unión Europea. De una parte, la síntesis constitucional da cuenta de la estructura del proceso de Laeken y los contenidos del Tratado Constitucional. En concreto, la síntesis constitucional hace hincapié en que Laeken no podía ser sino un proceso dual. Sirvió al mismo tiempo de clarificación del todavía implícito carácter constitucional de los Tratados en particular y de la Unión Europea en general, y de reforma de la constitución material de la Unión Europea. En otras palabras, Laeken hacía referencia a la clarificación constitucional y a la reforma y al cambio constitucionales. De otra parte, y con independencia de cuántas deficiencias se encuentren en la estructura del proceso de Laeken y en el Tratado Constitucional en tanto que documento constitucional (45), no deja de ser cierto que ambos han dado pie a un mejor entendimiento de la naturaleza constitucional de la Unión. Primero, contribuyeron a hacer explícita la *naturaleza constitucional* de la Unión Europea y del derecho constitucional europeo. La *agenda* de Laeken y los *contenidos* del Tratado Constitucional establecieron claramente la necesidad de reconfigurar la Unión Europea para encajarla mejor en el paradigma constitucional. Segundo, el proceso de deliberación que precedía a la redacción del texto, incluso bajo el control de los gobiernos nacionales y, de ese modo, dirigido vicariamente por el *Praesidium*, avanzó el proceso de constitucionalización de la reforma de los Tratados, una tendencia visible en todos los procesos de reforma desde el Acta Única Europea (46). Tercero, el hecho de que votos populares pusieran fin al proceso confirmó, si bien de manera negativa, la naturaleza constitucional del proceso en conjunto.

La teoría de la gobernanza explica y da sustento teórico al peculiar giro constitucional que caracteriza al proceso de Lisboa. De una parte, la idea misma de reducir la reforma constitucional a un asunto de gestión, de rebautizar las cuestiones políticas como técnicas, se adecúa perfectamente a la perspectiva de la gobernanza. De hecho, puede sostenerse que Lisboa no hizo retroceder la reforma de los Tratados hacia el clásico formato de la

---

(45) De las cuales he dado cuenta en «Between Laeken and the Deep Blue Sea», 11 (2005) *European Public Law*, 105-144.

(46) Véase FOSSUM y MENÉNDEZ, *supra*, nota 29.

Conferencia Intergubernamental (dado que la verdadera negociación se produjo en el Consejo Europeo), sino que procedió de acuerdo con un formato que era más una reminiscencia del modelo ideal del método abierto de coordinación. Se dio por supuesto que sólo al abrigo del secretismo, la opacidad y la discreción de las reuniones entre sherpas de los jefes de estado y de gobierno, sería posible superar los desacuerdos sustantivos y, converger en soluciones comunes. De otra parte, una vez que el proceso de Lisboa ha dado su fruto constitucional, no sólo ha contribuido a *desconstitucionalizar* el procedimiento de reforma de los Tratados, sino que también ha transformado la concepción del derecho constitucional comunitario al trastocar las ideas subyacentes de la Unión como comunidad política y de la base de legitimidad democrática del derecho constitucional europeo.

#### IV. EL COMPLEJO FUTURO CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA

El ideal de una «unión cada vez más estrecha» no es sólo un magnífico ejemplo de retórica, sino que apunta a una innovadora forma de hacer uso del derecho constitucional como medio de integración social. Una «unión cada vez más estrecha» contiene la promesa y la semilla de una manera radicalmente distinta de entender el derecho constitucional democrático más allá de las fronteras nacionales, de lo que dan fe seis décadas de práctica constitucional europea. Pese a ello, el hecho de que los elementos fundamentales del constitucionalismo de la Unión Europea *tal y como ha sido desarrollado en la práctica* no hayan sido articulados (aún) en una teoría constitucional explícita capaz de sustentar y estructurar el discurso público de la misma forma que la teoría del estado social y democrático de derecho (47) sustenta y estructura el discurso público *nacional*, revela el carácter profundamente ambiguo del constitucionalismo europeo. Quizás sea una forma innovadora de constitucionalismo democrático; pero no cabe descartar que se trate de una variante resultado de una recombinación que conduzca a desligar el derecho de la legitimidad democrática.

En este artículo he sostenido la tesis de que es necesaria una teoría constitucional de la integración europea que dé cuenta de la naturaleza sintética del constitucionalismo europeo, que sea capaz de determinar los límites estructurales de proceso de integración, y que de ese modo pueda guiar la reconstitución democrática del derecho constitucional europeo. Precisamente

---

(47) Si esa es la forma adecuada de trasladar al castellano la idea de *Etat de Droit démocratique et sociale*, de *Sozialer Rechtsstaat*.

porque no existe esa teoría (aún) es por lo que no hay criterios claros para determinar qué pretensiones públicas acerca de cómo reformar el derecho primario de la Unión Europea sean adecuadas o no. Un discurso radicalmente democrático mantiene que la crisis de legitimidad de la Unión está directamente relacionada con la ausencia de un proceso constituyente democrático. La reescritura de la Ley Fundamental de la Unión implicaría aliviar notablemente el déficit democrático europeo (48). Esa línea de razonamiento impulsó el proceso de Laeken y fue reivindicada al final del mismo, aunque mediante un voto negativo, por los ciudadanos franceses y holandeses (49). Una visión descarnada y perturbadoramente plausible afirma que lo que parece un déficit democrático es en realidad un déficit de eficacia. Dado que la Unión no es un estado en ningún sentido relevante, la ecuación de su legitimidad democrática no puede ser similar a la propia de los Estados nacionales. La cuestión fundamental es redefinir el conjunto de competencias y tareas de la Unión y hacer que los procedimientos de adopción de decisiones existentes sean capaces de generar resultados *eficaces*. En breve, lo que se precisa es una ingeniería constitucional que maximice la calidad de las decisiones, que permita la adecuada gestión de los asuntos públicos. Éste es el discurso básico con el que la clase gubernamental europea defendió el proceso de Lisboa. Por ponerlo en los mismos términos que en el título de este capítulo, la oscilación constante entre constitucionalismo democrático y gobernanza es la senda por la que irremediabilmente transitan quienes están privados de una teoría constitucional de la Unión Europea en tanto que comunidad política democrática.

Tras un alambicado y complejo proceso de ratificación, el Tratado de Lisboa ha entrado finalmente en vigor. En este trabajo he sostenido que es poco probable que ello contribuya a aumentar la legitimidad del derecho comunitario, y por ende, de la Unión Europea. El procedimiento seguido no reforzará la percepción de los ciudadanos europeos como *autores* del derecho constitucional europeo, sino que agudizará su convencimiento de que son meros sujetos del mismo. Tampoco es demasiado obvio cómo las disposiciones del Tratado van a desencadenar procesos bien de *democrati-*

---

(48) Una línea de razonamiento similar puede observarse en aquellas afirmaciones referidas a la necesidad de una politización de las políticas y el derecho europeo, o incluso en aquéllos que sostienen que Europa debe ser más abierta y cercana al ciudadano, incluso si la confusión normativa que subyace a un buen acuerdo de tales discursos requiera ser muy cuidadosa a la hora de extraer conclusiones de tales narrativas.

(49) De hecho, la mayoría de aquéllos que rechazaron el Tratado, al menos en Francia, estaban a favor de la adopción de una Constitución Europea, pero sólo bajo la condición de que el Tratado Constitucional no fuera la constitución adoptada.

zación, bien de *legitimación*, o al menos puedan mejorar el grado de satisfacción de los ciudadanos con las políticas de la Unión. A este respecto, la propia incertidumbre del resultado de la ratificación (junto a una cierta sensación de *déjà vu*) puede haber distraído nuestra atención de los contenidos del Tratado de Lisboa. El asunto de la doble mayoría resulta muy ilustrativo a este respecto. El desmesurado esfuerzo comunicativo encaminado a poner de relieve que la Unión está en una situación crítica que requiere acción inmediata por parte del Consejo (a lo que me referí al abordar las diferencias entre el Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa en el segundo apartado del trabajo) se vio solemnemente contradicho por la componenda acerca de la fecha de entrada en vigor de la doble mayoría, al son de opereta polaca. Si la reforma era tan urgente como para requerir evitar el largo camino de la reforma constitucional democrática, ¿por qué se pospuso *ad calendas polonias* la entrada en vigor de las nuevas normas? Es más, y como argumenté en detalle, resulta cuando menos dudoso que buena parte de las reformas que hubieran sido llevadas a cabo por el Tratado Constitucional y que están también incluidas en el Tratado de Lisboa sean igualmente exitosas cuando sean introducidas por un mero tratado de reforma cuyas aspiraciones constitucionales hayan sido completamente restringidas. La autoridad política y legal de un texto jurídico depende estrechamente del procedimiento a través del cual ha sido elaborado, como ha sido mencionado en el epígrafe segundo. De hecho, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Tratado de Lisboa es quizás un recordatorio brutal de la estrecha conexión entre la teoría constitucional y la interpretación constitucional. Finalmente, me gustaría añadir que se tiende a olvidar que el proceso de Laeken finalizó con un fracaso de ratificación que supuso un éxito constitucional, aunque en negativo. Tal y como se ha defendido en este capítulo, el mismo hecho de que un estruendoso «no» por parte de los votantes franceses y holandeses acabase con el proceso de Laeken, aun cuando sus representantes democráticos en el parlamento estaban claramente a favor de la ratificación, da cuenta cabal de que los ciudadanos se apropiaron de su poder constitucional *negativo*. Lo importante a este respecto es que en el contexto en el que un asunto es explícitamente proyectado como una cuestión  *europea*, la prueba del referéndum, aunque hayan sido convocados nacionalmente, representa una petición a los ciudadanos a actuar en su capacidad en tanto que *ciudadanos europeos*, no como meros nacionales (con independencia de qué sea lo que hagan de forma empírica). Por tanto, en cualquier ocasión en la que los ciudadanos son directamente consultados en su condición de ciudadanos sobre asuntos europeos implica una invitación a que se apropien de la voz

de aquellos europeos que no son directamente oídos (50). Cuando rechazaron la propuesta constitucional de Laeken pero no la idea de una constitución europea, los ciudadanos franceses y holandeses actuaron en su condición de titulares de un poder constitucional negativo. Pero dado que franceses y holandeses votaban en cuanto ciudadanos europeos, y dado que las deliberaciones que precedieron la votación fueron especialmente articuladas y conducentes a la determinación de una *volonté générale* democrática, su voto negativo no puede ser tomado a la ligera. La frivolidad con la que tal pronunciamiento ha sido desdeñado por los gobernantes europeos es probable que persiga a la Unión Europea en el futuro cercano cual espectro democrático. Ya ha conducido a un cambio en la actitud que los ciudadanos tienen por defecto hacia la integración europea, y especialmente hacia los procedimientos que no les permiten acceder al menos a un poder constitucional negativo (51). En el medio y largo plazo, la eficacia de las nuevas normas puede verse dificultada si continúan siendo percibidas como totalmente *heterónomas* (un desarrollo que puede extenderse a las sentencias del Tribunal de Justicia, que también están siendo percibidas como cada vez más alienantes por los actores sociales, visión fomentada por un número creciente de académicos e intelectuales). Algo a lo que la estrecha asociación entre Unión Europea y medidas de recorte e involución social que se consolida desde mediados de 2009 sólo agudizará. Esto no es un buen presagio para el nivel de cumplimiento espontáneo del derecho comunitario.

De otra parte, la contextualización de Laeken y Lisboa en la historia constitucional de la Unión Europea ayuda a relativizar el impacto que un único Tratado, especialmente si es portador de una baja legitimidad democrática, como es el caso del de Lisboa, puede tener en la evolución del derecho constitucional europeo. A menos que los líderes europeos respalden como válida la visión de la gobernanza (algo en lo que parecen persistir, a la vista del modo y manera en que están gestionando la crisis de la deuda pública) y convenzan a los ciudadanos europeos de hacer lo propio, Lisboa es probable que simplemente sea el final del comienzo de la estación constitucional europea.

Si la Unión todavía pudiera permitirse otra ronda de reforma constitucional, si todos los trenes constitucionales no han partido ya de la Hendaya

---

(50) Esta tendencia se agudiza claramente cuando lo que está en juego es una constitución europea. En ese caso los ciudadanos de cada Estado miembro son tratados en su condición de constituyentes en el marco de un acuerdo constitucional.

(51) Una clara señal de ese cambio se hizo pública con el resultado negativo del primer referéndum irlandés. Mientras que el segundo referéndum cerró la crisis constitucional irlandesa, resultaría sencillamente ingenuo creer que con ello se revierte la tendencia.

constitucional, me parece que sería el momento de probar algo bien distinto tanto a Laeken como a Lisboa. En particular, la síntesis constitucional presupone y requiere un proceso constitucional de auto-clarificación. O lo que es lo mismo, en lugar de una agenda constitucional tan inabordable como la planteada en la Declaración de Laeken, sería pertinente un proceso constituyente encaminado a clarificar e interiorizar la importancia constitucional de la Unión Europea, y el peculiar carácter sintético de su constitucionalismo. Ello implicaría dejar atrás la inestable heterogeneidad constitucional que actualmente caracteriza el derecho constitucional europeo a favor de una forma más coherente de pluralismo constitucional. Antes de la entrada en vigor del Tratado Constitucional, el candidato ideal a tal efecto hubiera sido la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea *en un procedimiento constitucional autónomo*. Se trata de un texto corto, claro y decisivo que hubiera podido crear las condiciones necesarias para desarrollar debates profundos y sincrónicos acerca de la naturaleza misma y el propósito de la integración europea, y muy particularmente de la política europea. Al mismo tiempo, la incorporación de la Carta de forma incondicional (sin los peros y elefantiásticas cláusulas horizontales en la redacción que se les diera en el proceso de Laeken) hubiera podido conducir a una constitucionalización coherente del derecho comunitario, superando el constitucionalismo desequilibrado en el que un conjunto muy limitado de principios sustantivos (las libertades económicas) desempeñan en exclusiva el papel de parámetro constitucional (gracias al carácter exclusivo del Olimpo de normas de los Tratados que gozan de efecto directo). Laeken de hecho mostró los límites de la constitucionalización democrática radical en ausencia de un acto anterior de clarificación constitucional. El impulso democrático es muy fácil de manipular bajo tales circunstancias y está condenado a neutralizarse a sí mismo al apuntar en muchas posibles direcciones al mismo tiempo. Pero el retorno a un constitucionalismo otorgado (*octroyé*) en Lisboa puede simplemente ser prueba de una forma de posponer el día del juicio (democrático) final. A estas alturas, sin embargo, con una Carta capidismínuida indirectamente incorporada al derecho primario de la Unión, quizá sea oportuno considerar otro posible objeto para un proceso de clarificación constitucional. O quizá, simplemente, la reivindicación del derecho comunitario en tanto que ordenamiento democrático sólo pueda venir de la mano de una vanguardia de Estados Miembros dispuestos a trascender de forma democrática las muchas contradicciones cada vez más evidentes en el edificio constitucional europeo.