

JOHN ERIK FOSSUM y AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ: *En busca de una teoría constitucional para la UE: The Constitution's Gift*, Rowman and Littlefield Publishers, 2010, 314 págs.

Una de las derivaciones más interesantes del proceso de integración europeo es, creo, el desconcierto conceptual que ha generado en los campos de la teoría jurídica y política. Recibido con entusiasmo por algunos, por otros con pesadumbre, no parece haber ya discusión acerca de que la Unión Europea ha obligado a repensar algunos de los conceptos más básicos con los que hasta ahora venían articulándose los discursos sobre la alta política y el derecho público. David Held (1995: 112-113), por ejemplo, se detenía en el concepto de «soberanía»: *«dentro de la Unión la soberanía está ahora claramente dividida: cualquier concepción de la soberanía que asuma que es una forma indivisible, ilimitada, exclusiva y perpetua de poder público —incardinada en un Estado individual— ya no resulta válida»*. Con razón o sin ella, se ha repetido con frecuencia que los viejos términos, o al menos sus viejas acepciones, han devenido obsoletos.

Cuando el grupo de investigación «RECON», al que nuestros autores pertenecen, comienza su andadura allá por el año 2007 (1), aparece de manera explícita la voluntad de repensar conceptos como éste de soberanía, democracia, o tantos otros (véase Eriksen y Fossum, 2007). Para entonces, algunos de los más importantes pensadores contemporáneos ya se han embarcado en esta tarea y, así, entre otros, Habermas (2001), McCormick (2005) o Weiler (1999) —por citar unos pocos ejemplos— han dado comienzo a un proceso de redefinición conceptual, auscultando cómo se articulan o cómo deberían articularse los términos de nuestro viejo idioma político para formar frases con las que definir una realidad inédita.

El trabajo de Fossum y Menéndez es la última y más novedosa de esta serie de piezas fundamentales del que es, pues, uno de los grandes objetos de reflexión de nuestro tiempo. Un análisis cuya columna vertebral es la más actual teoría jurídico-constitucional, pero que haciéndose eco de lo que resulta ser una afortunada característica de la época actual, la interdisciplinariedad, se apoya en hechos empíricos y en consideraciones politológicas y sociológicas.

«The Constitution's Gift» es una aproximación afortunada y valiente a una problemática de hondísima complejidad. En las siguientes líneas trataré de resumir su contenido y esbozar una discusión acerca de algunos de sus

(1) Si bien, recogiendo la herencia de otro proyecto anterior, «CIDEL», concluido en 2005.

extremos. Por razones de claridad en la exposición, y para evitar inducir a confusiones entre una y otra cuestión, me detendré primero en la descripción (I) y sólo después en la valoración (II) de su contenido, para ofrecer finalmente unas últimas reflexiones a modo de conclusión (III).

Mi apreciación sobre la obra, la cual trato de plasmar en esta reseña, es en cierta medida fruto de la discusión que sus autores, generosamente, han accedido a mantener conmigo, y que no puedo más que agradecer con toda sinceridad. Aún, en esta reseña informaré al lector de aquellos aspectos de la teoría contenida en «The Constitution's Gift» respecto de los cuales albergue todavía ciertas dudas. Huelga decir que el conjunto de este texto y, en particular, lo afortunado o desafortunado de dichas críticas, es de mi entera y exclusiva responsabilidad.

I. UNA PROPUESTA TEÓRICA: EL CONSTITUCIONALISMO SINTÉTICO

La monografía se estructura como sigue: tras dos primeros capítulos en donde se exponen los aspectos teóricos fundamentales, nos encontramos con cuatro capítulos en los que éstos se aplican a fenómenos jurídicos-políticos empíricos: la construcción de Europa y algunos de sus episodios centrales —aunque también la historia constitucional canadiense— son explicados a la luz de la «teoría de síntesis constitucional»; en un último capítulo, la obra concluye con unas conclusiones finales. Dado lo necesariamente sucinto de esta recensión, nos centraremos en este apartado en los dos primeros capítulos, la parte estrictamente teórica —que es, creo, la aportación central de la obra—, mencionando los demás de manera sólo incidental.

En el primer capítulo Fossum y Menéndez hacen lo que, a mi juicio, supone una de las más importantes contribuciones de su trabajo: la definición de un amplio juego de categorías que permiten arrojar algo de luz sobre el confuso debate acerca de la «constitucionalidad» de la Unión Europea. Distinguen, en primer lugar, entre constitucionalismo en sentido formal —como norma con determinados atributos—, en sentido material —conjuntos de prácticas sociales fundamentales positivizadas como normas jurídicas— y en sentido normativo —conjunto de normas que cumplen unos ciertos requisitos de legitimidad—. De otro lado, diferencian entre tres tipos de dinámicas «constitucionales»: «*constitution-making*» entendido como proceso de normación constitucional explícito, «constitucionalismo transformativo» como procesos tácitos y evolutivos por los cuales ciertas normas devienen constitucionales, y constitucionalización simple, entendida esta última como el desarrollo ordinario de la constitución por los poderes constituidos. A pro-

pósito de las combinaciones de estos conceptos, por último, establecen las nociones de procesos constituyentes «revolucionarios» y «evolutivos» que, simplificando, corresponderían con los arquetipos de las tradiciones constitucionales francesa y británica, par que se completa con la noción de «constitucionalismo sintético», con la que tratan de describir el proceso de integración europeo y de la que hablaremos más adelante (2). Como puede el lector adivinar, la sola definición de estos conceptos, convenientemente tenida en cuenta, conlleva de por sí la posibilidad de esclarecer algunos de los enormemente oscuros debates acerca de la naturaleza constitucional de la Unión.

Presentados los elementos fundamentales de su andamiaje conceptual, y a través de esta sutil delimitación conceptual, en el segundo capítulo se expone con detenimiento su apuesta teórica para comprender la integración europea —aunque no sólo la integración europea—, la «teoría de la síntesis constitucional». Con ella, los autores se refieren a «*a process in which already established constitutional states integrate through constitutional law*», y ponen en el centro del proceso de integración el derecho constitucional de los Estados miembros. Las constituciones de los diferentes Estados actuarían como «*common constitutional law*» de la Unión, entendido como un ideal regulatorio implícito en la construcción de la Unión Europea. Así, las constituciones nacionales serían puestas en un «campo» constitucional común, siendo fundamental a estos efectos el «mandato» para integrarse incorporado en las constituciones de posguerra.

La síntesis constitucional comienza con un «momento constitucional sintético» en el que «*the democratic legitimacy of this foundation without democratic constitutional politics is ensured by transferring the collective of national constitutions to the supranacional constitution*». Iniciado en estos términos el proceso de síntesis constitucional, comienzan a partir de este momento dos dinámicas: de una parte, el proceso de síntesis normativa, tendente a la homogeneización, en el que se iría aceptando la naturaleza constitucional de la Unión —«constitucionalización transformativa»— y se irían destilando en forma de normas explícitas el «derecho constitucional común» implícito —«constitucionalización simple»—. De otra parte, un proceso de consolidación y desarrollo institucional con cierta tendencia al pluralismo, basado en la réplica de instituciones nacionales, su adaptación al contexto supranacional y la experimentación con fórmulas institucionales propias.

(2) Definidos en estos términos, la profundidad de los conceptos se ve inevitablemente empobrecida. Por motivos de espacio, sin embargo, no podemos detenernos más en ellos, sólo restándonos remitir al lector a la propia obra.

Simplificando, la «síntesis constitucional» puede ser comprendida como el proceso por el cual las constituciones nacionales fundamentan y orientan el desarrollo del constitucionalismo de la integración europea, a partir de unos presupuestos legitimadores diferentes, derivados, principalmente, de la legitimidad proveniente de manera indirecta de las constituciones nacionales y del «mandato para integrarse» incluido en ellas.

Globalmente, la teoría del constitucionalismo sintético ofrece una interesante lectura sobre la Unión Europea. En tanto que comunidad política, la Unión Europea ha alcanzado un desarrollo constitucional desigual, que alcanza algunas dimensiones de la integración, pero resulta insuficiente en algunas otras; en este sentido, es de agradecer la valentía de la obra para criticar sin subterfugios a determinados aspectos del proyecto europeo, o para hacer explícitas sus debilidades normativas donde éstas son detectadas. Aun así, la teoría del constitucionalismo sintético ofrece a la Unión —a mi juicio— una cierta esperanza, una forma de constitucionalismo con la que la esencia del proyecto puede aún ser compatible. Es precisamente sobre esta última idea sobre la que, creo, merece la pena discutir, aunque para ello haré de dar primero un breve rodeo.

II. ELEMENTOS PARA EL DEBATE

Atractiva y arriesgada, pueden plantearse pese a todo algunas objeciones a la teoría del constitucionalismo sintético. En este caso me limitaré a tres, referidas a tres aspectos importantes de la obra, a cuya exposición ordenada procedo a continuación, teniendo en cuenta que mi intención no es tanto plantear críticas cerradas —pues, en realidad, no es mi opinión sobre la obra lo que resultará de interés al lector— como algunos elementos desde los que plantear un principio de debate.

— Comencemos por su delimitación conceptual (detallada en el primer capítulo). Es cierto que sus conceptos constituyen un excepcional instrumental analítico, pero precisamente por ello, creo, conllevan un riesgo; al hacer del «constitucionalismo» algo tan diseccionable, matizable, mensurable, empieza a resultar excesivamente fácil calificar a un fenómeno de «constitucional» —ya que tal o cual fenómeno, comportamiento o episodio puede ser mucho, bastante o algo constitucional, en tal o cual dimensión o aspecto—, perdiéndose así de vista cualquier acepción unitaria, homogénea y convencionalmente aceptada del adjetivo «constitucional». Aun así, y sin perder de vista este problema, es preciso subrayar que subyace a esta operación una intención loable —precisamente, la de poner un poco de orden en

el debate sobre «constitucionalismo» en la Unión— y que, además, se han obtenido unos buenos resultados en relación a tal objetivo.

— En segundo lugar, puede plantear dudas el enfoque «interpretativo» desde el que parte la obra, alejado de la dicotomía entre teoría prescriptiva y teoría positiva que, por ser de contornos más nítidos, se presta a menos ambigüedades. ¿Cómo de ambiciosa es la relación de esta «teoría interpretativa» con lo empírico, no tanto por lo que se dice de ella, como por lo que se hace con ella? ¿Para qué tipo de conclusiones, de «hallazgos», es apto dicho enfoque, y para cuáles no? Para responder a estas preguntas, creo, lo mejor es dejar sentadas algunas cuestiones. De momento, que la metodología de la obra no es apta para «falsar» en sentido estricto ningún tipo de hipótesis ni testar, por tanto, la capacidad explicativa de una teoría positiva: los autores, creo, son conscientes y, así, el enfoque «hermenéutico» se escoge de manera deliberada, justificada y explícita. En el primer capítulo, y recurriendo a la autoridad de Dworkin (3), hacen ya una advertencia y explican su intención de construir una teoría interpretativa o hermenéutica: «*we are thus concerned with purposes, and not with empirical causalities or intentions*»; esta aclaración es particularmente adecuada, dado que, pese a que la obra dedica cuatro capítulos a pasearse por escenarios fácticos, tal exploración no reúne a mi juicio el componente de exhaustividad y sistematicidad en la exploración de un objeto de estudio que es exigible a las Ciencias Sociales empíricas; en caso de tener tal pretensión, podría haberse acusado fácilmente a la obra de «cherry-picking»; en la medida en que la obra no tiene tal pretensión, la inclusión de datos empíricos puede leerse como una aportación positiva. Pero el corolario de ello es entonces que la «teoría interpretativa» no es ni más ni menos que esto: una interpretación de la realidad, una «reconstrucción», cuyos criterios constitutivos se encuentran sobre todo en el juicio de los intérpretes; lo cual, de por sí, no es bueno ni malo, sino que sencillamente plantea unas exigencias que se imponen tanto a los propios autores como a quien quiera discutir *con* o *desde* su teoría. Sólo atendiendo severamente a estas consideraciones puede, creo, extraerse lo mejor del enfoque hermenéutico propuesto y el relato al que da lugar.

(3) «*An interpretation is by nature the report of a purpose; it proposes a way of seeing what is interpreted (...) as if they were the product of a decision to pursue one set of themes or visions or purposes, one "point" rather than another. This structure is required of an interpretation even when the material to be interpreted is a social practice, even when there is no historical author whose historical mind can be plumbed*», DWORKIN, *Law's Empire*, apud FOSSUM y MENÉNDEZ (2011). El lector podría estar interesado en saber que existe traducción española de la citada obra de Dworkin en Gedisa (DWORKIN, 1988).

— En tercer lugar, creo, pueden ahora discutirse algunos de los elementos «teóricos» centrales de la obra partiendo, de una parte, de la cuestión de las posibilidades y limitaciones que derivan del enfoque y la metodología escogidos y, de otra parte, a la luz de la apreciación que en términos también «interpretativos», o incluso normativos, le merezca a cada cual la lectura que hacen los autores. Ilustremos la cuestión con un par de ejemplos, referidos a conceptos respecto de los cuales no puedo dejar de explicitar mis reservas, y que son sin embargo pilares centrales de la «teoría del constitucionalismo sintético».

Me detendré, primero, en el concepto de «*common constitutional law*». La idea de que la naturaleza constitucional subyacente de la Unión Europea esté constituida en realidad por un «derecho constitucional común» resulta, sin duda, sugerente, pero es cuestionable a diferentes respectos; tal vez para dar solidez a una aseveración de tan enorme alcance hubiera sido necesario un enfoque de otro tipo, pero el enfoque «hermenéutico» es, creo, tan útil para enunciar tal «ideal» y analizar en profundidad sus implicaciones, como incapaz de mostrar su —eventual— existencia real, en la medida de lo dicho en el punto anterior, a lo cual su caracterización como ideal «implícito» añade aún más dificultades. Más allá, incluso, lo cierto es que la idea del «derecho constitucional común» sí que aparece explícitamente, tal como la obra reconoce, en el derecho europeo, en la forma de las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros», con la salvedad de que no se le da la preeminencia, la exclusividad ni el alcance político-normativo con que la trata la obra. Así pues, y sin precipitaciones, creo que sería de enorme interés una mayor reflexión sobre esta cuestión y, a su través, por sus implicaciones, una reflexión sobre el conjunto de la obra.

Algo parecido parece ocurrir con otra cuestión central, el «mandato para integrarse». Creo que es legítimo plantear si dicho mandato no es «interpretado» con excesiva amplitud. Y ello, en relación con dos cuestiones; primero con el hecho de que algunas constituciones nacionales ni siquiera incluyen tal mandato, al menos de manera explícita, incluyéndolo otras con posterioridad a la integración de su Estado en la Unión; y segundo, y con independencia de lo anterior, a la cuestión de la suficiencia de dicho mandato para cumplir la amplia función legitimadora que la teoría del constitucionalismo sintético le reserva en tanto que fundamento normativo de la integración.

III. CONCLUSIONES

Decíamos algunas líneas más arriba que «la teoría del constitucionalismo sintético ofrece a la Unión una cierta esperanza, una forma de constituciona-

lismo con la que la esencia del proyecto puede aún ser compatible», y que era sobre esta cuestión sobre la que habría que discutir. Una obligadamente breve discusión sobre esta forma de constitucionalismo y su suficiencia ha sido esbozada en el apartado anterior. Para acabar, más que en el contenido de la teoría en sí, quisiera reflexionar sobre su oportunidad; no tanto discutir *qué* se propone, sino *para qué* se propone.

Además de su generosa oferta conceptual, de enorme versatilidad en aras de esclarecer en cierta medida el debate teórico acerca de la naturaleza constitucional de la Unión, la principal virtud de la teoría del constitucionalismo sintético es, me parece, la siguiente: se trata de una propuesta teórica capaz de proveer una respuesta admisible al problema de las relaciones entre el derecho de la Unión y los derechos constitucionales de los Estados miembros, problema jurídico al cual subyace, como se sabe, un enjundioso problema teórico-político. Atisbo sin embargo, y ahora el juicio de intenciones es mío, un intento esforzado por salvar el rompecabezas teórico derivado del acoplamiento entre ordenamientos nacionales y europeo, por la vía de afirmar que, dado que uno y otro están hechos del mismo material —un «*common constitutional law*»— cualquier contradicción es fruto, todo lo más, de una mala praxis y de una desviación respecto al «ideal implícito».

El problema es, en realidad, si este ideal implícito existe realmente, en particular con semejante pretensión de exclusividad, más allá de la lectura que hacen Fossum y Menéndez de la historia de la Unión. Esto es, si de verdad la Unión Europea admite ser caracterizada como plasmación de un «*common constitutional law*», al menos en la generosa medida en que la obra lo necesita para sostener su teoría, si es esto de verdad lo que nos sugiere su historia, su evolución, el comportamiento de los actores.

En caso de quitar la razón a Fossum y Menéndez, es cierto, nos encontraríamos con una dificultad: no es tan sencillo hacer coherentes desde una perspectiva teórica los ordenamientos internos y europeo sin hacerlo al coste de pagar un alto precio en términos de legitimidad. Pero también puede ocurrir que tal vez, sencillamente *ya* estemos pagando ese precio. Tal vez pueda ocurrir que, mal que nos pese, y dada la actual configuración del proyecto de integración, sencillamente no sea posible encontrar una manera de articular de forma coherente uno y otro ordenamiento satisfaciendo los estándares de legitimidad del constitucionalismo democrático —y no unos más laxos— y, entonces, en lugar de reconstruir la teoría o reinterpretar el proceso, haya que pensar, al fin, en cómo transformarlo.

La «teoría del constitucionalismo sintético» ha tenido la virtud de poner estas cuestiones de nuevo sobre la mesa. Sería deseable, pues, que en el futuro sus autores profundizaran en la misma, desarrollaran sus aspectos más

virtuosos y no dudaran en pulir sus extremos más cuestionables, sin olvidar que parten para ello de un acierto fundamental: que aquello sobre lo que hablan es, precisamente, aquello sobre lo que hay que hablar.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- DWORKIN, Ronald (1988): *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona.
- ERIKSEN, Erik O. y FOSSUM, John Erik (2007): «Europe in Transformation. How to Reconstitute Democracy?», *RECON Online Working Papers 2007/01*. http://www.reconproject.eu/main.php/RECON_wp_0701.pdf?fileitem=5456091
- FOSSUM, John Erik y MENÉNDEZ, Agustín José (2011): *The Constitution's Gift: A Constitutional Theory for a Democratic European Union*, Plymouth, Rowman and Littlefield.
- HABERMAS, Jürgen (2001): «Why Europe Needs a Constitution?», *New Left Review*, 11.
- HELD, David (1995): *Democracy and the Global Order. From Modern State to Cosmopolitan Governance*, Oxford, Polity.
- MCCORMICK, Neil (2005): *Who's Afraid of a European Constitution?*, Imprint Academic.
- WEILER, J. H. H. (1999): *The Constitution of Europe. «Do the New Clothes have an Emperor?», And other Essays on European Integration*, Oxford, Oxford.

Pablo José Castillo Ortiz

Instituto de Políticas y Bienes Públicos, CSIC
(Becario JAE-PREDOC)