

EL TRATADO DE LISBOA EN EL DIVÁN(*). (**) UNA REFLEXIÓN SOBRE ESTATALIDAD, CONSTITUCIONALIDAD Y UNIÓN EUROPEA

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

INTRODUCCIÓN. EL TRATADO DE LISBOA, ENTRE EL ANÁLISIS JURÍDICO Y EL PSICOANÁLISIS.—I. DE ESTATALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD: 1. *La pretensión de ocultar la constitucionalidad de la Unión*. 2. *El rechazo a la estatalidad: ¿tiene cualidad estatal la Unión Europea?* 3. *La reafirmación de la estatalidad nacional: ¿han perdido cualidad estatal los Estados miembros?*—II. UNA TAXONOMÍA DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. *¿Un arquetipo fuera de la historia?* 2. *El modelo agotado de la Unión Europea «preconstitucional»*. 3. *Constitución y Estado en la Unión Europea*.—III. EL TRATADO DE LISBOA EN EL MARCO DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN: 1. *La «desestructuración» del Derecho constitucional europeo*. 2. *El Tratado de Lisboa en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea*. 3. *La ciudadanía europea en la integración de estatalidad y constitucionalidad*.—CONCLUSIONES.

(*) Estando ya en curso de publicación este artículo se ha producido el resultado negativo del referéndum celebrado el 12 de junio en Irlanda. No es posible determinar la incidencia que este resultado va a tener en la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, más allá de su previsible aplazamiento. Pese a las críticas al Tratado que inspiran este estudio, resultaría muy lamentable que no entrara en vigor, porque llevamos ya diez años de retraso en la culminación de reformas que son absolutamente necesarias. En todo caso, dado que el resultado negativo del referéndum en Irlanda no ha hecho más que confirmar el cuestionamiento que en este trabajo se hace de la fragmentación de la ciudadanía europea y de los procedimientos de adopción de decisiones fundamentales por la Unión Europea, la argumentación se ha reforzado puntualmente en los apartados correspondientes, teniendo en cuenta esta última experiencia práctica de los procesos de ratificación de Tratados.

(**) Por extraño que pudiera parecer el título de este trabajo, no es el primero que coloca a un texto o una institución jurídica en el diván. Mi buen amigo Vasco PEREIRA DA SILVA sometió ya a la prueba del diván al contencioso-administrativo portugués en un excelente libro (Edições Almedina, Coimbra, 2005). Su aplicación al Tratado de Lisboa resultaba inevitable, dada la atormentada imagen de Europa que el Tratado proyecta.

INTRODUCCIÓN. EL TRATADO DE LISBOA, ENTRE EL ANÁLISIS JURÍDICO Y EL PSICOANÁLISIS

Pese a lo que pudiera pensarse por su título, en este trabajo no se renuncia al análisis jurídico del Tratado de Lisboa, si bien los aspectos jurídicos de este Tratado son los menos interesantes para una reflexión sobre el desarrollo futuro del proceso de integración europea. Esa falta de interés se deriva del hecho de que, como más adelante se razonará, en realidad, el Tratado de Lisboa es —desde el punto de vista jurídico— un Tratado sin pasado ni futuro. Carece de pasado porque para comprender el alcance de sus preceptos (a excepción de las muy escasas aportaciones que se han incorporado al molde previo del Tratado Constitucional) no vamos a encontrar debates previos en el proceso de su elaboración ni antecedentes de ningún tipo que nos puedan ser de utilidad. Como el Tratado de Lisboa se ha formado sobre la doble operación de «rebautizar» el Tratado Constitucional y «deconstruir» o «desestructurar» el contenido del Tratado Constitucional, si queremos comprender el alcance de las novedades que incorpora en relación con el Derecho europeo, tenemos que analizar los documentos de la Convención Europea y de sus diferentes Grupos de Trabajo, así como los debates doctrinales que se generaron en relación con el proceso de elaboración del Tratado Constitucional.

Por otro lado, al seguir el modelo de la revisión de los Tratados, que ha sido utilizado hasta ahora en el marco interestatal de desarrollo del proceso de integración, el Tratado de Lisboa también carece de futuro porque, como es sabido, dejará de existir en el ordenamiento jurídico en el mismo momento en que entre en vigor (1), dando lugar al reformado Tratado de la Unión Europea y al renovado (y formalmente rebautizado) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esta ausencia de futuro del Tratado de Lisboa no implica que carezca de efectos jurídicos importantes en el ordenamiento de la Unión Europea, aunque, como se verá, esos efectos son claramente disfuncionales si se comparan con los que hubiera generado el Tratado Constitucional y suponen una pérdida importante desde el punto de vista de la técnica jurídica. La operación de «desestructuración» del Derecho europeo, por muy inspirada que pueda estar en la alta cocina europea (con la que comparte el carácter ignoto de los ingredientes básicos utilizados para su preparación), responde a una clara hipertrofia de las técnicas de Derecho internacional en el tratamiento de un ordenamiento jurídico

(1) La entrada en vigor del Tratado estaba prevista para el 1 de enero de 2009, antes del resultado negativo del referéndum celebrado el 12 de junio en Irlanda.

europeo que hace ya mucho tiempo que mudó su piel internacionalista para adquirir una textura claramente constitucional.

Si pese a la posibilidad del análisis jurídico hay que introducir también el psicoanálisis para comprender el Tratado de Lisboa es porque, en realidad, en los antecedentes y en el texto del Tratado se encuentran operaciones y formulaciones que son incomprensibles utilizando las herramientas habituales de la técnica jurídica y que sólo se pueden entender desde la valoración puramente psicológica de las motivaciones de los Estados participantes en el acuerdo que ha dado lugar al Tratado. La gran fuerza motriz del Tratado ha sido el miedo: el miedo de los Estados integracionistas a perder el avance que suponía el Tratado Constitucional y el miedo de los «euroescépticos» a la creación de un Estado o un «super-Estado» europeo. Estos temores básicos se han entrecruzado con el miedo de todos a la ruptura, que estuvo muy cercana en los tensos debates del Consejo Europeo de Bruselas de junio de 2007 (2). De esa conjunción de temores surge el Tratado de Reforma, posteriormente denominado «Tratado de Lisboa».

Ciertamente se puede argumentar, con toda razón, que el miedo no es una fuerza ajena a ningún proceso constituyente. El miedo y hasta el terror han tenido una gran virtualidad en los procesos históricos de cambio. Lo que caracteriza de manera peculiar a su influencia en el Tratado de Lisboa son dos cosas: en primer lugar, que estos temores no han provocado un avance sino un retroceso, ya que el miedo ha generado un impulso en la dirección equivocada, pues ha prevalecido el recelo de los euroescépticos frente a Europa. En segundo lugar, que hay una manifestación excesiva de esta fuerza motriz en el texto del Tratado que puede generar cierta perplejidad en juristas y ciudadanía. En última instancia, estos dos aspectos son manifestación de un debate condicionado desde el principio por una fuerte carga emocional que dificulta la reflexión serena y objetiva sobre los dos puntos clave que han estado en su trasfondo: la estatalidad y la constitucionalidad de la Unión Europea.

El reflejo de esa tensión emocional se manifiesta no sólo en la concepción general de la reforma, sino también en muchos de sus aspectos puntuales. La concepción general no es otra que la pretensión de disimular, cuando no de ocultar, el Derecho constitucional europeo que se había incorporado al Tratado Constitucional y de minimizar, por tanto, la *constitucionalidad* de la Unión

(2) Buena muestra de lo cercana que estuvo la ruptura fue la propuesta de la Presidencia alemana de excluir a Polonia de la futura Conferencia Intergubernamental. Cfr. al respecto: http://www.elpais.com/articulo/internacional/Polonia/frustra/principio/acuerdo/habia/alcanzado/reformar/Tratado/UE/elpeuint/20070622elpeuint_2/Tes.

Europea. Se trata de una operación tan abierta y evidente y realizada de una manera tan pública y publicitada que resulta extraordinariamente paradójica, ya que lo habitual es que cuando algo se quiere ocultar no se realice de un modo tan palmario (3).

Pero, además, esta pretensión ha ido entrelazada con el cuestionamiento de todos los elementos que —siquiera de modo simbólico— pudieran apelar a la consideración de la Unión Europea como un Estado o un «super-Estado»: el Tratado de reforma no debía incluir símbolos o formulaciones que dieran una imagen de la UE comparable a la de un Estado. En definitiva, ha ido unida al rechazo frontal a la *estatalidad* de la Unión Europea. De ese modo, la reducción del impacto visual de la constitucionalidad ha acompañado a la negación de la estatalidad, generando, involuntariamente, una conexión entre estatalidad y constitucionalidad que resulta especialmente interesante (4).

Son varias las preguntas que podemos hacernos frente a este planteamiento. Ante todo, debemos cuestionar si es posible —o es realista, en todo caso— negar la estatalidad de la Unión Europea. En segundo lugar, si —como parece— la pretensión de difuminar la constitucionalidad está originada por el rechazo a la estatalidad, cabe interrogarse sobre si es posible realmente diluir la constituciona-

(3) Sirva de ejemplo paradigmático el siguiente texto, que se contiene en el Anexo I de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007 en el apartado I.3 de las Observaciones Generales contenidas en el Mandato de la CIG: «El TUE y el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión no tendrán carácter constitucional. La terminología utilizada en ambos Tratados reflejará este cambio: no se utilizará el término “Constitución”, el “Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión” pasará a llamarse Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y se abandonarán las denominaciones “ley” y “ley marco”, conservándose las de “reglamento”, “directiva” y “decisión” actuales. Del mismo modo, no figurará en los Tratados modificados ningún artículo que mencione los símbolos de la UE (bandera, himno o divisa). En cuanto a la primacía del Derecho de la UE, la CIG adoptará una declaración en la que se recuerde la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de la UE».

(4) La Declaración de la Canciller Angela Merkel de 14 de junio de 2007 no dejaba lugar a dudas de cuáles eran los objetivos de los euroescépticos (aceptados aunque no compartidos por Alemania y por los Estados europeístas). Después de presentar el miedo a la configuración estatal de la Unión Europea como un temor específico de los ciudadanos europeos a que los Estados miembros se debiliten innecesariamente, se afirmará en esa Declaración que: «As I am sure you will understand, I cannot anticipate the results of consultations in the Council next week. But one development is already taking shape: state-like designations and symbols will not be included in a new treaty. For too many of our partners, they stand for the so-called European super state which I mentioned earlier. I do not share this concern, but I have to respect it. After all, we know that it is not always specific content, paragraphs and competences which move people. It is often a case —in the truest sense of the word— of the self-understanding of states and their citizens». Cfr. http://www.bundesregierung.de/Content/EN/Regierungserklaerung/2007/06/2007-06-14-regierungserklaerung-eu-gipfel__en.html.

alidad de la Unión Europea con su actual grado de (bien que negada) estatalidad. Intentaremos responder a estas y otras cuestiones en las páginas que siguen.

I. DE ESTATALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD

1. *La pretensión de ocultar la constitucionalidad de la Unión*

La reforma operada por el Tratado de Lisboa no ha partido de la posibilidad, ciertamente legítima, de anular el limitado avance constitucional que suponía el Tratado Constitucional y de partir de nuevas bases en la ordenación de las normas fundamentales. Lo que se ha hecho, por el contrario, de manera expresa, es mantener ese avance constitucional llamándolo de otra manera e intentando disimularlo a través de una «desestructuración» formal de los contenidos constitucionales que han pasado ahora a diversos instrumentos jurídicos rompiendo la (también limitada) ordenación sistemática del Tratado Constitucional.

Esta operación tan simple ha hecho posible que el Tratado Constitucional rebautizado no tenga que ser sometido ahora a referéndum en Francia, donde el Presidente de la República se había comprometido a apoyar un «minitratado» o un «Tratado simplificado» (5), a pesar de que el Tratado de Lisboa no es ninguna de las dos cosas. No es un «minitratado» porque contiene prácticamente todo el contenido del Tratado Constitucional y un poco más. Tampoco es un Tratado simplificado porque la operación de enmascaramiento ha provocado complicaciones adicionales, de tal manera que se puede decir con toda rotundidad que el Tratado de Lisboa es mucho más complejo que el Tratado Constitucional y, lo que es peor, introduce mayor complejidad en el ordenamiento jurídico europeo.

Tampoco se celebrará nuevo referéndum en Holanda, debido a que la incorporación del «reforzamiento» del papel de los Parlamentos nacionales ha parecido suficiente a sus dirigentes políticos como para compensar la negativa refrendataria previa a ratificar un Tratado cuyo contenido coincide en más del 90 por 100 con el Tratado de Lisboa (6).

(5) Cfr. http://www.elpais.com/articulo/internacional/Sarkozy/propone/minitratado/sacar/crisis/Union/Europea/elpepiint/20060909elpepiint_22/Tes. El Tratado de Lisboa ha sido ya ratificado por Francia (el 14-2-2008).

(6) Cfr. http://www.elpais.com/articulo/internacional/Holanda/logra/reforzar/poder/parlamentos/nacionales/elpepiint/20070623elpepiint_2/Tes y http://www.elpais.com/articulo/internacional/Holanda/celebrar/segundo/referendum/tratado/europeo/elpepiint/20070922elpepiint_11/Tes.

También se ha renunciado al referéndum en el Reino Unido gracias a los «cambios» que el Tratado de Lisboa contiene en relación con el Tratado Constitucional y que han sido promovidos por el Reino Unido, lo que resulta especialmente criticable (7). Lo es, en primer lugar, por el compromiso adquirido por el Reino Unido al suscribir el 29 de octubre de 2004 el Tratado Constitucional de poner todos los medios a su alcance para asegurar la ratificación, cosa que obviamente no ha hecho. Lo es también porque ha aceptado finalmente el Tratado Constitucional con otro nombre y con un Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales al Reino Unido que ha pretendido presentarse como un *opting out* cuando, como veremos, no es más que la manifestación de un simple principio lógico que invalida ese aparente *opting out*: dos negaciones equivalen a una afirmación.

Lo realmente sorprendente de esta operación de enmascaramiento ha sido que en el único Estado en el que se ha sometido a referéndum, en Irlanda, el resultado ha sido negativo. Este resultado pone en cuestión la lógica de los que discutieron la virtualidad del Tratado Constitucional por los procesos referendarios negativos en Francia y Holanda, argumentando que había que eliminar el término «Constitución» y los símbolos constitucionales del Tratado. La ciudadanía irlandesa ha dejado claro, con su «no» en el referéndum de 12 de junio de 2008, que no era esa la naturaleza del problema. En efecto, el Tratado de Lisboa ha conseguido, en el único referéndum celebrado para su ratificación, el mismo resultado negativo que el Tratado Constitucional logró en Francia y Holanda, a pesar de haber eliminado previamente todos los símbolos constitucionales, incluido el nombre de «Constitución».

La impostura inicial del Tratado de Lisboa está en la base de la dificultad para analizar su significado desde una perspectiva jurídica. Nada puede explicar, por ejemplo, desde esta perspectiva, que el Tratado repita tantas veces la frase relativa a la limitación de las competencias de la Unión en relación con los derechos fundamentales. La frase se incorpora al artículo 6.1 TUE reformado, en su párrafo segundo, de acuerdo con el cual: «Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados». Sigue estando, no obstante, en la el artículo 51.2 de la propia Carta, a la que el primer párrafo del artículo 6.1 TUE reformado se remite (8):

(7) Cfr. http://www.elpais.com/articulo/internacional/Brown/resiste/convocar/referendum/Carta/Europea/elpepiint/20070926elpepiint_12/Tes.

(8) «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.»

«La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados». Está también en la Declaración número 1, aneja al Acta Final y relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuyo párrafo segundo se dice que: «La Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión y no modifica las competencias y cometidos definidos por los Tratados».

Repetir tres veces la misma idea carece de alcance jurídico, aunque posiblemente produzca un efecto tranquilizador en determinados lectores, como una especie de conjuro destinado a evitar algo que seguramente será imposible de evitar, como es que la Carta desarrolle un efecto expansivo en relación con la aplicación del Derecho europeo. Por si tres veces fueran pocas, la República Checa ha decidido incorporar su propio conjuro través de la Declaración de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuyo apartado 2 se indica que: «La República Checa subraya igualmente que la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y no crea ninguna competencia nueva para la Unión. La Carta no reduce el ámbito de aplicación del Derecho nacional y no limita ninguna competencia actual de las autoridades nacionales en este ámbito».

Éste es, naturalmente, sólo un ejemplo. El Tratado contiene otras muchas formulaciones de este tipo, que se reiteran para tranquilizar a determinados lectores de determinados Estados y que evidencian el temor de los sectores euroescépticos en relación con el alcance del Tratado Constitucional/Tratado de Lisboa. Este tipo de mecanismos psicológicos de repetición de fórmulas rituales para conjurar posibles peligros encajan mal con la seriedad y el rigor de un texto jurídico destinado a encabezar el Derecho fundamental de la Unión Europea.

La reiteración inútil de frases ha sido compensada con la eliminación de términos que resultaban incómodos para los sectores euroescépticos. El primero de ellos: «Constitución», del que se dice que lo que se ha abandonado es el concepto y no sólo el término con una frase que resulta desoladora por la burda simplificación que del concepto se hace: «Se ha abandonado el concepto constitucional, que consistía en derogar todos los tratados vigentes y sustituirlos por un texto único denominado *Constitución*» (9). La afirmación de que una Cons-

(9) Apartado I.1 de las Observaciones Generales contenidas en el Mandato de la CIG del Anexo I de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007.

titución consiste en derogar textos fundamentales dispersos y sustituirlos por un texto único no resiste un mínimo contraste con la realidad. Lo que tenía de Constitución el Tratado Constitucional era el contenido, no la forma de Tratado (con independencia de que, en cuanto Tratado, derogara a los Tratados anteriores). También se han eliminado de los Tratados modificados la mención de los símbolos de la UE (bandera, himno y divisa), así como la referencia al principio de primacía que se integra en una Declaración.

Otros términos no han sido eliminados sino convenientemente sustituidos por otros más «políticamente correctos» para esos sectores euroescépticos. Es el caso del «Ministro de Asuntos Exteriores», que pasa a ser «Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores», o de la «Ley» y la «Ley marco», que en una parte del Derecho fundamental de la Unión Europea serán «Actos legislativos», mientras que en otra (la Carta de Derechos Fundamentales) seguirán siendo «Ley».

He analizado en otro lugar el alcance jurídico de estos cambios que (salvo por lo que se refiere a la sustitución del término «ley») carecen de relevancia (10). Al parecer los sectores euroescépticos no tuvieron en cuenta que existen constituciones muy acreditadas que no se definen expresamente como «Constitución» (el ejemplo de la Ley Fundamental de Bonn es paradigmático) y Ministros de Asuntos Exteriores con otro nombre (el ejemplo de Estados Unidos es paradigmático). Tampoco tuvieron en cuenta que los símbolos de la Unión Europea no dejan de serlo porque no figuren en los Tratados.

Que estos cambios no tengan relevancia jurídica no significa que carezcan de relevancia simbólica. Expresan el miedo de algunos sectores (finalmente aceptado por todos los Estados, aunque sea por motivos estratégicos comprensibles) a que la Unión Europea avance en el proceso de integración incorporando un marco de ordenación constitucional a la que se le atribuye una función performativa de «estatalidad». Lo sorprendente es, sin embargo, que no se ha renunciado en realidad a esa ordenación constitucional sino que se ha pretendido tan sólo esconderla o negarla ritualmente.

A esa operación ha contribuido también la proliferación de protocolos y declaraciones (incluidas las declaraciones relativas a algunos protocolos) a través de los cuales se han intentado recomponer las posiciones perdidas en la negociación o justificar las defendidas. Podemos encontrar algunos ejemplos en la «Declaración de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos

(10) Cfr. mi trabajo «La Constitución Europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa», *ReDCE*, núm. 8, julio-diciembre de 2007. Dirección electrónica: <http://www.ugr.es/~redcel>.

Fundamentales de la Unión Europea» ya mencionada, en la «Declaración de la República de Polonia relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» o en la «Declaración de la República de Polonia relativa al Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido» (estas dos últimas de signo contradictorio, explicable por el cambio de gobierno). Igualmente, en la Declaración suscrita por 16 Estados miembros sobre los símbolos de la Unión, tan bien-intencionada como sorprendente cuando declara que esos símbolos «seguirán siendo, para ellos, los símbolos de la pertenencia común de los ciudadanos a la Unión Europea y de su relación con ésta» (11). Sorprendente porque lo seguirán siendo para ellos y para todos los demás (salvo el euro, obviamente), ya que no han dejado de ser los símbolos de la Unión Europea.

Por lo que a los protocolos se refiere, resulta paradigmático el «Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido». En contra de lo que pudiera parecer, este Protocolo no está destinado a generar el tránsito de la Carta de Derechos a los «Derechos a la carta», sino que puede más bien definirse como una especie de «efecto placebo» para mitigar los temores (plenamente justificados, como es obvio) de los euroescépticos británicos y polacos a que la Carta de Derechos Fundamentales sea el desencadenante de una seria «infección constitucional» en Europa que termine por extender de manera irreparable la peligrosa enfermedad conocida como «constitucionalismo» a nivel europeo.

Este protocolo comienza por incorporar una afirmación cuya falta de correspondencia con la realidad resulta escandalosa: «la Carta reafirma los derechos, libertades y principios reconocidos en la Unión y hace que dichos derechos sean más visibles, pero no crea nuevos derechos ni principios» (12). A esta negación

(11) «Bélgica, Bulgaria, Alemania, Grecia, España, Italia, Chipre, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia declaran que la bandera que representa un círculo de doce estrellas doradas sobre fondo azul, el himno tomado del “Himno a la Alegría” de la Novena Sinfonía de Ludwig van Beethoven, la divisa “Unidad en la diversidad”, el euro en tanto que moneda de la Unión Europea y el Día de Europa el 9 de mayo seguirán siendo, para ellos, los símbolos de la pertenencia común de los ciudadanos a la Unión Europea y de su relación con ésta.»

(12) Hay tres motivos esenciales por los que esa afirmación es radicalmente incorrecta: en primer lugar, porque el todavía vigente artículo 6.2 TUE (hasta que entre en vigor el Tratado de Lisboa) no reconoce derechos fundamentales, sino principios. Cfr. a este respecto mi trabajo «Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale», en *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, a cura di Giancarlo ROLLA, Torino, G. Giappichelli Editore, 2001, págs. 113-130 (versión española en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio de 2004, págs. 25-46, <http://www.ugr.es/~redcel>). En segundo lugar porque la Carta de Derechos Fundamentales sí incorpora nuevos derechos y nuevos principios, algo que

sigue otra conectada con la limitación de competencias de la Unión: «La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún otro órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma». La combinación de ambas negaciones (la carta no crea nuevos derechos, la carta no amplía las competencias de los tribunales) nos da como resultado una afirmación: la Carta es plenamente aplicable en el Reino Unido, puesto que se limita a hacer visibles los derechos que ya estaban reconocidos por la Unión (que esto sea cierto o no es irrelevante a los efectos jurídicos de la aplicación del Protocolo) y, obviamente, en cuanto se limita a hacer visibles esos derechos, no amplía la competencia que ya tenían los órganos jurisdiccionales para aplicarlos.

Las motivaciones de la tremenda operación de ocultación de la realidad constitucional de la Unión Europea que se ha producido con el Tratado de Lisboa y las supresiones, reiteraciones rituales y *deconstrucciones* a que ha dado lugar no deben impedirnos realizar una valoración jurídico-constitucional de lo que el Tratado de Lisboa supone en el contexto del proceso de integración. Evidentemente no se ha ganado en rigor en la ordenación del sistema jurídico europeo. Tampoco se ha ganado en la proyección de la Unión Europea frente al mundo, dada la imagen que ha supuesto el Tratado de Lisboa. Como tampoco se ha ganado en relación con la legitimación ciudadana de las instancias europeas. Los responsables políticos de democracias consolidadas le han dicho a su ciudadanía en el plazo de tres años que los mismos contenidos que antes eran «Constitución» ya no lo son. Han intentado convencerla primero de que el Tratado Constitucional era «una Constitución para Europa» y después de que el Tratado de Lisboa, con el mismo contenido que el Tratado Constitucional, ya no era una Constitución.

es tan evidente que no requiere más que una lectura somera de la Carta. En tercer lugar, porque la Carta de Derechos Fundamentales incorpora nuevas garantías de los derechos que no existían previamente en el Derecho europeo. En especial, la reserva de ley y la garantía del contenido esencial. Cfr. a este respecto mi trabajo «La configuración normativa de principios y derechos constitucionales en la Constitución europea», en *Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRI-DICA*, núm. 84, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, págs. 167-181 (versión electrónica en la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, julio-diciembre de 2005, págs. 109-222, <http://www.ugr.es/~redcel/>). Cfr. igualmente G. CÁMARA VILLAR, «Los Derechos Fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, julio-diciembre de 2005, págs. 9-42 (<http://www.ugr.es/~redcel/>).

El temor a una cultura constitucional que —paradójicamente— es inescindible de la configuración democrática de la vida europea, no es hoy más que una «survivance» cuyos efectos se prolongan gracias a una estructura institucional y una mentalidad desfasadas que responden a las exigencias del proceso de integración durante sus primeros cincuenta años. Sin embargo, si algo ha tenido de positivo el Tratado de Lisboa es que ese temor se ha mostrado de una forma auténticamente abierta y desinhibida, reflejándose incluso en los textos jurídicos fundamentales de la Unión Europea y manifestando como razones últimas (por equivocadas que éstas puedan ser) el rechazo a la estatalidad de la Unión Europea.

2. *El rechazo a la estatalidad: ¿tiene cualidad estatal la Unión Europea?*

Las objeciones a la estatalidad de la Unión Europea se han intentado legitimar en parte recurriendo al recelo de la ciudadanía frente a la creación de un Estado europeo (de un super-Estado) (13). Una argumentación sorprendente si se tiene en cuenta que no ha habido un pronunciamiento de la ciudadanía a nivel europeo sobre esta cuestión. Ahora bien, incluso si esos recelos fueran ciertos (algo que no podremos saber realmente hasta tanto la ciudadanía tenga oportunidad de expresarse por sí misma) e incluso si el temor a las reglas burocráticas de Bruselas no fuera más que una manifestación de la desconfianza frente a

(13) Así, en la Declaración de la Canciller Angela Merkel de 14 de junio de 2007, pese a que (*vid. supra* nota 3) la Presidencia alemana no compartía estos recelos, se afirma que: «At the end of the week, the Foreign Ministers will meet in Brussels to discuss the report of the German Presidency being sent to the governments of the EU Member States today. The report also addresses one of the main fears of European citizens, namely that that the European Union could develop into a so-called super state. This fear reflects the concern that the individual nation states could be weakened unnecessarily. Indeed, these are the places that people call home, the places from which they take their bearings. It also reflects concerns about too many bureaucratic rules from Brussels, rules which do not take our individual traditions sufficiently into account.

We are all well advised, I believe, to take these concerns seriously. The road map to be adopted will thus contain a proposal to reform the Treaties as is necessary by means of a so-called amending treaty. This is a legal instrument which has been familiar to us in Europe since Maastricht, Amsterdam and Nice. In this case, it will be a reforming treaty in the shape of an amending treaty on the one hand, and the opportunity for a fully functioning European Union on the other. At the same time, we intend to transfer the steps forward contained in the original Constitutional Treaty to the reforming treaty and bring these into force.

That is to say, we want to preserve the substance of the Treaty without overwhelming European citizens». Cfr. http://www.bundesregierung.de/Content/EN/Regierungserklaerung/2007/06/2007-06-14-regierungserklaerung-eu-gipfel_en.html.

una poder que no es plenamente democrático, la reacción manifestada a través del Tratado de Lisboa no deja de ser inadecuada. Inadecuada en primer lugar porque establece una relación entre constitucionalidad y estatalidad que resulta más que discutible. Inadecuada, en segundo lugar, porque parte de la negación de la estatalidad de la UE, algo que ha pasado ya a ser un lugar común en el debate público europeo pero sobre lo que convendría reflexionar.

En efecto, frente a la afirmación tan extendida de que la Unión Europea no es ni será «nunca» un Estado, habría que comenzar por reconocer que la Unión Europea, si bien no es «un» Estado, es ya «Estado». En efecto, la Unión Europea tiene claros rasgos de estatalidad que se derivan de la asunción de funciones estatales que ha asumido y que desarrolla con normalidad sobre el territorio europeo. La Unión Europea tiene un ámbito territorial sin fronteras interiores o con fronteras externas (aunque no extendido a todos los Estados miembros), ejercita un poder político que se manifiesta a través del principio de primacía, y tiene una moneda propia, el euro (también en una zona mayoritaria, no en la totalidad de la Unión), cuyo éxito está contribuyendo de manera notable a la estabilidad económica de los Estados europeos integrados en la zona euro (14).

¿Hasta qué punto puede seguir diciéndose con propiedad que la Unión Europea no será nunca «Estado» si la realidad nos manifiesta que hay rasgos evidentes de «estatalidad» que no son sino el reflejo del reparto de poder político inherente al proceso de integración y del desarrollo creciente de este proceso?

No es ésa, sin embargo, como es sabido, la percepción extendida en la doctrina y en los círculos políticos. De hecho, el Tratado de Lisboa ha evidenciado la persistencia del fuerte rechazo de algunos Estados miembros y de algunos sectores de opinión a la caracterización formal del proceso de constitucionalización de la Unión Europea (ya que este proceso ha seguido su curso desde el punto de vista material) a través de la terminología específica del Derecho constitucional, por miedo al carácter performativo de cualidad estatal que se le atribuye al Derecho constitucional.

De ese modo, el miedo al Derecho constitucional se ha presentado expresamente bajo la forma del repudio a cualquier término que pudiera rememorar en las normas fundamentales europeas a una organización estatal. La atribución al Derecho constitucional de un potencial performativo de «estatalidad» la hemos experimentado también en España en el plano interno con la polémica sobre las

(14) El euro no sólo se ha consolidado como segunda moneda de reserva con un 26 por 100 del total mundial, sino que ha contribuido a disminuir la inflación y los tipos de interés, a crear empleo y a proteger a los consumidores de la zona euro frente al crecimiento del precio del petróleo. Cfr. http://www.elpais.com/articulo/economia/euro/refuerza/segunda/moneda/mundial/elpepieco/20080503elpepieco_4/Tes.

últimas reformas estatutarias (15). Es evidente, sin embargo, que Derecho constitucional y Estado no son términos equivalentes. Por el contrario, hay muchos Estados que desconocen el Derecho constitucional (aunque se hayan dotado de normas que definen expresamente como «Constitución»), mientras que hay ámbitos de poder político sometidos plenamente al Derecho constitucional y que no conforman un «Estado» en el sentido clásico de este término.

En realidad, lo que la Unión Europea tiene ya de «Estado» lo tiene a pesar de que esa estatalidad no ha ido unida siempre a la configuración de un espacio político democrático, de técnicas eficaces de control del poder y garantías de los derechos fundamentales y, por tanto, de Derecho constitucional. La auténtica paradoja de la Unión Europea es que la incorporación de Derecho constitucional no le va a aportar más «estatalidad» sino que, manteniendo la que ya tiene, va a dotar a esa estatalidad de un carácter democrático del que hoy carece en medida equiparable a los sistemas democráticos de los Estados miembros. La polémica es, por tanto, absurda: los símbolos constitucionales no hacen a la Unión Europea más «Estado» de lo que ya es. Por el contrario, contribuyen a desarrollar el espacio constitucional europeo y a hacer posible el control del poder político europeo. Lo hacen «Estado» más democrático.

De hecho, se puede afirmar que existe una continuidad básica y una coherencia fundamental entre el poder público estatalizado que ejerce la Unión Europea y el poder público estatal de los Estados miembros. Esa continuidad no se da, sin embargo, entre los elementos democráticos conformadores de los Estados miembros y los que conforman la Unión Europea. Mientras los Estados siguen siendo los agentes esenciales de la Unión Europea y ejercitan un mismo poder político en el plano interno (directamente) y en el europeo (indirectamente), la ciudadanía sólo está presente en plenitud en el ámbito interno de cada uno de los espacios públicos de los Estados miembros. La *continuidad de los Estados* y la *discontinuidad de la ciudadanía* ha sido un rasgo característico y permanente de la Unión Europea durante sus primeros cincuenta años y ha resultado, hasta ahora, funcional a los Estados. Esa quiebra fundamental no puede resolverse más que a través del Derecho constitucional.

(15) Cfr. al respecto mis trabajos «Lo Stato autonomico spagnolo: la stagione delle riforme», edición impresa en prensa, publicado en versión electrónica en <http://www.issirfa.cnr.it/4199,949.html>, y «La reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea», edición impresa en prensa, publicado en versión electrónica en *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, año VI, núm. 4, 2008: <http://www.federalismi.it/federalismi/applMostraDoc.cfm?Artid=9273&edoc=12022008101625.pdf>.

3. *La reafirmación de la estatalidad nacional: ¿han perdido cualidad estatal los Estados miembros?*

La otra cara de la moneda de la creciente estatalidad de la Unión Europea es la reducción de la cualidad estatal de los Estados miembros. Las transferencias de poder estatal a la Unión Europea provocan que los Estados miembros (en mayor o menor medida) estén perdiendo rasgos específicos de su estatalidad. Un Estado que ha asumido las limitaciones de poder político propias de los Estados miembros de la Unión Europea no puede seguir entendiéndose como si fuera el Estado nacional de finales del XIX y parte del XX.

Sin embargo, resulta sorprendente que la comparación entre el emergente nivel constitucional europeo y el nivel estatal se realice siempre sobre la base de un desfase histórico entre la Unión Europea del siglo XXI y el Estado nacional del siglo XIX, que se utiliza como instrumento de comparación. Los Estados miembros de la Unión Europea no tienen mucho que ver ya con ese modelo de Estado y ésta es una razón de peso por la cual no se puede seguir utilizando como instrumento de medida un modelo estatal que ya no está vigente en el seno de la Unión Europea.

En efecto, como es evidente, los Estados miembros de la Unión Europea ya no son «Estado» en el sentido que lo era el Estado nacional del siglo XIX (al menos los Estados que componen el núcleo avanzado del proceso de integración europea): no tienen ya una moneda propia, que es uno de los elementos esenciales de la «estatalidad». Tampoco tienen (no lo tienen en la misma medida que hace algunos años) un territorio con fronteras definidas que oponer frente a los otros Estados europeos que comparten el Espacio Schengen. Del mismo modo, su población está integrada en parte por ciudadanos europeos que tienen reconocido el derecho de sufragio en determinados procesos electorales. Los elementos clásicos de la estatalidad: pueblo, territorio y poder político, no están presentes en los Estados miembros de la Unión Europea al modo en que lo estaban antes del proceso de integración.

De ahí que la comparación que se realiza para proclamar que la Unión Europea nunca será un Estado, tomando como referencia a los Estados nacionales, se base en un doble desenfoque. Ni el Estado que se utiliza de parámetro de «estatalidad» tiene las cualidades estatales que se le atribuyen, porque las ha perdido en gran medida debido al proceso de integración europea, ni la Unión Europea es tan ajena a la estatalidad por el hecho de no constituir formalmente «un» Estado.

Ahora bien, la configuración de la estatalidad de la Unión Europea y de los Estados miembros no presenta sólo una vertiente formal. No depende sólo del

poder político que se ejerce sobre un territorio, de la moneda, del principio de primacía o de otras condiciones similares. Por el contrario, refleja también la vertiente específica del grado de formación de un espacio público y de una comunidad política propia que está estrechamente relacionada con la construcción de una identidad europea. Es justamente en este punto donde la estatalidad de los Estados miembros presenta desarrollos todavía inalcanzables para la Unión Europea.

Es precisamente la debilidad del espacio público europeo y el carácter incipiente de Europa como comunidad política lo que dificulta en mayor medida el desarrollo de la estatalidad europea. Son también esos rasgos los que legitiman la centralidad del Estado. Si los Estados europeos que —como es el caso de España— experimentan simultáneamente procesos de descentralización política y de integración supranacional siguen ocupando todavía un lugar central en el amplio escenario de los sistemas jurídicos y políticos, ello se debe que el Estado sigue siendo el centro de poder mejor articulado y en el que se da una mayor coherencia entre la vertiente institucional, jurídica y competencial y la vertiente política integrada por los espacios públicos nacionales.

Esta coherencia entre las distintas vertientes que articulan la relación entre la ciudadanía y el Estado es la que otorga mayor legitimidad democrática al espacio público estatal. Es en ese espacio donde se siguen dirimiendo las controversias políticas más intensas y donde se siguen desarrollando los debates políticos que conforman una comunidad política integrada. Es comprensible, por tanto, que el Estado continúe siendo el centro de imputación de los espacios democráticos de decisión, el depositario de una identidad colectiva mayoritaria (pese a la intensidad desigual de los nacionalismos periféricos) y el ámbito de la conformación de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

La centralidad del Estado tiene, sin embargo, algo de artificial en su dimensión sobredimensionada. El espacio público estatal ya no se corresponde con las competencias que el Estado puede ejercitar, teniendo en cuenta las transferencias que se han realizado al nivel supranacional e infraestatal. Los debates públicos en el espacio estatal no siempre se ajustan al campo de acción posible del Estado. Por ese motivo, a veces se le exige al Estado más de lo que puede dar. La otra cara de esa sobredimensión de la centralidad del Estado es que el espacio europeo carece de la calidad democrática del estatal, como consecuencia de la falta de equivalencia entre las amplias competencias que se ejercitan a nivel europeo y el limitado espacio público de debate y decisión de ese nivel.

II. UNA TAXONOMÍA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. ¿Un arquetipo fuera de la historia?

El proceso de integración europea se ha desarrollado hasta ahora mediante una construcción asimétrica que, en palabras de J. Weiler, permite describir claramente la situación actual de la Unión Europea: una *confederación* en el plano político y una *federación* en el plano jurídico (16). Por decirlo con otras palabras, los gobiernos de los Estados europeos han construido una especie de «Estado Federal a beneficio de inventario». Esto explica que en el plano jurídico los Estados sigan los principios de articulación propios de un Estado Federal (principio de primacía) sobre la base de decisiones que han adoptado previamente en el plano político mediante fórmulas de decisión propias de una confederación.

La asimetría de la Unión Europea entre el plano político y el jurídico dificulta su catalogación como institución en relación con otras formulaciones supranacionales o estatales. No se trata de que los Estados miembros hayan renunciado a que la Unión Europea sea un Estado, sino más bien de que los gobiernos de los Estados miembros quieren que la Unión Europea sólo sea «Estado» para aquello que les interesa. La Unión Europea no es Estado para configurar un espacio público común de decisión política abierto a la ciudadanía. No es Estado para debatir democráticamente las políticas europeas a través de la participación y la representación ciudadana. No es Estado para garantizar (hasta tanto entre en vigor la Carta de Derechos Fundamentales) un sistema de derechos fundamentales equiparable a los nacionales, no es Estado para establecer un esquema institucional en el que los poderes públicos europeos respondan directamente ante la ciudadanía como lo hacen los poderes estatales nacionales. Sin embargo, sí es Estado para que las decisiones adoptadas por los Estados a nivel europeo se apliquen directamente a la ciudadanía.

(16) Como indica WEILER (que valora esta situación de forma positiva), en la Unión Europea existe una primacía normativa del Derecho europeo sobre el estatal, pero no así una jerarquía de potestades o de poder real, ya que mientras la primacía se construye de arriba abajo (de la Unión sobre los Estados), la jerarquía de potestades y de poder real se construye de abajo a arriba (de los Estados sobre la Unión). En definitiva, el poder real sigue siendo de los Estados, lo que caracteriza el *Sonderweg* europeo, su forma e identidad especial: la combinación de una ordenación institucional *confederal* y una ordenación legal *federal*. Cfr. J. H. H. WEILER, «El principio de tolerancia constitucional: la dimensión espiritual de la integración europea», versión española de Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, en FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, págs. 107-108.

Como se puede comprender, esta asimetría básica es la que impide que se pueda homologar a la Unión Europea con los sistemas democráticos. Por ese motivo, tampoco resulta posible defender —desde planteamientos democráticos— la permanencia en el tiempo de esta formulación asimétrica entre poder político confederal y orden jurídico federal. La idea de que Europa tiene su propio camino, configurando un arquetipo original y diferente de las formas de organización política conocidas no es otra cosa que el intento de situar a la Unión Europea fuera de la historia. El modelo propio que se pretende es una formulación antidemocrática que carece de viabilidad en el contexto de una Europa que quiere reconocerse en la identidad de una cultura constitucional propia. Que esa formulación haya sido funcional hasta ahora a los Estados no quiere decir que pueda consolidarse como articulación permanente y definitiva de la Unión Europea. El *Sonderweg* ha cumplido una función histórica en el proceso de construcción de Europa. En el nivel actual de desarrollo de la Unión Europea y teniendo en cuenta los nuevos retos que una Europa ampliada tiene que afrontar en el contexto de la evolución del proceso de globalización, el *Sonderweg* debería formar ya parte del pasado.

Por otro lado, tendría que resultar evidente que la evolución futura de la Unión Europea va a ser también una parte de la evolución futura de los Estados miembros. Unión y Estados comparten un espacio común, de tal manera que el rediseño de la Unión supone necesariamente una redefinición del poder político de los Estados. Ahora bien, del mismo modo que no podemos caracterizar ya a los Estados miembros de la Unión Europea con el modelo del Estado nacional del siglo XIX tampoco podemos tratar a la actual Unión Europea como si fuera un modelo consolidado que necesariamente va a persistir en el tiempo sean cuales sean las condiciones históricas. Ni podemos aceptar igualmente que resulte inevitable la idea de una Unión Europea cuya vertiente institucional tenga que estar siempre desvinculada de la ciudadanía.

La Unión Europea no representa un modelo propio de organización que esté destinado a consolidarse en una fórmula original superadora de los modelos estatales de los Estados miembros. Por el contrario, la Unión Europea ha transformado esencialmente esos modelos estatales en un sentido que históricamente resultaba conveniente a los intereses de los Estados. En la actualidad el modelo del Estado nacional ya no existe en el ámbito de la Unión Europea y es imposible de seguir porque los Estados miembros representan, en realidad, no un antagonista de la Unión Europea sino el complemento de un poder político dividido y fragmentado. La organización «supranacional» de la Unión Europea ha generado también una organización estatal «postnacional». La articulación de ambos poderes políticos, el supranacional y el postnacional y su relación dialéctica, seguirá produciendo transformaciones en los dos espacios constitucio-

nales, el europeo y el estatal. Ni Europa puede ser un arquetipo situado fuera de su contexto histórico ni los Estados miembros pueden pretender seguir siendo los Estados nacionales de hace cincuenta años.

2. *El modelo agotado de la Unión Europea «preconstitucional»*

El referente de los cincuenta años de integración europea es oportuno porque resulta expresivo de un modelo que ha cubierto un ese largo período histórico pero que no se ajusta ya a las nuevas condiciones derivadas de las transformaciones del proceso de integración y del espacio mundial sobre el que este proceso opera.

El proceso de integración europea ha ido unido históricamente a otros dos procesos que se desarrollaron también a partir de los años cincuenta del pasado siglo en Europa (17). Por un lado, el proceso de globalización, que, si bien había comenzado a desplegarse a finales del siglo XIX y comienzos del XX, hasta quedar interrumpido con el comienzo de la Primera Guerra Mundial, retomará su impulso a partir del final de la Segunda Guerra Mundial. Por otro lado, el proceso de democratización de los Estados europeos, con la conformación de un nuevo concepto de democracia: la democracia constitucional.

La globalización y la democratización que se desarrolla desde los años cincuenta del siglo XX sitúan a los principales Estados europeos ante retos muy importantes. Ambos procesos contribuyen a la transformación del poder político que antes ejercían. En el plano interno, esa transformación se manifiesta a través de la normatividad de la Constitución y del establecimiento de controles jurídicos (además de los políticos) al poder estatal. En el plano externo, el proceso de globalización sitúa a los Estados en una posición de debilidad (también para el desarrollo de sus propias políticas internas) frente a otros agentes, especialmente frente a las grandes compañías multinacionales. Teniendo en cuenta, además, los procesos de descentralización política experimentados por algunos Estados, el resultado es que la capacidad de acción política del Estado se ve progresivamente reducida.

Si partimos de la naturaleza del poder estatal previo, bien puede decirse que los procesos de globalización y democratización (unido este último a la descentralización política) limitan el poder del Estado tanto desde el punto de vista

(17) Cfr. Francisco BALAGUER CALLEJÓN (coord.), Gregorio CÁMARA VILLAR, Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, María Luisa BALAGUER CALLEJÓN y José Antonio MONTILLA MARTOS, *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 2007, págs. 190 y sigs.

interno como desde el punto de vista externo. Plantean, por tanto, exigencias internas y externas para una reestructuración del poder estatal que haga posible la recuperación de un margen de decisión amplio en el ámbito interno, y el reforzamiento de su capacidad para hacer frente a la pérdida de poder que supone el proceso de globalización.

Estas dos exigencias se cubrirán en gran medida con el proceso de integración europea. Por un lado, los Estados desplazan a la esfera supranacional —que controlan por medio de la concertación entre ellos— decisiones que no se verán sometidas al debate en el espacio público interno y que, en última instancia, a partir del principio de primacía pretenden implantarse incluso por encima del marco constitucional. Se relativizan así los límites políticos y jurídicos propios del nuevo entorno democrático postbélico. Por otro lado, al decidir conjuntamente con otros Estados en el marco supranacional europeo, tendrán más capacidad de control de un proceso de globalización al que difícilmente pueden enfrentarse aisladamente.

El gran éxito que ha tenido hasta ahora el proceso de integración europea se explica, entre otros motivos, por haber resultado una fórmula muy afortunada para que los Estados europeos puedan hacer frente al proceso de globalización haciendo compatibles las decisiones necesarias para afrontar las transformaciones económicas con el mantenimiento de estructuras democráticas internas muy avanzadas. La técnica que se ha seguido es muy simple: desplazar al ámbito europeo esas decisiones evitando y orillando el debate democrático interno. La consecuencia necesaria será una pérdida de calidad democrática a favor de la eficacia en la actuación reguladora de los Estados en el plano económico.

Como se puede comprender, el resultado del método de integración que se ha seguido hasta ahora no ha supuesto, en contra de lo que habitualmente se dice, una pérdida real de soberanía por parte de los Estados miembros. Por el contrario, lo que los Estados miembros han perdido formalmente de soberanía en el ámbito externo o supranacional la han recuperado en el ámbito interno o constitucional. En efecto, gracias a los mecanismos de concertación supranacional, basados generalmente en la regla de la unanimidad o del consenso, los Estados miembros de la Unión Europea han conseguido adoptar en Europa las decisiones que no podían o no querían adoptar a nivel interno porque hubieran generado un debate muy intenso en el espacio público estatal.

De ese modo, los Estados miembros han conseguido recuperar parte del poder político que sus ordenamientos constitucionales limitaban y condicionaban. Las políticas agrarias, las reconversiones industriales y tantas otras actuaciones de los últimos años hubieran encontrado algunas dificultades internas que se han soslayado mediante la atribución de las correspondientes competencias a las instancias europeas (en realidad, a los Estados miembros negociando en el

espacio europeo). La consecuencia de esta metodología ha sido un desgaste terrible de la idea de Europa, a la que se atribuyen políticas traumáticas decididas por los burócratas de Bruselas, cuando en realidad han sido decididas por los Estados con la veste europea.

En última instancia, los Estados han desvirtuado en gran medida el gran pacto constituyente que en algunos países dio lugar al Estado social de Derecho como formulación política del Estado constitucional de Derecho. Eso explica las fuertes reticencias de amplios sectores de la opinión pública nacional frente al proceso de integración europea. Lo que han hecho los Estados es desplazar la soberanía estatal hacia un marco supranacional de concertación con otros Estados. En su conjunto, esta operación no ha limitado el poder del Estado sino que lo ha retenido o lo ha ampliado si tenemos en cuenta que el punto de partida (los procesos de democratización y globalización) sí suponía una limitación importante del poder estatal.

La *continuidad* de los Estados y la *discontinuidad* de la ciudadanía en el espacio europeo es la clave que ha hecho posible este modelo. Frente a la correspondencia existente en el constitucionalismo del Estado constitucional de Derecho entre un marco político de debate y decisión y un marco jurídico-constitucional de limitación del poder, en el ámbito europeo las condiciones han sido muy diferentes. Los Estados han decidido conjuntamente en Europa mediante mecanismos de concertación supranacional, sustrayendo esas decisiones a su espacio constitucional y al debate público nacional, y obligándose a cumplirlas a través de su inserción en un sistema jurídico que les vinculaba por medio del principio de primacía.

Este método ha podido desarrollarse mientras el número de Estados era reducido y sus intereses eran básicamente confluentes, lo que facilitaba extraordinariamente la concertación entre ellos. Las tensiones que se han producido a partir de la ampliación y los conflictos políticos que genera cada avance en la racionalización de los métodos de decisión evidencian claramente que el modelo está ya agotado. En estas condiciones, la necesidad de construir un espacio constitucional de decisión basado en una comunidad política articulada en torno a la ciudadanía europea se revela cada vez más urgente. La aparente contradicción entre constitucionalismo y europeísmo (entendido en clave estatal y, por tanto, no como auténtico europeísmo) debe disolverse progresivamente para dar paso a la idea de que la integración europea sólo puede ser una integración de naturaleza constitucional. Una integración en la que la ciudadanía europea sea el agente principal.

En realidad, el miedo a la Constitución no es sino el miedo a Europa, el miedo a una culminación natural del proceso de integración (porque el auténtico europeísmo sólo puede conducir a una comunidad política europea y a un espa-

cio constitucional europeo). Cuando más natural se evidencia esa culminación constitucional del proceso, más resistencias provoca y más necesario resulta «deslegitimar» el concepto de Constitución, «desnaturalizarlo» incorporando elementos extraños que impiden que realice sus auténticas funciones o «desestructurarlos» como se ha hecho con el Tratado de Lisboa.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que el problema del déficit democrático y constitucional de la Unión Europea no es sólo el del ejercicio de un poder europeo no sometido a condiciones constitucionales *en el exterior* del Estado sino también (y sobre todo) el de la desvinculación interna del Estado respecto de esas condiciones constitucionales a las que estaba sometido antes de transferir las competencias que ahora ejerce indirectamente. El déficit democrático de la Unión Europea se proyecta así inevitablemente en el plano interno, provocando una pérdida de calidad democrática y un déficit democrático reflejo en cada uno de los sistemas constitucionales de los Estados miembros.

3. *Constitución y Estado en la Unión Europea*

A pesar del Tratado de Lisboa y de las posiciones de los euroescépticos, el debate constitucional no va a dejar de estar presente en el espacio público europeo. Antes al contrario, el ritmo acelerado del proceso de globalización, el fuerte crecimiento económico de las potencias emergentes y el riesgo de quedar marginada de los procesos mundiales de decisión provocará seguramente un fuerte aumento de las competencias de la Unión en el inmediato futuro. La «estatalidad» europea se va a ver así considerablemente reforzada por exigencias derivadas del proceso de globalización.

Toda vez que la Unión Europea va a ser cada vez más «Estado», la relación entre constitucionalidad y estatalidad seguirá ocupando el primer plano de los debates políticos fundamentales. ¿Cuánto «Estado» tiene que llegar a ser la Unión Europea para necesitar una Constitución formal, un Derecho constitucional estructurado similar al de los Estados miembros? Ésta es una cuestión que no tiene fácil respuesta (18). En primer lugar, porque las condiciones sociales y políticas que impulsan el proceso de constitucionalización deben sufrir transformaciones importantes para que el actual Derecho constitucional europeo se

(18) Como hace notar Pedro CRUZ VILLALÓN, una primera dificultad del debate constitucional en la Unión Europea radica en explicar que la dotación de una Constitución para Europa sea un problema. Cfr. Pedro CRUZ VILLALÓN, «La Constitución inédita. La dificultad del debate constitucional europeo» (2002), en la recopilación del mismo autor, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004, pág. 22.

consolide y se desarrolle (19). En segundo lugar, porque seguirá existiendo un rechazo importante desde las posiciones euroescépticas de algunos Estados y de algunos sectores de la opinión pública a la formalización del proceso de constitucionalización y su desarrollo. Por otro lado, no sólo los euroescépticos han expresado objeciones contra la plena constitucionalización de Europa, también desde posiciones europeístas se han defendido planteamientos contrarios a la inserción de la Unión Europea en la corriente histórica del constitucionalismo o se han expresado posiciones tendentes a señalar la dificultad del proceso o a relativizar su necesidad.

Sin que podamos detenernos aquí en analizar estas posiciones, podemos ver cómo desde sectores europeístas se han defendido planteamientos que van desde la idea de que *no es conveniente* una Constitución para Europa (J. Weiler) (20), pasando porque *no es necesaria* en la medida en que ya existe en cuanto Constitución multinivel o compuesta (I. Pernice) (21), hasta que *no es posible* por las actuales condiciones materiales (D. Grimm) (22). Obviamente, se trata de cautelas o de matices que se presentan frente a la idea de una Constitución formal, no frente a la existencia de Derecho constitucional en Europa (siquiera por la vía de las tradiciones constitucionales comunes).

De todas estas formulaciones la de J. Weiler es la que expresa una mayor reticencia frente al significado histórico del constitucionalismo y su aplicación al ámbito europeo. Este autor puede legítimamente considerarse el inspirador doctrinal del rechazo a la estatalidad de la Unión Europea, presentada como temor frente a la creación de un super-Estado, que tanta aceptación ha tenido. Comoquiera que a la constitucionalidad se le atribuye una cualidad performativa de constitucionalidad, la crítica a la constitucionalización es comprensible desde esos postulados. Sin embargo, la objeción de que la tensión constitucional

(19) De ahí que, como indica Francisco RUBIO LLORENTE, Europa se encuentra y se seguirá encontrando durante muchos años en una situación constituyente, hasta que se configure una auténtica comunidad política. Cfr. F. RUBIO LLORENTE, «El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa», *REDC*, núm. 48, septiembre-diciembre de 1996, pág. 32.

(20) De la siempre interesante obra de J. H. H. WEILER se puede consultar el trabajo «El principio de tolerancia constitucional: la dimensión espiritual de la integración europea», cit., y los trabajos incorporados a la recopilación del mismo autor, *Europa, fin de siglo*, CEC, prólogo de Francisco RUBIO LLORENTE, Madrid, 1995, págs. 13-126.

(21) El ya clásico trabajo de I. PERNICE, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making revisited?», publicado en *Common Market Law Review*, núm. 36, 1999, se puede consultar en su versión electrónica en <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0499.pdf>.

(22) Existe versión española del famoso trabajo de D. GRIMM, «Braucht Europa eine Verfassung?», 1994: «¿Necesita Europa una Constitución?», *Debats*, núm. 55, 1996.

entre Unión y Estados miembros pueda disminuir (provocando una centralización excesiva en el nivel europeo) por el hecho de que Europa adopte una formulación plenamente constitucional, resulta perfectamente salvable si observamos la creciente interacción constitucional que se está generando y que se ve favorecida precisamente por el acercamiento progresivo de la Unión Europea a formulaciones constitucionales.

El planteamiento de I. Pernice (claramente influido por posiciones tanto de J. Weiler como de su maestro P. Häberle) es de otra naturaleza porque se inscribe dentro de una perspectiva constitucional que pretende salvar el conflicto histórico entre europeísmo y constitucionalismo sobre la base de extender la legitimidad constitucional y democrática de los Estados al ámbito europeo. Una operación complicada, ya que el ámbito de la legitimidad democrática y constitucional de los Estados se detiene, por definición, en el espacio público nacional. No resultaría aceptable, por ejemplo, que la estructura constitucional de Alemania contemplara sólo un *Bundesrat* y que el *Bundestag* tuviera las limitadas competencias que tiene ahora el Parlamento Europeo. También aquí la legitimidad democrática de los *Länder* se detiene en su espacio público propio sin que pudiera suplir una eventual falta de legitimidad del nivel federal.

Una posición realista es la de D. Grimm, que se sitúa en el análisis de las condiciones materiales que dificultan actualmente la construcción de un orden constitucional europeo equiparable al de los Estados. Aunque se ha criticado la posición de Grimm por la apelación a la inexistencia de un pueblo europeo, lo cierto es que es preciso reconocer que no hay todavía una comunidad política europea diferenciada de las estatales (23). Dejando a un lado el concepto tradicional de «pueblo» como sujeto constituyente, tampoco se puede afirmar que exista una ciudadanía europea articulada en torno a un espacio de decisión propio. Muchos de los elementos retardatarios de una auténtica Constitución europea señalados por Grimm son claramente perceptibles: la ausencia de medios de comunicación europeos y de partidos políticos europeos que debatan sobre temas europeos en un espacio político común es clara.

La necesidad de partir del análisis de Grimm no debe hacernos olvidar la función «performativa» que puede desarrollar una Constitución europea para la pro-

(23) De ahí que se dijera sobre el proyecto aprobado por la Convención que «sin desconocer el mérito de su obra, su esfuerzo no ha bastado, ni podía bastar, para cambiar en Constitución lo que formalmente es Tratado, si por Constitución se entiende la Carta Fundamental de una comunidad política que determina esencialmente el sentimiento de identidad de quienes la componen». FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «La constitucionalización del proceso de integración en Europa», *Revista de Occidente*, núm. 284, enero de 2005, pág. 13.

moción de las condiciones sociales y políticas que hagan posible la creación de un auténtico espacio público europeo. Esta función, destacada por Habermas (24), es sin duda un aspecto a considerar en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea. Un espacio constitucional europeo de decisión no depende sólo de factores políticos o sociales previos. También los factores jurídicos tienen capacidad para incidir sobre la realidad y para facilitar o dificultar los procesos históricos.

Si tenemos que dar una respuesta a la articulación de estatalidad y constitucionalidad en la Unión Europea no podemos prescindir de ninguno de los autores anteriores (aun discrepando de algunas de sus posiciones). La conclusión a la que podemos llegar es que si bien la constitucionalidad de la UE no es necesariamente un factor performativo de la estatalidad europea sí lo es, sin ningún género de dudas, de su democratización. Una vez más hay que concluir que la constitucionalización no va a generar más «Estado» en Europa sino que va a transformar lo que Europa tiene ya de «Estado» en estatalidad democrática.

Para la comprensión de la relación específica entre estatalidad y constitucionalidad en la Unión Europea nos pueden ser de gran utilidad las premisas metodológicas aportadas por P. Häberle (25). En efecto, para percibir la continuidad esencial entre estatalidad y constitucionalidad estatal y europea tenemos que partir de la relación dialéctica del espacio europeo con los otros espacios constitucionales, con los espacios constitucionales de los Estados. De ese modo, el problema se aborda con un estatuto metodológico diferente que rompe la artificial división entre Derecho europeo y Derecho estatal que se ha asentado en la doctrina. Una división que maximaliza el principio de autonomía del Derecho europeo y que ha hecho posible desvincular el debate sobre la Constitución europea del debate sobre la Constitución estatal. Debatimos sobre Europa como una realidad diferenciada y aparentemente ajena a nuestros espacios constitucionales.

(24) J. HABERMAS, «Braucht Europa eine Verfassung?», versión española de Rafael AGAPITO SERRANO, en Jürgen HABERMAS, *Tiempo de transiciones*, Madrid, Trotta, 2004, págs. 111-137. Cfr., igualmente, «Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm», versión española de J. C. VELASCO ARROYO, en J. HABERMAS, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999, págs. 137-143.

(25) P. HÄBERLE, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», *EuGRZ*, 1991, versión española de Emilio MIKUNDA, «Derecho constitucional común europeo», *REP*, núm. 79, 1993. Cfr., igualmente, Peter HÄBERLE, «Die europäische Verfassungsstaatlichkeit», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heft 3/1995, versión española de Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «El Estado constitucional europeo», publicado en la revista *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. núm. 2, México, enero-junio de 2000. Disponible en Internet en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/2/art/art4.pdf>.

Sin embargo, lo cierto es que debatir sobre la Constitución europea es, en realidad, debatir sobre una parte de nuestro Derecho constitucional. Puesto que la materia constitucional previamente residenciada en el Estado es ahora parcialmente europea y parcialmente estatal, el debate sobre la Constitución europea, es un debate sobre nuestro propio Derecho constitucional como españoles, italianos, franceses, portugueses o alemanes. En la medida en que no sea percibido de esta forma, el propio debate se aleja de la ciudadanía y contribuye a dificultar la construcción de una identidad constitucional europea.

La reflexión sobre Constitución y Estado en la Unión Europea debe romper las líneas divisorias que artificialmente hemos establecido entre estatalidad y constitucionalidad atribuidas exclusivamente a los Estados miembros, por un lado, y europeidad atribuida exclusivamente a la Unión Europea. Debe partir de reconocer que la Unión Europea está dotada de estatalidad y constitucionalidad (aun en diferente proporción a los Estados miembros) y que la europeidad no es una condición atribuible sólo a la Unión Europea sino también a los Estados. En el debate constitucional europeo todos los términos deben ser puestos en juego sin excluir formulaciones que nos permitan conectar dialécticamente los distintos espacios que se han representado tradicionalmente como cerrados e incommunicables.

III. EL TRATADO DE LISBOA EN EL MARCO DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN

1. *La «desestructuración» del Derecho constitucional europeo*

Si hay algo que parecen no haber entendido los promotores del Tratado de Lisboa es justamente esta conexión entre estatalidad y constitucionalidad que obliga a la Unión Europea a articular de modo democrático su estatalidad mediante la profundización en su constitucionalidad. Sin embargo, esa incompreensión es más aparente que real porque el Tratado de Lisboa incorpora prácticamente todos los avances en materia de Derecho constitucional que estaban ya en el Tratado Constitucional. Supone, por tanto, un paso adelante importante en la construcción constitucional material de Europa.

Desde el punto de vista formal, sin embargo, el retroceso es importante. El intento de aproximación del Tratado Constitucional a procedimientos más cercanos a un modelo constitucional en la formulación de las normas fundamentales de la Unión, se ha visto claramente desautorizado por la forma en que se ha elaborado y aprobado el Tratado de Lisboa, a través de negociaciones entre los Estados y dejando a un lado completamente a la ciudadanía. El desplazamiento de la ciudadanía ha terminado por completarse en el proceso de ratificación,

ya que Irlanda ha sido el único Estado que ha sometido el Tratado de Lisboa a referéndum (con resultado negativo, además) (26).

El hecho de que el resultado de la consulta haya sido negativo en el único Estado que ha celebrado referéndum, no sólo pone en cuestión al Tratado de Lisboa sino, sobre todo, al procedimiento que la Unión Europea sigue para adoptar sus decisiones fundamentales. Los resultados de los procesos referendarios en Francia, Holanda e Irlanda nos muestran claramente que 500 millones de personas no pueden hacer depender su futuro de una decisión que, pese a ser totalmente democrática en su espacio nacional, se basa en una fragmentación antidemocrática del espacio público europeo (en este caso, si el Tratado no entra en vigor, menos del 1 por 100 habrá decidido por más del 99 por 100 de la población de la Unión Europea).

Esta fragmentación de la ciudadanía es también disfuncional desde el punto de vista de la construcción de Europa, lo que nos evidencia que lo primero sobre lo que tendría que reflexionar la Unión Europea es sobre la forma en que intenta adoptar sus decisiones fundamentales. Es en ese ámbito en el que cada vez resulta más necesario un marco constitucional que supere las fórmulas de Derecho Internacional basadas en la ratificación de Tratados por todos los Estados miembros (art. 48 TUE).

El temor a la ciudadanía del Tratado de Lisboa estaba obviamente relacionado con el fracaso del proceso de ratificación del Tratado Constitucional. No obstante, como se ha evidenciado con el propio proceso de ratificación del Tratado de Lisboa, el diagnóstico resultó equivocado porque no se basó en el análisis del problema real, que no era otro que la naturaleza del proceso de ratificación, sino en la crítica formal al texto objeto de ratificación. Por ese motivo, se planteó una solución inadecuada basada en la eliminación de los símbolos constitucionales y del término «Constitución». Si alguna lección podemos extraer del referéndum de Irlanda no es otra que la necesidad de poner en cuestión el proceso de ratificación seguido tanto para el Tratado Constitucional cuanto para el Tratado de Lisboa.

Hay que tener en cuenta que el proceso de ratificación del Tratado Constitucional no tuvo un carácter constitucional, mediante la apelación a la ciudadanía en un espacio público de decisión de alcance europeo. No se intentó aprobar formalmente una *Constitución*, de acuerdo con los procedimientos propios del Derecho constitucional, sino ratificar un *Tratado* de acuerdo con los procedimientos todavía vigentes del Derecho internacional. De ahí que el

(26) El 12 de junio de 2008, con un 53,4 por 100 de los votos en contra del Tratado de Lisboa frente al 46,6 por 100 a favor. La participación en el referéndum ha sido del 51 por 100.

fracaso del proceso de ratificación del Tratado Constitucional se explique por el mantenimiento de su parcial naturaleza de Tratado y la exigencia inherente a esa condición de una ratificación acorde con el artículo 48 TUE, que exigía que una decisión fundamental de alcance europeo se aprobara en los espacios nacionales por todos los Estados miembros, de acuerdo con sus propias normas internas (27). La absoluta falta de racionalidad de un procedimiento que fragmenta a la ciudadanía europea y hace posible que cualquier resultado negativo en cualquiera de los 27 Estados miembros pueda frenar radicalmente las reformas fundamentales que Europa necesita se puso de manifiesto con el resultado del referéndum francés.

Pese a este fracaso evidente de los procedimientos supranacionales de decisión, no se ha optado ahora por incorporar procedimientos constitucionales sino que se ha seguido al sistema de revisión de los Tratados tradicionalmente seguido en el proceso de integración (con un resultado igualmente problemático). Eso explica la enigmática frase que hemos tenido ocasión de mencionar anteriormente: «Se ha abandonado el concepto constitucional, que consistía en derogar todos los tratados vigentes y sustituirlos por un texto único denominado *Constitución*» (28). Como ya hemos indicado, en realidad no existía tal concepto constitucional porque derogar todos los tratados vigentes y sustituirlos por un texto único no nos da por resultado una Constitución sino otro Tratado (eso sí, único). La cualidad constitucional del Tratado Constitucional no tenía nada que ver con esa operación puramente formal, sino con su contenido material específica y parcialmente constitucional.

Suele ser habitual, en otro orden de cosas, que las Constituciones adquieran una formulación codificada e integradora de la mayor parte de la materia constitucional de un Estado. Esa pretensión sí la tenía el Tratado Constitucional pese a que gran parte de su contenido careciera de naturaleza constitucional. No va a ser ésa la situación con el Tratado de Lisboa, ya que el Derecho constitucional se ha «desestructurado», apareciendo ahora en distintos instrumentos normativos. Para que se entienda bien lo que supone el Tratado de Lisboa desde el punto de vista formal, baste señalar que la normativa fundamental de la Unión Europea estará dispersa ahora en dos Tratados (tres si contamos el propio Tratado de Lisboa), diversas Declaraciones y Protocolos y, sobre todo, en una Carta de Derechos Fundamentales que rompe cualquier esquema respecto de su formula-

(27) Cfr. a este respecto mi trabajo «La Constitución Europea: forma y contenido, ciudadanos y Estados en la construcción del sistema de fuentes de la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 64, UNED, número monográfico sobre el *Tratado Constitucional Europeo* (I), Madrid, 2005, págs. 121-141.

(28) *Vid. supra*, nota 8.

ción jurídica, ya que no está en los Tratados, pero tendrá el mismo valor que los Tratados (29).

No hemos ganado, por tanto, en racionalización del Derecho fundamental de la Unión Europea que, en relación con el intento codificador del Tratado Constitucional, pasará a estar disperso sin que se hayan explicitado los motivos para esa operación. Por otro lado, pese a las pretensiones iniciales de un Tratado más corto o simplificado, los nuevos Tratados reformados no son más cortos que el Tratado Constitucional, ya que sumando los artículos del TUE y del TFUE más los de la Carta de Derechos (que tendrá el mismo valor que los Tratados) se supera el número de artículos del Tratado Constitucional (30). Tampoco hemos ganado, por tanto, en simplicidad.

Por otro lado, no puede afirmarse seriamente que haya una diferencia sustancial de naturaleza constitucional entre el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ya que el Derecho fundamental de la Unión Europea se incorpora, en diversa medida, a ambos Tratados (y a la Carta de Derechos Fundamentales). En realidad, respecto del Tratado Constitucional hemos perdido en ordenación sistemática de las normas fundamentales, lo que es lo mismo que decir en racionalidad jurídica y en transparencia y capacidad para que la ciudadanía pueda conocer el ordenamiento jurídico europeo (31).

Estas cuestiones formales de desestructuración del Derecho fundamental europeo alcanzan una mayor gravedad en el siguiente nivel normativo. La valoración que podemos hacer de la eliminación de los términos «Ley» y «Ley marco» tiene menor alcance simbólico, pero mayor envergadura sustancial que la eliminación del término «Constitución» o la dispersión del contenido constitucional en diversos textos jurídicos. El Tratado de Lisboa no sólo no ha resuel-

(29) La Carta (en la versión incorporada al Tratado Constitucional) fue aprobada por el Parlamento Europeo el 29 de noviembre de 2007 y firmada el 12 de diciembre por los Presidentes del Parlamento, la Comisión y el Consejo, publicándose el 14 de diciembre de 2007 en el DOUE. El artículo 6 TUE, texto consolidado, dice lo siguiente: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». La versión final de la Carta publicada en el DOUE se puede encontrar en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:ES:PDF>.

(30) Si bien el Tratado Constitucional tenía 448 artículos, el TFUE tendrá 358, a los que hay que sumar los 55 del TUE y los 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: en total 467 artículos, 19 más que el Tratado Constitucional.

(31) Cfr. a este respecto P. HÄBERLE, «El Tratado de Reforma de Lisboa (2007)», en prensa, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 9, enero-junio de 2008, versión electrónica en <http://www.ugr.es/~redce/>.

to los problemas que planteaba el Tratado Constitucional (32) en el intento de diferenciación entre el nivel legislativo y el reglamentario del sistema jurídico europeo, sino que los ha empeorado considerablemente al introducir un nivel notable de confusión terminológica.

Hay que tener en cuenta que uno de los elementos esenciales de todo sistema de fuentes bien ordenado es que las categorías o tipos normativos (ley, reglamento) sirven para diferenciar el régimen jurídico de los actos y para facilitar su aplicación por juristas y ciudadanía. Una ley es formalmente distinta de un reglamento y esa diferencia formal hace posible que el sistema jurídico funcione de una manera racional, proporcionando seguridad jurídica a los destinatarios de las normas. El Tratado de Lisboa ha sustituido la diferenciación entre ley y reglamento por la distinción entre actos legislativos y no legislativos. Ahora bien, los reglamentos, las directivas y las decisiones pueden ser tanto actos legislativos como actos no legislativos. Por ese motivo, en la medida en que el Tratado de Lisboa no asigna esos actos diferentes (legislativos y no legislativos) a fuentes distintas, diferenciando así entre categorías normativas (como hacía el Tratado Constitucional al diferenciar entre ley y reglamento), introduce una innecesaria complicación en el sistema y limita el avance que suponía el Tratado Constitucional desde el punto de vista de su racionalización.

La operación de desestructuración del Derecho constitucional europeo contenido previamente en el Tratado Constitucional es un reflejo más del miedo a la constitucionalidad de la Unión Europea que se ha expresado de manera tan notable a través del Tratado de Lisboa. Sus resultados no son positivos para nadie, como se ha intentado evidenciar aquí. No ha contribuido a simplificar, racionalizar o facilitar la aplicación del Derecho fundamental europeo, sino todo lo contrario. No encuentra explicación racional alguna, sino tan sólo las motivaciones psicológicas de un Tratado de Lisboa que balbucea los temores de Europa ante su propio futuro.

2. *El Tratado de Lisboa en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales de dimensión europea*

Pese a su repudio formal de los símbolos constitucionales, el Tratado de Lisboa reformulará y desarrollará, a partir de su entrada en vigor, el Derecho

(32) Sobre los que me remito a mi trabajo «El sistema de fuentes en la Constitución Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, julio-diciembre de 2004, págs. 61-79. Versión electrónica en <http://www.ugr.es/~redce/>.

constitucional europeo (33). El nuevo TUE comenzará a desplegar su eficacia en lo que se refiere a la europeización de los contralímites, por ejemplo (34), y los jueces tendrán que comenzar a plantearse por el alcance de la cláusula de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales contenida en el artículo 51.1 de la Carta (35). La constitucionalidad de la Unión Europea comenzará su interacción dialéctica con la de los Estados miembros, contribuyendo al desarrollo del Derecho constitucional europeo en sentido amplio, el Derecho constitucional de los diversos espacios constitucionales (europeo, estatal, territorial) en Europa (36).

El nuevo Derecho fundamental de la Unión Europea se integrará, por tanto, dentro de una constitucionalidad plural, con diversidad de espacios constitucionales. En última instancia, el Tratado de Lisboa contribuirá a romper la percepción habitual de separación del ordenamiento europeo y el ordenamiento interno de cada Estado miembro. El alto grado de dependencia que se genera entre los diversos espacios constitucionales en Europa se incrementará con el Tratado de Lisboa, de tal manera que cada vez será más real que no podamos ver los sistemas constitucionales de los Estados miembros en perspectiva exclusivamente «nacional» ni tampoco el sistema jurídico de la Unión Europea en perspectiva exclusivamente «europea» como si se tratara de esferas separadas.

La interacción entre ambos ordenamientos generará desarrollos constitucionales tanto en el ordenamiento europeo como en los ordenamientos de los Estados miembros. De ese modo, como indica el profesor Häberle, será la in-

(33) Cfr., en ese sentido, P. HÄBERLE, «El Tratado de Reforma de Lisboa (2007)», cit., para quien el Tratado de Lisboa marca un nuevo anillo de crecimiento constitucional, a pesar de sus deficiencias.

(34) Artículo 4.2 TUE (texto consolidado): «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

(35) «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.»

(36) Cfr. Francisco BALAGUER CALLEJÓN (coord.), Gregorio CÁMARA VILLAR, Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, María Luisa BALAGUER CALLEJÓN y José Antonio MONTILLA MARTOS, *Manual de Derecho Constitucional*, cit., vol. I, págs. 190 y sigs.

teracción entre ambos órdenes la que determine la Constitución real de cada Estado miembro que es en parte europea y en parte interna (37).

Un papel fundamental en este proceso dialéctico le corresponde a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Pese a las limitaciones políticas del espacio público europeo, la Carta contribuirá al ensanchamiento de un espacio jurídico ciudadano a nivel europeo, de un ámbito de discusión sobre las políticas públicas europeas y de un poderoso instrumento de interpretación abierta del Derecho constitucional europeo (38). El debate constitucional europeo pasará de lo teórico a lo concreto y se verá impulsado por el potencial conflictivo inherente al ejercicio de los derechos ciudadanos.

No debe extrañarnos, por tanto, que la Carta haya recibido los peores ataques de los sectores euroescépticos en el proceso de elaboración del Tratado de Lisboa. Su desplazamiento a una especie de «limbo» jurídico en el que finalmente recibirá el mismo valor que los Tratados a partir de la remisión operada por el artículo 6.1 TUE y el Protocolo sobre su aplicación al Reino Unido y a Polonia son una buena muestra de las resistencias que ha despertado. Por más que las objeciones hayan quedado finalmente en nada (desde el punto de vista de la eficacia jurídica de la Carta) no se puede desconocer la profunda carga simbólica que hay detrás de estas operaciones.

En realidad, a través del Tratado de Lisboa los Estados euroescépticos han conseguido exactamente lo contrario de lo que pretendían: al exponer públicamente sus fantasmas ante la opinión pública europea nos han permitido conocer la verdadera naturaleza de sus temores. En la agónica batalla que han presentado nos han señalado el auténtico camino del proceso de integración. El rechazo a la Carta de los Derechos Fundamentales es, en ese sentido, paradigmático.

(37) Peter HÄBERLE, *¿Tienen España y Europa una Constitución?*, versión española de Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, con prólogo de Ángel LÓPEZ LÓPEZ, Sevilla, Fundación El Monte, 2004. Cfr., igualmente, P. HÄBERLE, «Europa –eine Verfassungsgemeinschaft?», en P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, págs. 84 y sigs. También, P. HÄBERLE, «Europa como comunidad constitucional en desarrollo», versión española de Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio de 2004, págs. 11-24, <http://www.ugr.es/~redce/>, y P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 5. Auflage, Baden-Baden-Zürich-St. Gallen, Nomos/Dike, 2008.

(38) P. HÄBERLE, «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten» (1975) y «Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß –ein Pluralismuskonzept» (1978), ahora en la recopilación del mismo autor, *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein-Ts., Athenäum, 1980, págs. 79 y 45, respectivamente. Existe versión española de Xabier ARZOZ, «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución», en la recopilación de P. HÄBERLE, *Retos actuales del Estado Constitucional*, Oñati, IVAP, 1996.

En la entrada en vigor de la Carta está el germen de la definitiva constitucionalización de la Unión Europea. La Carta establecerá un vínculo directo entre las instituciones europeas y la ciudadanía, reforzando la conformación de un *status* jurídico propio de la ciudadanía europea y contribuyendo a la configuración de una específica identidad constitucional europea.

3. *La ciudadanía europea en la integración de estatalidad y constitucionalidad*

La constitucionalidad es la única solución posible al déficit democrático estructural de la Unión Europea, que se deriva de la asimetría entre un ámbito de decisión europeo configurado mediante la concertación estatal y la inexistencia de una comunidad política europea superadora de la fragmentación de los espacios públicos nacionales. La estatalidad europea es, de momento, una mera prolongación de la nacional, de tal manera que los Estados miembros siguen siendo los agentes de esa estatalidad, sin que la ciudadanía haya prolongado sus cauces de expresión democrática hacia la esfera europea. Tenemos, por tanto, unos Estados que se han supranacionalizado frente a una ciudadanía que sigue operando en clave estrictamente nacional, generando así una profunda asimetría entre la *continuidad* de los Estados y la *discontinuidad* de la ciudadanía en el espacio europeo.

El Tratado Constitucional realizó una tímida apelación a las ciudadanía nacionales para proyectarlas hacia la esfera europea. Éste era uno más de los ingredientes de la constitucionalización formal de la Unión Europea. Sin embargo, la propia fragmentación de la ciudadanía condujo a una confusión de los espacios políticos en la que se atribuyeron al Tratado Constitucional todos los males de la Unión Europea, sin pensar que el Tratado era un intento de avanzar en la solución de muchos de ellos. El debate nacional se mezcló con el europeo y la discusión sobre el funcionamiento ordinario de la Unión con la controversia sobre las decisiones constitucionales básicas.

Superar la fragmentación de la ciudadanía europea es uno de los elementos fundamentales del proceso de construcción constitucional de Europa. Un proceso que será lento en el plano político pero que, como hemos indicado, se verá impulsado en el jurídico por la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales, verdadero núcleo constitucional de la Unión Europea. Superar la fragmentación de la ciudadanía supone romper la asimetría esencial que en el espacio europeo existe entre comunidad política y orden jurídico. Si el Estado puede seguir presentándose como el factor regulador de los elementos básicos de la ordenación de la vida ciudadana es porque la comunidad política estatal

sigue siendo el espacio público de referencia. En realidad, porque sólo el Estado define todavía una auténtica comunidad política.

El Tratado de Lisboa no sólo ha apartado a la ciudadanía de su proceso de elaboración y ratificación (teniendo en cuenta el único referéndum celebrado, el de Irlanda, y su resultado negativo) sino que ha eliminado la referencia a la ciudadanía que se incorporó al Tratado Constitucional, como una de sus fuentes de legitimación (39). Sin embargo, como en otros muchos aspectos, el *desaire* ha sido gratuito ya que el contenido constitucional incorporado al Tratado de Lisboa contribuirá a desarrollar una ciudadanía europea con identidad propia capaz de articular la constitucionalidad que la Unión Europea requiere en relación con el grado de desarrollo de su poder político, de su estatalidad.

CONCLUSIONES

El Tratado de Lisboa ha expresado, quizás en mayor medida que ningún otro texto fundamental de la Unión Europea, el temor de los euroescépticos al reforzamiento de la estatalidad de la Unión Europea. El recelo ante una posible evolución en clave estatal de la Unión Europea se ha manifestado en el Tratado de Lisboa a través de fórmulas rituales expresadas de forma reiterada, así como mediante la «desestructuración» y el ocultamiento del Derecho constitucional europeo. Esta específica orientación del rechazo a la estatalidad a través de la difuminación de la constitucionalidad no deja de ser significativa. En gran medida se debe a la atribución al Derecho constitucional de una cualidad performativa de lo estatal. Sin embargo, como se ha intentado razonar en este trabajo, precisamente porque la estatalidad europea existe es por lo que resulta absolutamente necesaria la constitucionalidad, como única solución posible al déficit democrático estructural de la Unión Europea.

El planteamiento de la relación entre estatalidad y constitucionalidad en Europa parte de una metodología equivocada cuando se atribuye íntegramente a los Estados miembros la cualidad estatal que se niega totalmente a la Unión Europea. Esta asignación de estatalidad se realiza siempre sobre la base de un desfase histórico entre la Unión Europea del siglo XXI y el Estado nacional del siglo XIX, que se utiliza como instrumento de comparación. Se olvida que los Estados miembros ya no son «Estado» al modo en que lo eran hacen cincuenta años y que la Unión Europea es «Estado» (aunque no sea todavía «un Estado»)

(39) El artículo 1.1. decía: «La presente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común, crea la Unión Europea...».

en lo que los Estados miembros han dejado de serlo, precisamente por haber asumido el poder estatal que éstos le han transferido. Por ese motivo, el Derecho constitucional no aporta «más Estado» a la Unión Europea sino que aporta «más democracia» a lo que la Unión Europea ya tiene de «Estado». El Derecho constitucional no genera más estatalidad, sino que convierte en democrática a la existente.

En realidad, la estatalidad de la Unión Europea se ha construido en gran medida al margen del Derecho constitucional porque el modelo europeo se ha formulado históricamente como una respuesta de los Estados frente a los procesos de democratización y de globalización. En sus primeros cincuenta años de existencia, el proceso de integración ha sido funcional a los Estados porque les ha permitido dar respuesta a la pérdida de capacidad de acción política que estaban experimentando tanto en el plano interno como en el externo.

Por un lado, los Estados desplazarán a la esfera supranacional —que controlan por medio de la concertación entre ellos— decisiones que no se verán sometidas al debate en el espacio público interno y que, en última instancia, a partir del principio de primacía, pretenden implantarse incluso por encima del marco constitucional. Se relativizan así los límites políticos y jurídicos propios de la democracia constitucional, gracias a la asimetría entre la *continuidad* de los Estados y la *discontinuidad* de la ciudadanía en el espacio europeo, que constituye la clave del modelo europeo vigente. Por otro lado, al decidir conjuntamente con otros Estados en el marco supranacional europeo, los Estados miembros tendrán más capacidad de control sobre un proceso de globalización al que difícilmente pueden enfrentarse aisladamente.

El agotamiento de ese modelo, como consecuencia de la ampliación a veintisiete Estados miembros, con la consiguiente pérdida de homogeneidad y de capacidad de concertación entre los Estados, y debido a la aceleración progresiva del proceso de globalización, sitúa en primer plano la necesidad de construir un espacio constitucional de decisión basado en una comunidad política articulada en torno a la ciudadanía europea. Sólo por esa vía se podrá hacer frente, mediante procedimientos constitucionales y democráticos, al inevitable reforzamiento futuro de la estatalidad de la Unión Europea que se deriva del desarrollo interno del proceso de integración y del contexto mundial sobre el que opera.

El Tratado de Lisboa ha supuesto un avance importante en la dirección de un cambio de modelo en Europa. Al incorporar lo que el Tratado Constitucional tenía de Derecho constitucional y, de manera especial, la Carta de Derechos Fundamentales, dará un impulso definitivo al proceso de constitucionalización. Sin embargo, tampoco podemos desconocer que ha operado una minuciosa labor de «desestructuración» del Derecho constitucional europeo que no puede valorarse positivamente. El Tratado «simplificado» o «minitratado» ha dado lugar

a unas normas fundamentales de la Unión con más artículos que los del Tratado Constitucional, más dispersas, menos ordenadas y con mayores deficiencias desde el punto de vista de la técnica jurídica (valga como ejemplo la conversión de las leyes europeas en actos legislativos). Hemos perdido en articulación sistemática de las normas fundamentales, lo que es lo mismo que decir en racionalidad jurídica y en transparencia y capacidad para que la ciudadanía pueda conocer el ordenamiento jurídico europeo.

Ahora bien, pese a la desestructuración del Derecho constitucional europeo y al repudio formal de los símbolos constitucionales (claramente desautorizado por el referéndum de Irlanda), el Tratado de Lisboa reformulará y desarrollará, a partir de su entrada en vigor, el Derecho constitucional europeo, incorporando casi íntegramente el contenido del Tratado Constitucional. La constitucionalidad de la Unión Europea comenzará su interacción dialéctica con la de los Estados miembros, contribuyendo al desarrollo del Derecho constitucional europeo en sentido amplio, el Derecho constitucional de los diversos espacios constitucionales (europeo, estatal, territorial) en Europa. Resultará más evidente, a partir de ahora, que debatir sobre la Constitución europea es, en realidad, debatir sobre una parte de nuestro Derecho constitucional.

Un papel fundamental en este proceso dialéctico le corresponde a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Pese a las limitaciones políticas del espacio público europeo, la Carta contribuirá al ensanchamiento de un espacio jurídico ciudadano a nivel europeo. En la entrada en vigor de la Carta está el germen de la definitiva constitucionalización de la Unión Europea. La Carta establecerá un vínculo directo entre las instituciones europeas y la ciudadanía, reforzando la conformación de un *status* jurídico propio de la ciudadanía europea y contribuyendo a la configuración de una específica identidad constitucional europea.

RESUMEN

En este trabajo se analiza el Tratado de Lisboa en el contexto del proceso de integración y de constitucionalización de Europa. Se critica el rechazo de los euroescépticos a la estatalidad de la Unión Europea, manifestado en el proceso de elaboración del Tratado de Lisboa mediante el intento de «desestructurar» y ocultar el Derecho constitucional europeo. Se analiza el modelo de integración europea en sus primeros cincuenta años, basado en una asimetría entre la continuidad de los Estados, esto es, del poder estatal, en cada espacio nacional y en el espacio europeo, frente a la discontinuidad de la ciudadanía, fragmentada y limitada al espacio nacional. Se cuestiona la idea de que la Unión Europea no es «Estado» en el sentido de que, si bien no es «un Estado», está dotada de cualidad estatal derivada del ejercicio de competencias antes desarrolladas por los Estados. Se cuestiona

también la idea de que el Derecho constitucional tenga una condición performativa de estatalidad. Por el contrario, lo que el Derecho constitucional aporta a la Unión Europea no es *estatalidad* sino *democracia*, no es «más Estado» sino Estado «más democrático». En congruencia con esa idea se constata el agotamiento del modelo de integración propio de los primeros cincuenta años y la necesidad de orientarse hacia una ruptura de la discontinuidad de la ciudadanía, hacia la construcción de un espacio constitucional de decisión en la Unión Europea en el que la ciudadanía no esté fragmentada. Desde esta perspectiva, a pesar de que el Tratado de Lisboa supone un claro retroceso en relación con el Tratado Constitucional, se destaca la incorporación de un contenido sustancialmente constitucional al Derecho europeo que supone. Muy especialmente, se pone el acento en la importancia de la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a efectos de contribuir al desarrollo de una auténtica comunidad política europea.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea. Derecho constitucional europeo. Integración europea. Tratado Constitucional. Constitución europea. Tratado de Lisboa.

ABSTRACT

This article analyses the Lisbon Treaty in the context of EU integration and constitutionalisation. The author criticises the Euro-sceptics' rejection of State-like characteristics in the European Union, manifested in the way the Lisbon Treaty was drawn up in an attempt to «destructure» and disguise European constitutional law. His article analyses the model of European integration over the EU's first fifty years, based on an asymmetry between the continuity of States, ie, State power, in each national space and in the European space, vis-a-vis the discontinuity of citizenship, fragmented and limited to the national space. The article questions the idea that the European Union is not a «State» in the sense that, although it is not «a State», it is endowed with Statelike characteristics in that it exercises powers that States used to exercise. It also casts doubt on the idea that constitutional law has a performative condition of statehood. On the contrary, what constitutional law contributes to the European Union is not *statehood* but *democracy*. It is not about it being «more State» but «more democratic State». In line with this idea, it traces the exhaustion of the integration model established in the first fifty years and shows the need to orient a new model towards rupturing the citizenship discontinuity, towards the construction of a constitutional decision-making space in the European Union in which its member citizens are not fragmented. From this perspective, despite the fact that the Lisbon Treaty is a clear step backwards after the Constitutional Treaty, it makes a substantial contribution to the incorporation of constitutional content into European law. Very specifically, it places the accent on the importance of the EU Charter of Fundamental Rights coming into force in order to help to develop a genuine European political community.

KEY WORDS: European Union. European constitutional law. European integration. Constitutional Treaty. European constitution. Lisbon Treaty.