

ISSN 1889-8068



**redhes**

Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales

# Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales

Año VI No. 11 Enero-Junio 2014



Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí  
Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla  
Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes  
Educación para las Ciencias en Chiapas (ECICH)



## LA PARADOJA DEL TRATADO CONSTITUCIONAL EUROPEO: ENTRE LA PLANIFICACIÓN Y LA EVOLUCIÓN DE LA EUROPA COMUNITARIA<sup>1</sup>

Germano Schwartz<sup>2</sup>

Fernando Meinero<sup>3</sup>

**Resumen:** La tentativa de un Tratado Constitucional Europeo en el sistema del Derecho coloca en jaque dos de las más arraigadas instituciones jurídicas de Occidente: las Constituciones y los Tratados. La paradoja está vinculada a las condiciones de evolución y de planificación del sistema social global. Con ello, el presente artículo busca analizar el modo por el cual los dos modelos de diplomas legales pasaron a recibir un sentido diverso en función de la evolución citada. Analiza los dos institutos desde un ángulo relacionado con la posibilidad de planificación y de control de la evolución de determinada sociedad, en el caso específico de la Comunidad Europea, en tanto que el referéndum como la aprobación parlamentaria se mostraron ineficaces para comprender el sentido de una nueva conformación jurídica.

**Palabras clave:** Europa, tratado constitucional, paradoja, referendo.

**Abstract:** The tentative of a European Constitutional Treaty in the system of law puts in crisis two of the most established legal institutions of the West: the Constitutions and treaties. The paradox is linked to the conditions of evolution and planning of the global social system. Thus, the present paper analyzes the mode by which the two models became legal diplomas receive a different meaning, depending on the aforementioned trend. The paper analyzes the two institutes from an angle related to the possibility of planning and control of the evolution of a specific society, in this case on the European Community, in which the referendum and parliamentary approval were ineffective to understand the meaning of a new legal creation.

---

1 Artículo recibido: 10 de abril de 2014; aprobado: 12 de mayo de 2014.

2 Pos-Doctor en Derecho (University of Reading). Doctor en Derecho (Unisinus) con pasantía doctoral en Paris X - Nanterre. Profesor de la Maestría en Salud y Desarrollo Humano de Unilasalle. Correo-e: germano.schwartz@globo.com

3 Alumno de Doctorado del Programa de Posgrado en Derecho (UFRGS). Correo-e: fernando.meinero@fsg.br



**Keywords:** Europe, constitutional treaty, paradox, referendum.

## 1. Introducción

La introducción del intento de -a falta de una mejor denominación- un Tratado Constitucional Europeo en el sistema del Derecho coloca en jaque a dos de las más arraigadas instituciones jurídicas de Occidente: las Constituciones y los Tratados. Y esto es así porque ambas parten, desde el punto de vista de la doctrina tradicional, de presupuestos conceptuales diferenciados. La reunión semántica de las dos expresiones es, por lo tanto, a primera vista, una paradoja.

Esta paradoja está dada en la medida en que un cuestionamiento subsiste: ¿Cómo una Constitución puede intitularse Tratado o, por otro lado, cómo un Tratado puede ser entendido como una Constitución? La contradicción, aparentemente indisoluble, está ligada a las condiciones de evolución y de planificación del sistema social global, pues desde el momento que el sistema social evoluciona, sus subsistemas actúan de la misma forma. El Derecho no escapa a la regla.

En tal sentido, estas líneas pretenden analizar el modo por el cual los dos modelos de diplomas legales –ampliamente utilizados en la sociedad global– pasaron a recibir un sentido diverso en función de la co-evolución citada. Para tal fin, analizan los dos institutos desde un ángulo relacionado a la posibilidad de planificación y de control de la evolución de determinada sociedad, en este caso, de la Comunidad Europea.

De este modo, tanto el referéndum como la aprobación parlamentaria, se mostraron ineficaces frente a la necesidad de comprenderse el sentido de una nueva conformación jurídica como es el caso de la Comunidad Europea. Se trata de mecanismos existentes en la cultura occidental del Derecho y que se propusieron a vestir algo nuevo, con un ropaje *prêt-à-porter*.

Con base en estas premisas, resta un interrogante: ¿Este híbrido posee alguna funcionalidad en el sistema jurídico? De la manera como está/fue presentado ¿representa una evolución o una involución para el sistema del Derecho y, por ende, para el sistema social? Comenzamos a responder esta pregunta por la paradoja.

## 2. La Paradoja Conceptual: Constitución-Tratado o Tratado Constitucional

No es novedad alguna referir que, en un sentido común, todos los pueblos tuvieron, de una forma u otra, Constituciones<sup>4</sup>. La novedad del siglo XVIII, como bien alerta Las-

<sup>4</sup> En efecto, la afirmación se refiere al sentido de una Ley Mayor. Puede ser una ley religiosa o *La bouche de la loi*. Inclusive el Código de Hamurabi cumplía esa función. La característica de



salle<sup>5</sup>, es el surgimiento de las Constituciones Escritas que, a su vez, fueron promovidas por la denominada Teoría del Poder Constituyente.

En la concepción clásica desarrollada por Sieyès<sup>6</sup>, surgida concomitantemente a la Revolución Francesa, la Teoría del Poder Constituyente<sup>7</sup> defiende que la Nación existe antes de todas las cosas<sup>8</sup>. Especialmente en lo que interesa al propósito aquí defendido, el Poder Constituyente Originario no se encuentra subyugado a nadie. Es una potencia. El Estado de él deriva. Es su piedra fundamental. Dicho de otro modo: las Constituciones son frutos del carácter inaugural de esa modalidad del poder constituyente.

Otro concepto, todavía utilizado en las Leyes Fundamentales<sup>9</sup>, es el de pueblo, que, para el ya citado abad francés, puede ser entendido como el conjunto de personas reunidas y sometidas, y un poder (Constituyente), siendo la nación la encarnación de los intereses colectivos de los individuos. La soberanía y el derecho de permanencia son, pues, de esa comunidad. Resta, sin embargo, el hecho de que la idea de las Constituciones Escritas modernas está vinculada a los conceptos de nación, de pueblo y de soberanía. Ocurre que el Tratado Constitucional Europeo, por su naturaleza –como se verá– (re)cuestiona y (re)posiciona tales presupuestos. De este modo, (re)coloca la interpretación de la función de las constituciones –y de los tratados– a un nuevo nivel de discusión. Paradójico.

---

la Constitución de ser una ley de la cual todas las otras buscan su validez es un hecho histórico, posteriormente detallada en el constitucionalismo moderno, en especial en la formulación de la famosa pirámide kelseniana, norte de los principios de la supremacía y de la jerarquía, ampliamente trabajados e inculcados en las Constituciones modernas. Al respecto, ver Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

5 Lassale, Ferdinand. *O Que é uma Constituição*. Campinas: Russel, 2007, pp. 10-35.

6 Sieyès, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

7 Para Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 73, el Poder Constituyente presenta dos facetas: la de desconstituyente y la de reconstituyente. En un primer momento, se desconstituye el orden vigente para reconstituirse, instituyéndose un nuevo, como es el ejemplo de la transición, en Brasil, de la Constitución Militar de 1967 a la Constitución Ciudadana de 1988. Los poderes previstos en la nueva Constitución son, pues, evidentemente constituidos por el poder originario (constituyente).

8 Sieyès, *A Constituinte Burguesa*, *op. cit.*, p. 113: “En toda nación libre –y toda Nación debe ser libre– solo hay una forma de acabar con las diferencias que se producen con respeto a la Constitución. No es a los notables que se debe recurrir, es a la propia Nación. Si necesitamos de Constitución debemos hacerla. Solo la Nación tiene derecho de hacerla”.

9 Tómese como ejemplo el párrafo único del artículo primero de la Constitución Brasileña de 1988: “Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes electos o directamente, en los términos de esta Constitución.”



Ambos presupuestos (constituciones escritas y tratados) forman parte de la estructura operativa clásica del sistema del Derecho. Evidentemente cada cual con su lógica. Así, influyen en todas las operaciones posteriores<sup>10</sup>, tales como decisiones, jurisprudencias, expectativas normativas<sup>11</sup>, entre otras. De hecho, modelaron un sistema jurídico basado en la Constitución. Sin embargo, como ya fue referido, en función de la introducción de un nuevo elemento (el Tratado Constitucional), se enfrenta una paradoja conceptual que debe ser resuelta.

Por otro lado, debe recordarse que las relaciones internacionales se desarrollaron, desde la Paz de Westfalia de 1648, bajo el principio de la igualdad soberana de los Estados, con la existencia de relaciones de coordinación entre las potencias en una *communitas orbis*<sup>12</sup>. El Derecho de gentes –marco regulador de ese equilibrio–, aunque durante siglos haya tenido una consistencia basada principalmente en la costumbre, considera a los tratados su principal fuente jurídica<sup>13</sup>, entendiendo la Convención de Viena de 1969 que tratado es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.<sup>14</sup>

Para mejor identificar la especie normativa referida, cabe buscar sus características propias, y para tanto es esencial observar la naturaleza de sus sujetos y la manera

10 El entendimiento de una teoría de la Constitución influye sobremanera en tornarla efectiva. En este sentido, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 2.ed, p. 81: “...la Teoría de la Constitución servirá también para <<racionalizar>> y ‘controlar’ a pre-comprensión constitucional”.

11 Schwartz, Germano. A Autopoiese dos Direitos Fundamentais. En Macedo, E.H.; Ohlweiler, L.; Steinmetz, W. (Orgs). *Direitos Fundamentais*, Canoas, Editora da Ulbra, 2007, p. 48.

12 Sobre este concepto ver Ferrajoli, Luigi, *A Soberania no Mundo Moderno: Nascimento e crise do Estado Nacional*, Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho, São Paulo: Martins Fabris, 2002, p. 5 y siguientes.

13 El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su artículo 38 inciso 1, considera fuente principal para la resolución de los conflictos de su competencia, tomando el primer lugar en la lista: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;”. La doctrina también así lo entiende, apuntándose un paso del Derecho Internacional Público basado en la costumbre jurídica para un modelo codificado, siendo acertada la constatación de Mazzuoli cuando observa el aumento de la *United Nations Treaty Series*, actualmente compuesta por cientos de volúmenes. Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 144.

14 Brasil. Decreto n° 7.030, de 14/12/09. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Consultado el 06/08/2012.



por la cual ese acuerdo de voluntades se conforma. Los Tratados son siempre celebrados entre Estados y/u organizaciones internacionales, y por escrito – he aquí una primera diferencia con algunas Constituciones. Existen, no obstante, diferencias más importantes que hacen con que la paradoja presentada gane fuerza.

La formación de un acuerdo de voluntades bilateral o multilateral por intermedio de un Tratado resulta de un *iter* complejo, que puede ser observado desde dos perspectivas: desde el propio Derecho de Gentes, distinguiendo entre quienes pueden negociar ante la comunidad internacional en representación de un Estado u Organización Internacional (capacidad de negociación). Y, desde el derecho público interno de cada Estado soberano, definiendo la legitimidad que confiere el orden constitucional para la conclusión de un tratado, y, así, obligar internacionalmente al respectivo Estado (*treaty making power*). Tanto en una como en otra, la capacidad para negociar y celebrar tratados se encuentra concentrada en la figura del Poder Ejecutivo. En el caso de países con tradición democrática, la participación de los parlamentos establecida en las Constituciones se limita a la aprobación (o no) de lo negociado, no contando con capacidad de proponer alteraciones en el acuerdo. Se observa pues, que la conducción de las relaciones con otras potencias soberanas y entidades análogas está concentrada en cabeza del Jefe de Estado o de Gobierno, que debe mostrarse al mundo como una voz unívoca de los intereses nacionales.<sup>15</sup>

¿Es posible entonces pensarse una Constitución creada por mecanismos de negociación que, en los moldes del derecho internacional tradicional, encontraría su legitimidad en potestades inherentes al Poder Ejecutivo? La respuesta a esta pregunta no es fácil, originándose de la experiencia de un modelo de organización que constituye, desde sus inicios, un verdadero desafío al concepto de soberanía estatal, colocando en la escena instituciones con carácter supranacional, como modelos de superación de las deficiencias de un Estado regulador que no consigue intervenir con la misma eficacia en una economía globalizada.<sup>16</sup>

La idea de una reforma del sistema jurídico-institucional de la Unión Europea viene siendo discutida hace ya algunas décadas. Era necesario avanzar en el proceso de integración, más en el sentido de conformar una unión con mayor contenido político y no apenas un ámbito de cooperación entre Estados o la idea original de un mercado

---

15 Para un mejor entendimiento sobre el proceso de conclusión de tratados internacionales de un modo general, ver Rezek, Francisco, *Direito Internacional Público*, Curso Elemental. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46 y sig.

16 Para Habermas, las funciones del Estado social solo podrán continuar a ser cumplidas en el mismo nivel de hasta ahora si hay un pasaje de un Estado nacional para organismos que asuman de algún modo una economía transnacionalizada. Habermas, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional. Ensaíos Políticos*, Trad. de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. pag. 69.



común.<sup>17</sup> En segundo lugar, era necesario simplificar el marco normativo, de carácter extremadamente complejo no apenas para el ciudadano común, sino también para los actores políticos y operadores jurídicos.<sup>18</sup> Todavía, era imperioso organizar la entrada de nuevos miembros al bloque, sobre todo los países del centro y del este europeo, cuyas democracias daban los primeros pasos.

Aunque el Tribunal de Justicia de Luxemburgo haya definido los tratados constitutivos como siendo actos fundantes de la Comunidad y estatutos de carácter constitucional,<sup>19</sup> la primera señal concreta<sup>20</sup> sobre la voluntad del bloque de contar

17 En el mismo sentido, Habermas alerta sobre la necesidad de que el proyecto de unificación de los estados de Europa no se agote en la institucionalización jurídica de los mercados, sino que introduzca elementos de voluntad política mundial, y que garantice un dominio sobre las consecuencias sociales secundarias del tránsito comercial globalizado. Habermas, *op. cit.*, p. 70.

18 Opperman explica sobre esta realidad: “En este sentido operado bajo varias modalidades, la estructura formal del ordenamiento comunitario primario se revela, en la actualidad, un contexto inviable y, aun para los especialistas, un orden sobre el cual no se puede emprender un análisis coherente. Además de una minoría de dispositivos básicos de los tratados constitutivos (como el artículo 6º del Tratado de la Unión, que dispone sobre los principios de las libertades, democracia y derechos fundamentales, o los relativos a los órganos de la comunidad que contienen reglas de Derecho Comunitario primario), existen cientos de reglas que se reducen a detalles y revisten un cuño meramente accesorio. En el contexto comunitario europeo se tiene, en el momento, la peor modalidad de Constitución, exactamente por causa de su extensión y oscuridad. Por recelo e insatisfacción, el ciudadano europeo se aleja de esa realidad de reformas”. Opperman, Thomas, “Do Tratado de Nice de 2001 à Convenção para a Constituição Europeia 2002/2003: Rumo a uma Ordem Constitucional na Europa?” En *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 10 – jul./dez. 2007. Disponible en: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-161-Thomas\\_Oppermann\\_Traducao\\_de\\_Fabricao\\_Pasquot\\_Polido.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-161-Thomas_Oppermann_Traducao_de_Fabricao_Pasquot_Polido.pdf) Consultado el 10/08 /2012.

19 TJCE 1991, 6079 - Parecer 1/91 sobre la Comunidad Europea. Los tratados en vigor para esa fecha constituirían una “Constitución parcial”, considerando la limitación del campo de acción de la Unión Europea - al poseer apenas una porción de capacidades normativas y de ejecución -, y la que subsiste de los Estados que la componen. En ese sentido, el problema de la limitación y la influencia recíproca entre constituciones nacionales y normas comunitarias dotadas de jerarquía constitucional preexiste, de hecho, a la probable adopción de una Constitución Europea. Ver Ventura, Deisy. “Crítica al Proyecto de Constitución Europea (‘Constitución Parcial’): La Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional”. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, v. 3, n. I, Trad. de Fernando Meinero. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, pp. 595-613, 2003.

20 En el año de 1984 el Parlamento Europeo aprueba un primer borrador de Constitución Europea, que aunque no haya tenido suceso, fue un paso importante para el tratado reformador conocido como Acto Único Europeo de 1986 y posteriormente al Tratado de Maastricht, de 1992. *Draft Treaty Establishing the European Union* “Official Journal of the European Communities. C 77, 14.2.1984, p. 33. Cerdón, Antonio Bar. “El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea”. En *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n° 60/61*. Valencia: Universitat de València: Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la



con una constitución europea se dio en 2000 en el Consejo Europeo en Niza, en el que se propuso la apertura de un debate sobre cuatro puntos entendidos como fundamentales, relacionados al futuro del bloque: una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros; el carácter de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; la simplificación de los Tratados, para tornarlos más comprensibles; y el papel que deberían tener de los Parlamentos nacionales en las Comunidades Europeas.<sup>21</sup> Esa tarea fue asumida formalmente en el Consejo de Laeken de 2002, en que se formuló la extensa “Declaración de Laeken sobre el Futuro de la Unión Europea”,<sup>22</sup> que buscaba la convocatoria a una Convención<sup>23</sup> para discutir el marco institucional, abriendo camino para la elaboración de una constitución escrita.

El resultado de esta Convención fue la formulación de un borrador completo de un texto constitucional que, siendo sometido a la Conferencia Intergubernamental que le siguió (2003-2004), derivó en el Tratado Constitucional Europeo, formalmente designado como “Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa”, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.<sup>24</sup>

Sobre los propósitos de la Convención, en lo que respecta a las competencias de la Unión Europea y de los Estados Miembros,<sup>25</sup> el texto no presentó grandes nove-

Administración, pp. 185. Disponible en [http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=3163790&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3163790&orden=0). Consultado el 16/08/2012.

21 Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 80, 10.3.2001, p. 85.

22 Conselho Europeu. *Conclusiones de la Presidencia. Laeken 14 e 15 de diciembre de 2001*. SN 4911/01 Disponible en: <http://european-convention.eu.int/pdf/lknpt.pdf> Consultado el 16/08/2012.

23 Diferentemente de las conferencias intergubernamentales, realizadas normalmente a puertas cerradas, la Convención buscó ser más transparente y democrática. Fue compuesta por un total de 105 miembros. De estos, 66 representantes tenían derecho de voto absoluto (núcleo de la Convención) y otros 39 oriundos de Estados candidatos, que participarían de los debates, sin derecho a voto definitivo. La representación de los Estados Miembros se haría a través de 15 representantes los Jefes de Estado o de Gobierno (1 por Estado-Miembro), 30 miembros de los parlamentos nacionales (2 por Estado-Miembro), 16 miembros del Parlamento Europeo y dos representantes de la Comisión. Fueron invitados, en calidad de observadores: tres representantes del Comité Económico y Social, juntamente con tres representantes de los organismos sociales europeos; en nombre del Comité de las Regiones, seis representantes (a designar por el Comité de las Regiones, entre las regiones, las ciudades y las regiones con competencia legislativa). La presidencia de la Convención fue asumida por el Ex Presidente francés Valéry Giscard d'Estaing.

24 El texto del proyecto está disponible en <http://european-convention.eu.int/docs/treaty/cv00850.es03.pdf>. Consultado el 10/08/2012

25 Téngase en cuenta que si el Tratado de Maastricht de 1992 representó un avance en materia de integración, creó una estructura anómala. Dos pilares funcionarían sobre la base de la intergubernabilidad (la Política Externa de Seguridad Común y la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal) asociadas al primer pilar (Comunidad Europea) con una estructura que combina



dades para esa cuestión, pues, aunque admitiese la personalidad jurídica de la Unión Europea, declarándola sujeto de derecho, no le atribuía competencias propias. Sobre el reparto de competencias con los Estados, se limitó a clasificar las ya consagradas en los tratados constitutivos, y que la propia dinámica institucional y la actividad pretoriana del Tribunal de Luxemburgo desarrollaron a lo largo de los años.<sup>26</sup>

Lo que constituía novedad – no necesariamente positiva – sería lo relacionado al proceso legislativo y al papel de los parlamentos nacionales, así como ciertos aspectos institucionales. Se clarificaban las especies de normativas europeas, a la vez que se daba a los parlamentos nacionales un mecanismo de “alerta precoz” por el cual podrían, por la vía del Tribunal de Justicia, advertir sobre posibles incompatibilidades con el principio de la subsidiariedad consagrado en Maastricht.<sup>27</sup> A nivel institucional, se promovían reformas poco felices en lo que respectaba a la composición de la Comisión Europea, creando categorías de comisarios con y sin derecho a voto.<sup>28</sup>

Por último, cabe mencionar la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales al texto de la Constitución, como expresión del consenso europeo sobre valores fundamentales, consubstanciados en un rol de amplios preceptos que integran la misma posición de otros documentos básicos sobre derechos fundamentales.

En un cristalino ejemplo de que la innovación se consigue mediante repetición, o de que el futuro se pauta, en el presente, por las experiencias del pasado,<sup>29</sup> la tentativa consistió en usar un mecanismo tradicional tanto para las Constituciones como para los Tratados: el referéndum y la aprobación parlamentar. Sin embargo ¿Su planeada aplicación constituye una evolución o un indeseado más de lo mismo? La respuesta de los

técnicas intergubernamentales y supranacionales. Eso sumado al hecho de la Unión Europea no tener, del punto de vista formal, personalidad jurídica internacional. Ventura, *op.cit.* p. 601. Eso se observa claramente en la participación del bloque en la OMC, en que el escaño es reservado a la Comunidad Europea, y no a la Unión.

26 De este modo, se creaba un mecanismo que obstaculizaría el proceso decisorio de la Unión. Ventura, *op. cit.* p. 604.

27 *Ídem.* p. 605.

28 *Ibidem.*

29 Esa es la característica normativa que Luhmann denomina de programación contra-fáctica. El Derecho busca controlar el futuro. Sin embargo, como el presente es ciego y el único dato para la decisión es el pasado, no es raro que en vez de dirigirse a lo que vendrá, las normas quedan presas a lo que pasó, ocasionando lo que François Ost denomina de falta de reinstitucionalización temporal, una de las funciones esenciales del Derecho en la sociedad moderna. Para una lectura más profunda sobre el control del tiempo por el Derecho, consultar Rocha, Leonel Severo Rocha, “As Três Matrizes do Pensamento Jurídico”. En \_\_; Clam, J.; Schwartz, G. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Sobre el compás temporal y la necesidad del Derecho reinstitucionalizar el tiempo mediante la memoria, el perdón, la promesa y el recuestionamiento, obligatoria es la lectura de Ost, François, *O Tempo do Direito*, Lisboa: Piaget, 1999.



pueblos europeos fue, por lo menos, dudosa con respecto a su adopción. Y tuvo como resultado un rechazo en las urnas en dos actores fundamentales de la construcción de Europa comunitaria.

El fracaso del proyecto de Constitución representó un freno importante al movimiento iniciado en la década anterior, pasándose a un período de reflexión acerca del rumbo que debía ser tomado.<sup>30</sup> Aunque haya habido esfuerzos para insistir en la ratificación, en el Consejo Europeo de 2006 se dejó bien claro que el avance se daría a un nivel más pragmático, procurando aprovechar el contenido de los tratados precedentes.<sup>31</sup> En este sentido, la presidencia alemana del Consejo Europeo inició el trabajo de sustitución del “método constitucional” por el tradicional método de reforma de los tratados,<sup>32</sup> y convocó a una Conferencia Intergubernamental a quien dio un mandato concreto: discutir el borrador de un tratado de reforma (“Tratado Reformador”), que después se tornaría el Tratado de Lisboa. En él se abandona cualquier referencia a la Constitución.<sup>33</sup> Como sostiene Cerdón, desde entonces, los Tratados harán referencia a la Constitución Europea como “las novedades resultantes de la Conferencia Inter-

---

30 Consejo Europeo. *Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados-Miembros de la Unión Europea sobre la Ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*. 16-17 de junio de 2005. Disponible en [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/es/ec/85332.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/85332.pdf). Consultado el 20/08/2012.

31 “Por un lado, deberían aprovecharse mejor las posibilidades que ofrecen los tratados en vigor, con el fin de ofrecer a los ciudadanos los resultados concretos que éstos esperan. Por otro lado, la Presidencia presentará al Consejo Europeo durante el primer semestre de 2007 un informe elaborado a partir de extensas consultas con los Estados miembros. Este informe debería incluir una evaluación del estado de los debates en relación con el Tratado Constitucional y estudiar posibles evoluciones futuras.” Consejo Europeo. *Conclusiones de la Presidencia*. 15/16 de junio de 2006 - Disponible en [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/90124.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/90124.pdf). Consultado el 20/08/2012.

32 CERDÓN, op. cit. p. 190.

33 Se puede observar que el mandato fue explícito: “Se ha abandonado el concepto constitucional, que consistía en derogar todos los tratados vigentes y sustituirlos por un texto único denominado “Constitución”. Aún, para eliminar cualquier referencia a la posibilidad de un orden supraestatal: “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. Consejo Europeo. *Conclusiones de la Presidencia - Bruselas, el 21/22 de junio de 2007* Disponible en: [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/94934.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/94934.pdf). Consultado el 20/08/2012.



gubernamental de 2004”, volviendo el término “Constitución” a ser un tabú como lo había sido durante mucho tiempo atrás, hasta los años noventa del siglo XX.<sup>34</sup>

Tiempo después, el Tratado de Lisboa sería oficialmente firmado por los 27 Jefes de Estado y de Gobierno europeos el 13/12/2007, y entraría en vigor el 01/12/2009, después de haber sido ratificado por todos los Estados-Miembros, no sin algunos percances. Reformó el Tratado de la Unión Europea, que conserva su nombre, y el Tratado de la Comunidad Europea, que pasa a denominarse “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. En su esencia, se abandona el sentido político y simbólico de la idea Constitución, pero se recoge materialmente lo sustancial del contenido normativo del proyecto iniciado en 2002.<sup>35</sup>

### 3. El referéndum y la aprobación parlamentaria como mecanismos (fallidos) de superación de la paradoja conceptual

De acuerdo con las cuestiones conceptuales, no es difícil afirmar que el hecho de Tratado y Constitución estar unidos tanto semántica como funcionalmente sea una paradoja.<sup>36</sup> La cuestión, por lo tanto, pasa a ser como administrarlo. Verificar si es posible su continuidad reproductiva dentro del sistema jurídico o de subsistencia, en la línea de Marcelo Neves y su alopoiesis<sup>37</sup>, provoca un indeseable bloqueo autopoietico.

34 Cerdón, *op. cit.*, pp. 192-193.

35 El cambio de rumbo que representó el Tratado de Lisboa respecto de la Constitución Europea sembró dudas acerca del camino que Europa estaría adoptando ¿Triunfaría, de este modo, una visión mucho más pragmática y estratégica de Europa? ¿Una idea de la Unión Europea como una materia de política externa a ser negociada, dominada por representantes del Ejecutivo y diplomáticos? ¿Sería el comienzo del fin de un largo, lentocamino en la tentativa de politizar, democratizar y hasta constitucionalizar el proceso de integración que tuvo su ápice en el Tratado de Maastrich? ¿O apenas muestra una piedra en el camino de una gradual pero inevitable democratización del bloque, como una reacción al cimbronazo del referéndum de 2005, pero que no es suficiente para alterar el rumbo asumido? Búrca. Gráinne de. *Reflections on the EU's Path from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty. Forthcoming Fordham Law Research Paper (2008)*. Disponible en Social Science Research Network electronic library: <http://ssrn.com/abstract=1124586> Consultado el 25/08/2012.

36 La idea de paradoja en el Derecho se aproxima más a la concepción de aporía que al concepto de paradoja *strict sensu*: “To be sure, ‘legal paradoxes’ are not paradoxes in the strict sense: they are neither logical Paradoxes, such as ‘Russell’s Paradox’, nor are they semantic paradoxes, such as the ‘Liar Paradox’. They do not really create a logical impasse. Legal paradoxes are not even epistemic paradoxes, like the ‘Knowability Paradoxes’ or the ‘Surprise Examination Paradox’. Instead, they are really apories, riddles or perplexities.” KEDAR, Nir. “The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes”. En Perez, Oren; Teubner; Gunther. *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005, p. 103.

37 Neves, Marcelo. “De la Autopoiesis a la Alopoiesis del Derecho”. *Doxa*. Alicante, (19),



De hecho, Luhmann<sup>38</sup> sostiene que las paradojas, inclusive en el Derecho, son condiciones de operación del sistema. Son inevitables. Por intermedio del ejemplo de los doce camellos,<sup>39</sup> se constata la existencia de puntos ciegos en el Derecho. Para alcanzarlos, es necesario que se observe para los dos lados, de tal forma que se perciba que ambos forman una unidad distintiva, y qué es lo que se pierde en la idea de Tratado Constitucional o de Constitución-Tratado.

El duodécimo camello es necesario para la división correcta del problema de herencia apuntado. Pero al mismo tiempo, como se observa en su resolución, no era necesario, ya que la cantidad de animales restante permanece igual a la del inicio del problema. Dicho de otra forma: al mismo tiempo en el que no era necesaria su presencia física, su función es esencial.

En tal sentido, la Constitución existe justamente porque se diferencia del Tratado (y vice-versa), siendo éste su contrapunto. Actúan, también, en clara red comunicacional, pues la validez del Tratado depende de su absorción por el código constitucional (Constitucional/Inconstitucional). Este mecanismo selectivo es adoptado, por ejemplo, en Brasil.<sup>40</sup>

En el momento en el que Constitución y Tratado, incluso en términos conceptuales, tienen la misma función ante la sociedad (Europa Comunitaria), uno de los polos de diferenciación funcional entre ellos se pierde. De este modo, o la Constitución pierde sentido o el Tratado pasa a desempeñar una nueva función. Sin embargo, la asunción de una función por dos elementos causa un acrecimiento de la complejidad por anulación mutua, generando acentuación de incertidumbre y de indeterminación.

Por otro lado, en el plano del desempeño simbólico<sup>41</sup> tanto de una Constitución como de un Tratado, cabe destacar que la diferenciación funcional, anulada por el Tratado Constitucional Europeo, desempeña un papel esencial en el sistema social: delimitar las especificidades de cada operación dentro del sistema jurídico. Las decisiones basadas en los códigos de cada instituto pierden su capacidad de anticipar problemas futuros por una evidente ausencia de reducción de complejidad. Cuando

---

1996, p. 412.

38 Luhmann, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. México: Herder, 2007, p. 326.

39 Luhmann, Niklas. "A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito". En Arnaud, André-Jean; Lopes Jr., Dalmir Lopes. Niklas Luhmann: *Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 33-107.

40 El referéndum está previsto en la Constitución Federal de la República Federativa del Brasil en su art. 14, II, en el capítulo de los derechos políticos e introducidos como corolario de la soberanía popular.

41 Cf. Pribán, Jirí. "The Time of the Constitution-Making. On the Differentiation of the Legal, Political and Moral Systems and Temporality of Constitutional Symbolism". *Ratio Juris*, vol. 19, n.4, December 2006, pp. 456-478.



dos pasan a ser uno – y con la misma función – aumentan las posibilidades decisorias. Luego, hay más lugar a la complejidad, algo fácilmente notable por la estructura del bloque europeo. Piénsese en la unión de las tres Comunidades Europeas (Comunidad Económica Europea - CEE, Comunidad Europea de Energía Atómica - EURATOM y la Comunidad Europea del Carbón y del Acero - CECA), basadas en tres tratados diferentes, a lo que después se sumó el Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992), con nuevos ámbitos de cooperación y reparto de capacidades. Eso hizo con que el ordenamiento de la Unión Europea se tornase algo extremadamente complejo, extenso y difícil de comprender.<sup>42</sup>

En la línea luhmanniana, el referéndum es, pues, un mecanismo de autorreferencia del sistema jurídico. Se trata de una operación interna que busca decidir con respecto a una decisión anterior, tornándola parte de la reflexividad del sistema del Derecho. Esa selectividad es necesaria para que la estructura operativa de la autopoiesis del sistema jurídico quede preservada ante las influencias comunicacionales oriundas de su entorno.

Para la superación de la paradoja demostrada, una de las salidas elaboradas por la Unión Europea fue el referéndum, una operación que ya forma parte del Derecho. Resta saber, sin embargo, si alcanzó sus objetivos (pocos países lo utilizaron), ya que aún ante de un nuevo marco estatal, Europa buscó en viejos conceptos<sup>43</sup> (soberanía popular) la respuesta para la obtención de una nueva realidad (autopoiesis).

Mientras la mayoría de los países se limitó a dar lugar a la aprobación parlamentaria prevista en sus constituciones, un grupo de 9 (nueve) países<sup>44</sup> optaron por incluir la realización de referendums, a pesar de no estar obligados por los textos constitucionales.<sup>45</sup> Tal medida dejó en evidencia una transferencia de responsabilidad.<sup>46</sup> Y el resultado fue el reflejo de lo distante que estaba aquel proyecto del ciudadano común:

42 Cerdón, *op. cit.*, p. 185.

43 El uso de la aprobación parlamentaria por los países que no usaron el referéndum apenas refuerza el argumento. Se trata de una operación ya existente en el sistema jurídico de los países del bloque. Así lo prevé, entre otras, la Constitución alemana (art. 59), la austríaca (art. 50), la belga (art. 167 § 2), la italiana (art. 80) y la griega (art. 36 § 2).

44 Los referendums fueron celebrados en España, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, Dinamarca, Francia, Irlanda, Luxemburgo y la República Checa.

45 En la página dedicada al Referéndum 2005, el Gobierno Español informa que “*Si bien en España la ratificación formal del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, se hará, en su momento, siguiendo lo dispuesto en los artículos 93 a 96 de la Constitución Española, el Gobierno ha considerado que la importancia de la futura Constitución Europea hace aconsejable despejar, con carácter previo a dicha ratificación, cualquier duda respecto al respaldo de los ciudadanos a su contenido, mediante el recurso de su participación directa a través de un referéndum consultivo.*” Disponible en <[http://elecciones.mir.es/eleccanteriores/referendum2005/marco6\\_inicio.htm](http://elecciones.mir.es/eleccanteriores/referendum2005/marco6_inicio.htm)>. Consultado el 19/08/2012.

46 Cerdón, *op. cit.* p. 188



apatía, en el caso de España, y un contundente rechazo, en Francia y en los Países Bajos. Los resultados logrados en éstos dos últimos tuvieron la contundencia suficiente para promover el abandono de las consultas en el resto de los países.

En el análisis de los resultados del referéndum en España, aunque se haya informado una “*Victoria aplastante del ‘sí’*”, computándose 76,7% de votos en favor de la Constitución, cabe resaltar que apenas 42,32% del electorado participó del acto.<sup>47</sup> Las encuestas encargadas por la Comisión Europea presentan como la principal justificativa (30%) de abstención la falta de información recibida por parte de los ciudadanos sobre lo que representaría el proyecto. Eso se suma a los que dijeron no votar por falta de debates suficientes o porque la campaña fue iniciada tardíamente (10%). Debe tenerse cuenta que desde la firma del Tratado de Roma a la celebración del referéndum pasaron apenas cuatro meses.<sup>48</sup>

En Francia, aunque la convocatoria a las urnas haya logrado la más alta participación (69,3%), en niveles comparables a la votación para la ratificación del Tratado de Maastricht de 1992, el proyecto no tuvo la misma suerte. La Constitución tuvo un rechazo del 54,68%. Diferentemente del caso holandés, los motivos que llevaron los franceses a negar el apoyo se debieron más a razones de carácter interno que las propiamente relacionadas con el ámbito comunitario: las dos principales causas apuntadas están relacionadas a percibir a la Constitución como una amenaza a los niveles de empleo en Francia (31%) y a una debilitada situación económica (26%).<sup>49</sup>

En el caso de los Países Bajos, el referéndum celebrado el 1º de junio de 2005 resultó en un rechazo de la Constitución Europea con 61,6% de los votos. A pesar de que una mayoría opine por una falta de información, el resultado debe observarse más allá de esa explicación. En las pesquisas, gran parte de los holandeses manifestó su preocupación con la pérdida de soberanía de su país que la Constitución representaría (24%), e inclusive entendió excesiva carga fiscal que pesa sobre los contribuyentes para

47 El País. *Victoria aplastante del ‘sí’ en el referéndum del Tratado Europeo*. Disponible en [http://especiales.prisacom.com/2005/constitucion\\_europea/index.html](http://especiales.prisacom.com/2005/constitucion_europea/index.html). Consultado el 20/08/2012.

48 El informe apunta datos interesantes sobre la relación entre las edades y la participación. Mientras apenas 27% de los jóvenes de 18 a 24 años decidió ir a las urnas, los mayores del 55% tuvieron una participación del 59%. Eso podría ser el reflejo entre las diferentes culturas políticas de las diferentes generaciones. Para la población que sufrió casi cuarenta años de dictadura, las instituciones europeas son vistas como claves en la consolidación de la democracia y en el desarrollo económico del país. Es más, la relación participación por edad no presentó diferencias significativas en lo que respecta a las Elecciones Europeas de 2004. Comisión Europea. *Flash Eurobarómetro. La Constitución Europea: encuesta post-referéndum en España*. Disponible en [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl\\_168\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_168_es.pdf). Consultado el 20/08/2012.

49 European Commission. *Flash Eurobarometer. The European Constitution: Post-referéndum survey in France*. Disponible en [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl171\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl171_en.pdf) Consultado el 20/08/2012



sostener Europa (13%). A renegociación del Tratado se entendió como necesaria, en pro de una mejor defensa de los intereses holandeses.<sup>50</sup>

En el resto de Europa, el proceso de ratificación continuó hasta el año de 2006,<sup>51</sup> a pesar de saberse que Francia y los Países Bajos no asumirían el riesgo de intentar revertir la opinión de su electorado. Así, la Constitución Europea “cayó herida de muerte”.

El resultado de la consulta hecha a los comunitarios sobre la adopción del Tratado Constitucional Europeo en el espacio de la Unión reposa en un espacio dubio. Se trata de evolución o involución. ¿Es necesario que el espacio comunitario europeo sea planeado o es preferible que prospere a partir de sus propias características?

#### 4. Concluyendo: ¿Planificación o evolución? ¿Es necesario un Tratado o una Constitución para Europa?

La concepción de planificación de determinada sociedad constituye una imposibilidad en el caso de que parta de una idea relativamente común y bastante propagada<sup>52</sup> - el mundo actual se presenta como transgresor en lo que tañe a las (modernas) nociones de frontera. Este es el evidente caso de la Unión Europea. De hecho, tales nociones existen solamente en términos simbólicos<sup>53</sup> como un recuerdo de un pasado que pretende perpetuarse en el futuro. Ost,<sup>54</sup> sobre esto, lo describe como la nostalgia de la eternidad, o sea, aquella añoranza desavisada de mantenerse perennemente activa en el futuro.

Ninguna sociedad puede ser planificada,<sup>55</sup> por ello ningún “Tratado Constitucional” tendrá esa propiedad. El primer obstáculo a la planificación<sup>56</sup> de la sociedad

50 European Commission. Flash Eurobarometer. *The European Constitution: post-referendum survey in The Netherlands*. Disponible en [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl172\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl172_en.pdf) Consultado el 20/08/2012. En los Países Bajos se presentó un alto nivel de participación (62,8%), bastante mayor que la de las últimas elecciones europeas en ese país (39,3%).

51 El último país a hacerlo fue Finlandia, el 12 de mayo de 2006, un año después de lo “no” francés.

52 Para una lectura más profunda sobre el tema, relacionándolo con el Derecho, consultar, especialmente, el Capítulo I (O Fim de uma Ordem) de Arnaud, André-Jean. *Governar sem Fronteiras. Entre Globalização e Pós-Globalização. Crítica da Razão Jurídica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

53 ‘The boundaries of its subsystems can no longer be integrated by common territorial frontiers’. Luhmann, Niklas. “The World Society as a Social System”. En \_\_\_\_. *Essays on Self-Reference*. New York: Oxford : Columbia University Press, 1990, p. 178.

54 OST, *op. cit.*, pp. 27-28.

55 LUHMANN, Niklas. “The World Society las a Social System”, *op. cit.*, p. 179.

56 No se niega que, para pequeñas actividades, sin mayor complejidad, como, por ejemplo, el



está en el plano de la observación. Luhmann<sup>57</sup> refiere que la mayoría de los análisis al respecto relata la existencia de jerarquía. Es lo que se pretende con la tentativa de un instituto como el analizado.

Sin embargo, la jerarquía, en términos autopoiéticos, es apenas una etapa de la auto-referencialidad de los subsistemas. Es transitoria. No es la etapa final ni mucho menos inatacable, pues, en caso contrario, se estaría negando la diferenciación de los subsistemas que compone la Unión Europea. Por eso, es extremadamente irreal imaginar la existencia de la jerarquía en una sociedad con diferenciación funcional tan acentuada como en Europa.

Por otro lado, a un nivel descriptivo, la planificación de una sociedad es un acto pleno de indeterminación. Cualquier descripción de una determinada sociedad debe ser hecha desde la idea de que ella es un elemento de una sociedad global. Por eso, coexiste con otras sociedades, siendo, al mismo tiempo, una y diferenciada. Influye y es influida por las demás. Ninguna sociedad ni ningún Derecho (Comunitario) pueden ser descritos sin esa complejidad. Se torna, por lo tanto, una tarea hercúlea planificar una sociedad a nivel descriptivo. Un Tratado Constitucional con tal objetivo, lugar en el que se encuentran, por ejemplo, los derechos fundamentales, corre el riesgo de actuar en el plano mítico y no en el plano real.

En tal caso, si los derechos fundamentales de los comunitarios fueren pensados dentro de concepciones que no desvelan su paradoja originaria, ¿cómo tornarlos efectivos en una sociedad que se mueve y se comunica en un parámetro transfronteriza por excelencia? Esta es la imposibilidad del *dirigismo constitucional del Tratado*<sup>58</sup> y de su hipótesis de planificación social.

La hipótesis defendida es la de que el complejo conjunto de normativas del Derecho Comunitario debe ser pensado desde la noción de evolución. La complejidad

---

establecimiento de un concurso de acceso a cargos públicos, la planificación sea una posibilidad. Sin embargo, debe entenderse que se trata de un acto de menor complejidad. Sin duda, influye en la sociedad, pero no significa que toda la sociedad avance en función de la planificación.

57 Luhmann, Niklas. "The World Society as a Social System", *op. cit.*, p. 179.

58 La famosa tesis del dirigismo constitucional - tan defendida en tierras brasileñas - fue renegada por su autor. Una de las razones es el problema de la reinvencción del territorio, cuyo gran ejemplo puede ser verificado en el espacio europeo comunitario: "La constitución dirigente era fundamentalmente la constitución del estado. Sobrancera en su posición, no combina con la pérdida del territorio y de funciones soberanas. A supranacionalización e internacionalización del derecho con las libertades globalitárias - libertad de personas, libertad de mercaderías, libertad de servicios, libertad de capitales - vacían el estado y su constitución (NATO, EU, MERCOSUL, NAFTA, ONU, Uruguai-Round, Schengen, información - CNN)." Canotilho, José Joaquim Gomes. "Brançosos" e Interconstitucionalidades. *Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 219.



debe ser analizada con los mismos presupuestos. En tal sentido, para Luhmann<sup>59</sup>, la evolución presupone reproducción autorreferencial. Modifica las condiciones estructurales de la reproducción por mecanismos de diferenciación, por intermedio de la variación, selección y estabilización.

Significa que, al contrario de la planificación, la evolución no posee una meta. Es posible conseguir un objetivo, pero no será su objetivo fundamental. Los mecanismos selectivos propios de cada sistema (códigos) buscan estabilizar, bajo sus propias condiciones, las influencias externas, remetiéndolas a una variación que puede o no ser inducida. La planificación, por lo tanto, influye en la evolución. Sin embargo, no es su causa principal. Esta es la razón del rechazo de los comunitarios y de la falta de necesidad funcional de un Tratado Constitucional.

## Bibliografía

Arnaud, André-Jean. *Governar sem Fronteiras. Entre Globalização e Pós-Globalização. Crítica da Razão Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Brasil. Decreto n° 7.030, de 14/12/09. “Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”, concluída em 23 de maio de 1969. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Consultado el 06/08/2012.

Búrca. Gráinne de. “Reflections on the EU’s Path from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty. Forthcoming Fordham Law Research Paper” (2008). Disponible en *Social Science Research Network electronic library*: <http://ssrn.com/abstract=1124586> Consultado el 25/08/2012.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

Cerdón, Antonio Bar. “El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea”. En *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* n° 60/61. Valencia: Universitat de València: Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración, pp. 185. Disponible en [http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=3163790&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3163790&orden=0). Consultado el 16/08/2012.

Comisión Europea. *Flash Eurobarómetro. La Constitución Europea: encuesta post-referéndum en España*. Disponible en [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl\\_168\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_168_es.pdf). Consultado el 20/08/2012.

59 Luhmann, Niklas. *The World Society as a Social System*, op. cit., p. 180.



- Consejo Europeo. “Conclusiones de la Presidencia – Bruselas”, el 21/22 de Junio de 2007 Disponible en: [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/94934.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/94934.pdf)
- Consejo Europeo. “Conclusiones de la Presidencia”. 15/16 de junio de 2006 – Disponible en [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/90124.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/90124.pdf). Consultado el 20/08/2012.
- Conselho Europeu. *Conclusões da Presidência. Laeken 14 e 15 de Dezembro de 2001*. SN 4911/01 Disponible en: <http://european-convention.eu.int/pdf/lknpt.pdf> Consultado el 16/08/2012.
- Consejo Europeo. *Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados-Miembros de la Unión Europea sobre la Ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*. 16-17 de Junio de 2005. Disponible en [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/es/ec/85332.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/85332.pdf). Consultado el 20/08/2012.
- Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 80, 10.3.2001, p. 85.
- El País. *Victoria aplastante del ‘sí’ en el referéndum del Tratado Europeo*. Disponible en [http://especiales.prisacom.com/2005/constitucion\\_europea/index.html](http://especiales.prisacom.com/2005/constitucion_europea/index.html) Consultado el 20/08/2012.
- European Commission. *Flash Eurobarometer. The European Constitution: post-referendum survey in The Netherlands* Disponible en [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl172\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl172_en.pdf) Consultado el 20/08/2012.
- European Commission. *Flash Eurobarometer. The European Constitution: Post-referendum survey in France*. Disponible en [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl171\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl171_en.pdf) Consultado el 20/08/2012
- Ferrajoli, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno: Nascimento e crise do Estado Nacional*. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fabris, 2002.
- Habermas, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos*. Trad. de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- Kedar, Nir. The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes. En PEREZ, Oren; TEUBNER; Gunther. *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2005.
- Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- Lassale, Ferdinand. *O Que é uma Constituição*. Campinas: Russel, 2007.
- Luhmann, Niklas. “A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito”. En ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir Lopes. *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2004, p. 33 – 107.
- Luhmann, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. México: Herder M.X., 2007.



- Luhmann, Niklas. "The World Society as a Social System". En \_\_\_\_\_. *Essays on Self-Reference*. New York: Oxford : Columbia University Press, 1990.
- Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- Neves, Marcelo. "De la Autopoiesis a la Alopoiesis del Derecho". *Doxa*: Alicante, (19), 1996, p. 403-420.
- Official Journal of the European Communities. C 77, 14.2.1984
- Opperman, Thomas. "Do Tratado de Nice de 2001 à Convenção para a Constituição Europeia 2002/2003: Rumo a uma Ordem Constitucional na Europa?" En *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 10 – jul./dez. 2007. Disponible en: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-161-Thomas\\_Oppermann\\_Traducao\\_de\\_Fabricio\\_Pasquot\\_Polido.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-161-Thomas_Oppermann_Traducao_de_Fabricio_Pasquot_Polido.pdf). Consultado el 10/08/2012.
- Ost, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999.
- Pribán, Jirí. "The Time of the Constitution-Making. On the Differentiation of the Legal, Political and Moral Systems and Temporality of Constitutional Symbolism". *Ratio Juris*, vol. 19, n.4, December 2006, p. 456-478.
- Rezek, Francisco. *Direito Internacional Público*. Curso Elementar. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- Rocha, Leonel Severo Rocha. "As Três Matrizes do Pensamento Jurídico". En \_\_\_\_; Clam, J.; Schwartz, G. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- Schwartz, Germano. "A Autopoiese dos Direitos Fundamentais". En Macedo, E.H.; Ohlweiler, L; Steinmetz, W. (Orgs). *Direitos Fundamentais*. Canoas: Editora da Ulbra, 2007.
- Sieyès, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que le Tiers Etat?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- Ventura, Deisy. "Crítica al Proyecto de Constitución Europea ("Constitución Parcial"): La Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, v. 3, n. I, Trad. de Fernando Meinero. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.