

I

LAS FORMAS DEL PODER CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA *

Por MIGUEL POIARES MADURO

SUMARIO

I. LA CUESTIÓN DE LA SOBERANÍA NORMATIVA: *DOS NARRATIVAS. Ratificación constitucional nacional. Control constitucional nacional del derecho de la UE.*—II. EL IMPACTO DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL SOBRE LA NATURALEZA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO.—III. SEIS CONSECUENCIAS DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL EUROPEO: 1) *La legitimidad del derecho de la UE.* 2) *Un problema de democracia en la legitimidad pluralista del derecho de la UE.* 3) *La epistemología del derecho de la UE.* 4) *Coherencia e integridad del derecho de la UE.* 5) *Ámbito del derecho de la UE.* 6) *La naturaleza de la amenaza a la soberanía.*—IV. LA NATURALEZA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO: DE LA PRÁCTICA A LA TEORÍA.—V. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRAPUNTUAL: *Pluralismo. Coherencia vertical y horizontal y consistencia. Universalidad. Preferencia institucional.*—VI. EL FUTURO DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL EUROPEO: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: *Previniendo conflictos constitucionales. La cuestión constitucional. El ámbito del derecho de la UE y la cuestión competencial.*—VII. CONCLUSIÓN: LA FORMA DEL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO.

* Traducido del inglés por Álvaro de Elera.

El título de este artículo hace referencia al famoso libro de FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *La Forma del Poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993. En su libro, Francisco Rubio Llorente concibe la Constitución como la forma del poder. Como veremos, el carácter de la relación entre constitucionalismo europeo y constitucionalismo nacional en la Unión Europea nos lleva a hablar de formas de poder para expresar la naturaleza plural de la constitución europea.

Este texto ha sido inicialmente redactado en versión inglesa para un proyecto denominado *Sovereignty in Transition* y dirigido por Neil Walker, a quien agradezco los comentarios hechos.

¿Qué es lo peculiar acerca de la naturaleza y legitimidad del ordenamiento jurídico comunitario y de su relación con los ordenamientos jurídicos nacionales? ¿Y qué consecuencias se derivan de lo anterior tanto para nuestra comprensión de la ley y la soberanía en general como a la hora de hacer propuestas constitucionales para el futuro de la Unión Europea? Éstas son las cuestiones que serán tratadas en este escrito. Se ha hecho usual señalar cómo las diferencias entre los puntos de vista nacional y europeo sobre la noción de autoridad última en Europa requieren una concepción de constitucionalismo pluralista sobre la relación entre constitucionalismo europeo y nacional. Aun así, no es común derivar de lo anterior cualquier consecuencia tanto sobre la interpretación y aplicación generales del derecho de la UE (1) como sobre la manera en que deberíamos enfocar sus cuestiones constitucionales. La atención tiende a centrarse sobre la cuestión de la *kompetenz-kompetenz* y la posibilidad de un conflicto entre el derecho de la UE y las constituciones nacionales. La explicación para esto se encuentra en el hecho de que estos conflictos de autoridad última se entiende que representan el problema de la soberanía: ¿Cuál es la fuente de poder última en la organización política y jurídica de la sociedad?; en términos estrictamente jurídicos, le corresponde establecer la norma de validez de todas las otras normas y del ejercicio del poder normativo en un ordenamiento jurídico determinado.

Aun así, el asunto de la autoridad última no trata únicamente sobre el último recurso en caso de que aparezcan conflictos entre los dos ordenamientos jurídicos. De hecho, esperamos que quede claro que la cuestión de la autoridad última tiene su importancia en relación con otras acepciones de la soberanía. Se puede hablar de al menos otras dos acepciones de la soberanía (que podrían ser incluidas ambas bajo la etiqueta de soberanía política): en primer lugar, la autonomía de una comunidad política a la hora de determinar sus políticas (autogobierno): su poder de ejercitar de manera independiente las funciones tradicionales de gobierno; en segundo lugar, la autonomía de una comunidad política para definir la participación y representación en su seno: su poder de estructurar autónomamente la representación y participación de diferentes miembros y grupos en la definición de sus políticas. El asunto de la autoridad última se presenta comúnmente como una cuestión de soberanía jurídica (*kompetenz/kompetenz*). Aun así, también tiene repercusiones en los mencionados aspectos de soberanía política. La forma de en-

(1) La expresión *Derecho de la UE* hace referencia a los diferentes tratados de la Unión Europea, incluyendo el derecho de la Comunidad Europea (CE). En muchas ocasiones sería más apropiado hacer referencia al derecho de la CE que al derecho de la UE. Sin embargo, en aras a la simplicidad, uso de manera general la expresión *Derecho de la UE* a lo largo del texto.

focar la cuestión de la autoridad última en el derecho de la UE tiene repercusiones sobre la epistemología del derecho de la UE (qué es el ordenamiento jurídico de la UE y cómo podemos conocerlo), sobre su legitimidad (cómo puede autolegitimarse la UE), y sobre las formas de definición de políticas y representación y participación ligadas a la noción de soberanía política.

Empezaré presentando las diferentes narrativas sobre el asunto de la autoridad última desarrolladas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por un lado y los tribunales constitucionales nacionales por el otro. A continuación, revisaré en mayor detalle la retórica tradicional sobre la construcción de un ordenamiento jurídico europeo y su relación con los ordenamientos jurídicos nacionales. Reconstruiré este proceso, contrastando el carácter descendente (de arriba a abajo) de esta retórica tradicional con la legitimidad ascendente (de abajo a arriba) que sustentó y, de hecho, moldeó el ordenamiento jurídico europeo. Esto podrá, espero, ayudar a demostrar cómo la pluralidad de pretensiones de autoridad planteadas por el derecho de la UE y las constituciones nacionales tienen un impacto real sobre el contenido del derecho de la UE y su relación con la soberanía política de los Estados. A continuación, entraré en un análisis más teórico al destacar la naturaleza pluralista del constitucionalismo europeo y cómo esta requiere asumir una concepción distinta del derecho. Me referiré a esta concepción como *derecho contrapuntual*. También destacaré los principios marco que creo deben ser salvaguardados para proteger y desarrollar el pluralismo constitucional de Europa. Concluiré haciendo referencia al impacto de esta concepción sobre algunas de las cuestiones constitucionales a las que se enfrenta actualmente la Unión.

I. LA CUESTIÓN DE LA SOBERANÍA NORMATIVA: DOS NARRATIVAS

Si un extraterrestre aterrizara en la tierra y (asumamos lo imposible...) se interesara en la relación entre el derecho comunitario y el derecho nacional, su percepción de la realidad variaría considerablemente dependiendo de si aterrizara sobre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o sobre algunos tribunales constitucionales nacionales. Hay algo que sin embargo no cambiaría: él o ella (en caso de que los extraterrestres tengan diferencia de género) no tendría ninguna duda acerca de la cuestión de la autoridad última. Si uno lee exclusivamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la relación entre derecho comunitario y derecho nacional, se encontrará con la primacía absoluta del derecho comunitario. Como expresara el Tribunal en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*:

«al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional, sin per-

der su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma. La alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado» (2).

Si nuestro extraterrestre fuera un investigador dedicado podría reforzar esa perspectiva leyendo en muchos manuales de derecho de la UE un relato parecido sobre cómo ha sido la recepción del derecho de la UE en los ordenamientos jurídicos nacionales: el derecho de la UE afirma su primacía sobre el derecho nacional y es aplicado según ello por los tribunales nacionales. Las excepciones son raras y se presentan como casos patológicos en un por lo demás constante y creciente flujo de sumisión judicial nacional a la primacía del derecho de la UE. De ahí se deriva que el derecho de la UE prevalece sobre los ordenamientos jurídicos nacionales y ocupa la posición primaria en la jerarquía de la relación monística entre ordenamiento jurídico nacional y comunitario, siendo la más alta norma del país y detentando la autoridad última. Lo que define la relación de autoridad entre el derecho de la UE y el derecho nacional es el «estado natural de las cosas» y ése es el de la primacía del derecho comunitario. Como se ha dicho, las desviaciones nacionales de esa regla son concebidas únicamente como casos patológicos y no como elementos que prueben que la autoridad del derecho comunitario aún depende del derecho nacional.

Aun así, sería posible explicar la primacía y la aplicación uniforme del derecho de la UE sin amenazar la concepción tradicional de la soberanía y su *locus* en el estado. De hecho, como Bruno de Witte explicó acertadamente, incluso los principios de primacía y efecto directo, comúnmente identificados como las piedras angulares de la constitucionalización del derecho comunitario, podrían ser desarrollados y aplicados de manera general sin cambiar de manera sustancial el carácter de derecho internacional de los Tratados y normas comunitarias (3). Hay otros ejemplos en los que normas internacionales disfrutaran de efecto directo y primacía sin que eso implique ninguna amenaza a la autoridad última de las constituciones nacionales. Al

(2) *Asunto 11-70, Internationale Handelsgesellschaft contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, [1970] ECR 1125, párrafo 3.º Otras versiones lingüísticas son aún más explícitas al afirmar que las normas comunitarias serán superiores a todas las nacionales con independencia de la posición jerárquica de éstas en el ordenamiento jurídico nacional (la versión francesa, por ejemplo, dice que las normas comunitarias no pueden ver cuestionada su validez por normas nacionales «quelles qu'elles soient»).

(3) BRUNO DE WITTE: «Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order», en CRAIG y DE BURCA (eds.): *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, en especial, págs. 181 y 209.

contrario, son a menudo estas constituciones las que confieren dicho poder a las normas internacionales. Incluso la pretensión de autoridad hecha según normas internacionales bajo teorías internacionalistas monistas de primacía del derecho internacional no se entiende que amenace los fundamentos de la soberanía constitucional nacional, desde el momento en que esa primacía está ligada a un previo compromiso autovinculante de los Estados basado en un *pacta sunt servanda*. En este caso, estos ejemplos internacionales de soberanía estatal compartida, puesta en común o incluso limitada no amenazan realmente la soberanía estatal dado que esos ejercicios de soberanía internacional vienen de una delegación de los Estados y están limitados por los estrictos mandatos de dicha delegación. ¿Por qué no pueden reconducirse la primacía y el efecto directo del derecho de la UE hasta una concepción similar del derecho internacional y su relación con el derecho constitucional nacional? ¿O por qué no pueden la primacía y el efecto directo del derecho de la UE ser vistos como conceptos garantizados por el reconocimiento de su autoridad por parte de las constituciones nacionales de todos los Estados miembro? Esta concepción salvaguardaría una aplicación uniforme del derecho de la UE sin amenazar la autoridad última de las constituciones nacionales y su conexión con la fuente del poder constituyente en el ámbito nacional. Sin embargo, esta visión no es la adoptada por el Tribunal de Justicia y además no concuerda con la naturaleza y la extensión de la pretensión de autoridad planteada por el derecho de la UE y la comunidad política europea. El Tribunal de Justicia basó el efecto directo y la primacía del derecho comunitario en una relación directa entre las normas comunitarias y los pueblos de Europa. Y los tribunales nacionales, al plantear la cuestión al Tribunal de Justicia, reconocieron implícitamente la autonomía del orden jurídico comunitario para determinar su autoridad normativa frente a las normas nacionales. La decisión básica del Tribunal de Justicia en *Van Gend en Loos* es, en efecto, la declaración de independencia del derecho de la UE en relación con la autoridad de los Estados miembro. El tratado es presentado como mucho más que un acuerdo interestatal; es un acuerdo entre los pueblos de Europa que estableció una relación directa entre el derecho comunitario y dichos pueblos (4). Esa fuente de legitimidad directa estableció un vínculo político que autorizaba una pretensión de autoridad normativa independiente. La autoridad jurídica debía derivarse por lo tanto de una concepción autónoma del ordenamiento jurídico europeo. Esto correspondía, de hecho, con una pretensión de autoridad jurídica y política independiente que significaba que las Comunidades Europeas estaban, en palabras del Tribunal, investidas de

(4) *Asunto 26-62, NV Algemeen Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos contra Netherlands Inland Revenue Administration.*

derechos soberanos (5). Pero esta pretensión de soberanía es difícilmente compatible con el respeto por la soberanía nacional y el mantenimiento simultáneo de la concepción tradicional de soberanía. Esta concepción se basa en una noción indivisible de la soberanía, que puede ser limitada pero no amenazada en su concepción de autoridad última o de única fuente originaria de poder (tradicionalmente el Estado). A la luz de lo dicho, es natural que algunos se hayan posicionado en contra de la autonomía del derecho de la UE. La UE podría limitar la soberanía estatal teniendo en cuenta la delegación estatal de autoridad pero no podría pretender su propia soberanía independiente frente a la del estado. Pero la realidad es que esa pretensión de autoridad política y jurídica independiente ha sido afirmada por el ordenamiento jurídico europeo y fue seguida por una afirmación de los poderes de la UE que va mucho más allá de lo que podría derivarse de una delegación estatal. Ésta es, por tanto, una pretensión que compite con la de los Estados y requiere una noción de soberanía que vaya más allá incluso de las ideas de soberanía compartida, puesta en común o limitada. Requiere que adoptemos una visión de soberanías en competencia.

Asumamos ahora que nuestro extraterrestre aterrizase sobre el tejado de algunos tribunales constitucionales. Él o ella seguiría estando convencido de que no hay ninguna duda acerca de quién detenta en última instancia la autoridad, pero en este caso se trataría de las constituciones nacionales. Desde este punto de vista, la aplicación del derecho comunitario por los tribunales nacionales bajo el principio de primacía en relación con la mayor parte del derecho nacional se debe a la autoridad que le conceden las constituciones nacionales u otras normas jurídicas nacionales de autoridad similar. Al mismo tiempo, el derecho de la UE puede incluso ver reconocida su primacía frente a normas constitucionales nacionales concretas, pero eso sólo ocurriría si ciertas condiciones impuestas por la constitución nacional son satisfechas. Y son los tribunales constitucionales nacionales los que deben decir si ése es el caso y cuándo debe ceder el derecho de la UE ante las constituciones nacionales. Los tribunales constitucionales nacionales son la autoridad última a la hora de decidir sobre conflictos de jurisdicción entre el ordenamiento jurídico europeo y los ordenamientos jurídicos nacionales. Las constituciones nacionales se entienden como garantes de la primacía del derecho de la UE frente a un determinado conjunto de normas nacionales, pero también son vistas como condicionantes de esa primacía sobre la base de ciertos requisitos constitucionales y del mantenimiento de su autoridad última. En este contexto, y como expresa cierto autor, «la idea de que el derecho comunitario puede pretender su primacía en los ordenamientos jurídicos naciona-

(5) *Ibidem*.

les sobre la base de su propia autoridad parece tan poco plausible como la pretensión del Barón de Münchhausen de haber salido de las arenas movedizas tirando de su coleta» (6).

En este caso, es el poder de excepción por parte de las constituciones nacionales el que, siguiendo a Carl Schmitt, determinaría quién detenta la autoridad última. Para muchos constitucionalistas nacionales, ni siquiera hay conflicto de autoridad constitucional dado que el derecho de la UE no puede ser concebido como detentador de tal poder constitucional. Puede haber adquirido formas constitucionales de gobierno, pero no tiene autoridad constitucional propia que oponer a la autoridad constitucional nacional. Esto es así porque no ha habido un ejercicio de poder constituyente en el ámbito de la UE. Para algunos, el constitucionalismo europeo puede incluso carecer de las condiciones necesarias (como por ejemplo un *demos*) para promover dicho ejercicio de poder constituyente en el ámbito de la UE (7). Es más, resultaría problemático que pudiera haber un ejercicio de poderes constituyentes en competencia entre la Unión Europea y los Estados miembro. Ese ejercicio en competencia pondría una vez más en peligro la idea de autoridad última y la fuente de validez que es inherente a la concepción tradicional de soberanía.

La reacción del constitucionalismo nacional a la pretensión de autoridad última planteada por el constitucionalismo europeo ha sido objeto de varios estudios previos (8). Es posible identificar dos tipos diferentes de desafíos constitucionales nacionales a esa pretensión:

Ratificación constitucional nacional

Ésta es requerida por prácticamente todos los ordenamientos jurídicos nacionales con respecto a cambios en el tratado. En los sistemas nacionales que permiten el control *ex ante* de los tratados internacionales, cada ratifica-

(6) DE WITTE: «Direct Effect, Supremacy and the Nature of the juridical Order», *op. cit.*, pág. 199.

(7) Véase la argumentación al respecto en la última sección.

(8) En especial (y haciendo referencia únicamente a los estudios que realizan una comparación general o aproximativa): SLAUGHTER, STONE y WEILER: *The European Courts and National Courts - Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, Oxford, 1998; MARY VOLCANSEK, *Judicial Politics in Europe*, Peter Lang, New York, 1986; BRUNO DE WITTE: «Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order», *op. cit.*; CONSTANCE GREWE y HÉLÈNE RUIZ FABRI: *Droits constitutionnels européens*, PUF, París, 1995. Véase también la recopilación de asuntos en A. OPPENHEIMER (ed.): *The Relationship Between European Community Law and National Law: the Cases*, CUP, Cambridge, 1994.

ción de un tratado de la UE puede ser sujeta a control constitucional para apreciar su compatibilidad con la constitución nacional. En los sistemas nacionales que no contemplan ese tipo de control jurisdiccional es sin embargo usual vincular el proceso de ratificación de tratados de la UE bien a un debate político sobre su compatibilidad con la constitución nacional o bien, como sucedió en el caso de la adhesión del Reino Unido a las Comunidades Europeas, a la adopción de una norma jurídica nacional de valor especial que pueda entenderse que opere como instrumento de incorporación y validación constitucionales. Esto tiene asimismo reflejo en la manera en que las transferencias de soberanía nacional a la UE son concebidas en el ámbito nacional: para ser aceptables deben estructurarse como transferencias de soberanía limitadas y compatibles con los valores sustantivos y procedimentales de la constitución nacional. Dicha compatibilidad puede ser expresamente regulada en el texto constitucional o bien ser una simple consecuencia derivada de la necesidad de ratificación constitucional nacional de cualquier «enmienda constitucional» de la UE (a través de la revisión de los tratados) (9). Incluso cuando hay previsiones constitucionales específicas autorizando la transferencia de poderes soberanos, esto no es entendido como autorización de una derogación constitucional de otras previsiones constitucionales nacionales. Excepto cuando la propia constitución nacional atribuye valor supraconstitucional a las normas de la UE (10), la transferencia de soberanía deberá hacerse en concordancia con las específicas condiciones procedimentales y sustantivas referentes al contenido y la forma de la transferencia (11) y otras normas y valores constitucionales (12).

La perspectiva del constitucionalismo nacional, derivada de lo que hemos descrito como el requisito de la ratificación constitucional nacional, es la de que la autoridad del derecho de la UE puede ser aceptada, pero únicamente en la medida en que sea compatible con la identidad constitucional

(9) Véanse, por ejemplo, normas constitucionales nacionales a ese respecto: Italia (art. 11 y su interpretación por la Corte Constitucional Italiana en *Frontini*, sentencia n.º 183 de 27 de diciembre de 1973); España (art. 93 ss.); Bélgica (art. 34); Alemania (art. 23); Dinamarca (art. 7); Portugal (art. 7); Países Bajos (art. 92).

(10) Éste es el caso de los Países Bajos. Para un análisis profundo y algunos problemas potenciales, véase CLAES y DE WITTE: «Report on the Netherlands», en SLAUGHTER, STONE y WEILER, *op. cit.*

(11) En algunos casos, por ejemplo, la transferencia debe ser claramente limitada y determinable. Véase, por ejemplo, Dinamarca (art. 20); Suecia (art. 5); Austria (art. 92); Bélgica (art. 25).

(12) En este sentido ver las *resoluciones Maastricht* de Francia, Alemania y España: sentencia de 2 de septiembre de 1992 del *Conseil Constitutionnel*; Sentencia de 12 de octubre de 1993 del *Bundesverfassungsgericht*; Sentencia n.º 1236 de 1 de julio de 1992 del Tribunal Constitucional.

nacional. Por tanto, toda nueva pretensión de autoridad desde el derecho de la UE debe ser aceptada por las constituciones nacionales incluso cuando éstas no vayan a ejercer una jurisdicción permanente sobre las normas de la UE. Este requisito de ratificación constitucional nacional puede verse como expresión de la posición que defiende que la autoridad del derecho de la UE depende en última instancia de las constituciones nacionales (13). Esta pretensión de autoridad última de las constituciones nacionales puede sin embargo ser compatible con un sistema que reconocería la primacía del derecho de la UE e incluso su valor supraconstitucional pero únicamente en la medida en que el derecho de la UE derive de un tratado que haya pasado la prueba de la ratificación constitucional nacional. Por tanto, incluso el reconocimiento de valor supraconstitucional al derecho de la UE no constituiría abandono de una pretensión última de autoridad por parte de las constituciones nacionales en la medida en que ese valor supraconstitucional en el ámbito nacional dependería de la ratificación constitucional del derecho de la UE (14).

Hay sin embargo pretensiones constitucionales nacionales que van mucho más allá en su amenaza a la autoridad última del derecho de la UE. Éste es el caso de las constituciones nacionales que son interpretadas en el sentido de permitir el control judicial de las normas de la UE.

(13) Puede preguntarse en cualquier caso si, *de facto*, es realmente el derecho de la UE el que depende de las enmiendas constitucionales nacionales o si más bien son las constituciones nacionales las que deben enmendarse para encajar con el derecho de la UE. Ver en este sentido FRANCISCO LUCAS PIRES, «Competência das Competências: Competente mas sem competências?», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, núm. 3885, 1998, pág. 356. Véase, igualmente, el debate entre SCHILLING, WEILER y HALTERN: «Who in the Law is the Ultimate Judicial Umpire of European Community Competences?» *The Schilling - Weiler / Haltern Debate*, Jean Monnet Chair Working Paper No. 10/96, disponible en www.jeanmonnetprogram/papers/96/9610.htm

(14) Ése es de manera reseñable el caso de los Países Bajos, que conceden valor supraconstitucional a las normas de la UE (así como a cualquier norma internacional *self-executing* en general). Además, autorizan expresamente transferencias constitucionales de autoridad a la UE. Pero incluso en este caso, el hecho de que dicho valor supraconstitucional o dichas transferencias constitucionales de autoridad dependan de ciertas condiciones y procedimientos establecidos en la constitución de los Países Bajos demuestran que la autoridad última aún reside en dicha constitución y que ésta puede incluso cambiar las «reglas de juego» de su relación con del derecho europeo. En otras palabras, el valor supraconstitucional dado al derecho de la UE depende en última instancia de la propia constitución.

Control constitucional nacional del derecho de la UE

Aquí se establece una primera división entre los Estados que tienen mecanismos de control constitucional y los que no los tienen. Para estos últimos, la posibilidad de conflicto entre las constituciones nacionales (materiales o formales) y el constitucionalismo europeo tiene lugar únicamente en el momento de la ratificación de los tratados. En este caso, los procesos políticos y jurídicos de ratificación nacional de los tratados son los únicos mecanismos de control constitucional disponibles y las posibilidades de conflicto real se reducen drásticamente. La situación es más compleja en el caso de Estados que disponen de mecanismos de control constitucional pero también aquí las situaciones varían. En algunos casos, la posibilidad de conflicto puede ser eliminada garantizando el valor supraconstitucional de las normas de la UE (15). En otros casos, la probabilidad de conflicto es mayor o menor dependiendo de la variedad y el tipo (*ex ante*, *ex post*, concentradas, difusas) de acciones legales disponibles para cuestionar la constitucionalidad de cualquier norma jurídica (incluyendo normas de la UE). Allí donde no hay posibilidad de control constitucional *ex post*, la posibilidad de conflicto entre normas de la UE (que no sean tratados) y constituciones nacionales se elimina en gran medida (16).

Donde hay sistemas de revisión constitucional más desarrollados, el punto clave es la voluntad de los tribunales constitucionales nacionales de revisar la validez constitucional de las normas de la UE. A pesar de algunas «amenazas constitucionales», esa voluntad parece ser claramente limitada.

(15) Como vimos, éste es el caso de los Países Bajos (artículos 60 a 67) y, con algunas dudas tras el asunto *Grogan* (*Society for the Protection of the Unborn Child v. Grogan* [1997] IESC 4; [1989] IR 753 (6 marzo, 1997)), también el de Irlanda (art. 29.3 y *European Communities Act* de 1972). También parece ser, de hecho, el caso del Reino Unido en relación con su constitución material. Durante largo tiempo, ha sido usual reconciliar la primacía de las normas europeas con la soberanía parlamentaria a través de una ficción según la cual todos las normas del Parlamento debían ser interpretadas de manera compatible con el derecho de la UE en virtud de una resolución previa del propio Parlamento. En cualquier caso, mantener esa ficción es cada día más difícil. El asunto *Factortame* puede haber representado la asunción más clara de la primacía del derecho de la UE por parte del sistema judicial británico incluso en relación con los principios de la constitución material británica. Véase *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd.*, [1991] 1 AC 603. De cualquier forma, todavía se admite la posibilidad de que el parlamento del Reino Unido pueda disentir expresamente del derecho de la UE y de que, en ese caso, la norma del parlamento prevaleciera. Esto volvería a reinstaurar su autoridad final.

(16) Pero aún puede ocurrir si, como en el caso francés, las propuestas legislativas de la UE deben ser sometidas primero al parlamento nacional por el gobierno nacional y esto puede provocar una situación de control constitucional.

Uno de los tribunales constitucionales más activos y originales a este respecto ha sido el Tribunal Constitucional alemán. Este tribunal ha desarrollado una teoría que permite alguna forma de control constitucional al tiempo que evita conflictos concretos dado que, en general, no revisa normas específicas de la UE. Es una teoría de control constitucional de normas de la UE que a la vez se adapta a la pretensión de autoridad hecha por el derecho de la UE. Ésta es bajo mi punto de vista la originalidad de la doctrina *So long* («mientras que...»). Esta doctrina fue desarrollada originariamente por el Tribunal Constitucional alemán para afrontar los potenciales conflictos entre las normas comunitarias y los derechos fundamentales alemanes. En su primera sentencia sobre un conflicto potencial de esas características el Tribunal Constitucional alemán afirmó que, teniendo en cuenta la ausencia de un catálogo y un sistema de protección de derechos fundamentales, revisaría la validez de las normas comunitarias a la luz de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental alemana (17). En cualquier caso, una vez que el Tribunal de Justicia consideró que los derechos fundamentales hacían parte de los principios generales del derecho comunitario conforme al cual controlaría la validez de las normas comunitarias, el Tribunal Constitucional alemán cambió su postura y presentó su famosa doctrina *So long* («mientras que...»). Esta doctrina establece que mientras el Tribunal de Justicia garantice un nivel suficiente de protección de los derechos fundamentales frente a las normas comunitarias, el Tribunal Constitucional alemán no ejercerá su jurisdicción en el control de dichas normas (18). El concepto fundamental aquí es el de ejercicio. El Tribunal Constitucional alemán mantiene su jurisdicción sobre el derecho de la UE pero, al tiempo, previene conflictos concretos al abstenerse de ejercer esa jurisdicción mientras el derecho de la UE satisfaga los principios básicos de la Constitución alemana. La sentencia Maastricht del Tribunal alemán hizo temer que éste restablecería el ejercicio de su jurisdicción sobre las normas de la UE (19). A pesar de ello, sentencias recientes parecen confirmar que la doctrina dominante en la relación del Tribunal Constitucional alemán con el derecho de la UE sigue siendo la de la doctrina *So long*.

Tal doctrina prevé un control constitucional nacional de tipo sistémico sobre los principios constitucionales del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, y no un control caso por caso de la validez de sus normas. Mientras

(17) Sentencia de 29 de mayo de 1974, *Solange I*, 37 BVerfGE 271.

(18) Sentencia de 22 de octubre de 1986, *Solange II*, 73 BVerfGE 339. Confirmada recientemente en una sentencia de 7 junio de 2000.

(19) Sentencia de 12 de octubre de 1993 del *Bundesverfassungsgericht*. La versión inglesa se encuentra disponible en 33 International Legal Materials 388 (1994).

el ordenamiento jurídico comunitario y sus principios sean compatibles en su totalidad con los de la Constitución nacional, no habrá control constitucional de normas de la UE y se evitarán los conflictos entre los dos ordenamientos jurídicos. De esta forma, en vez de suponer una amenaza a la aplicación uniforme del derecho de la UE, dicha doctrina puede entenderse que respeta la aplicación uniforme del derecho de la UE, al tiempo que mantiene el control constitucional nacional sobre dicho derecho (20). ¿Pero qué pasaría si un Tribunal constitucional nacional decidiese que el ordenamiento jurídico de la UE ha dejado de satisfacer los cánones básicos de su constitución nacional? Se podrían adoptar dos posturas: el Tribunal constitucional nacional podría empezar a controlar la validez de normas concretas de la UE en relación con la constitución nacional (reinstauraría el ejercicio de jurisdicción que pretende tener en abstracto); o bien este Tribunal constitucional nacional podría sencillamente constatar la existencia de una amenaza para la identidad nacional y por tanto requerir bien una revisión de la Constitución o bien una salida del Estado de la Unión Europea a la luz del conflicto constitucional sistémico detectado. Las posturas adoptadas a este respecto también dependerán en gran medida de las provisiones constitucionales concretas que regulen estas materias. Más abajo discutiremos en mayor detalle esta cuestión, pero por el momento nos centraremos en apuntar que la posición del Tribunal constitucional alemán parece ser la primera: si se detecta un conflicto constitucional sistémico, el Tribunal reinstaurará el ejercicio de lo que pretende ser su jurisdicción para revisar la validez de normas concretas de la UE a la luz de la Constitución alemana.

De todas formas, algunos Tribunales constitucionales nacionales parecen haber adoptado una doctrina más agresiva (21). Éstos todavía admiten la posibilidad de controlar la validez de las normas de la UE caso por caso. Es tradicionalmente el caso de la Corte Constitucional italiana (22) y más recientemente de la *Cour d'Arbitrage* belga (23). Sin embargo, incluso en estos

(20) La doctrina británica que todavía prevé la posibilidad de que el Parlamento adopte normas que contradigan expresamente el derecho de la UE podría bajo una lectura similar hacerse compatible con éste si se considerase que dicha situación sólo ocurriría si el Parlamento necesitase proteger la identidad constitucional del Reino Unido.

(21) Otros sencillamente ignoran la cuestión del control constitucional de normas de la UE.

(22) *Sentencia n.º 170, Granital*, de 8 de junio de 1984, confirmada en otras sentencias. En particular véase la *sentencia 232/89, Spa Fragd contra Amministrazione delle Finanze*, de 21 de abril de 1989.

(23) *Sentencia n.º 12/94, Ecoles Européennes*, de 3 de febrero de 1994 (*Moniteur Belge 1994*) pará. B.4-5. Véase también, pero de forma más limitada, la sentencia del Tribunal constitucional danés sobre el Tratado de Maastricht (*sentencia de 6 de abril de 1998 en el asunto n.º I 361/1997*, disponible en inglés en 3 CMLR 1999, págs. 854-862).

casos los tribunales nacionales respetan el derecho de la UE y aceptan en parte su pretensión de autoridad con relación a la ley constitucional nacional. Únicamente controlarán las normas de la UE si entran en conflicto con los principios fundamentales de la Constitución, y no con cualquier norma constitucional nacional. Este respeto se confirma por el hecho de que una norma de la UE nunca ha sido atacada con base en esta doctrina. La posición de estos tribunales nacionales parece ser similar a la del Tribunal constitucional alemán en cuanto es su objetivo salvaguardar el núcleo de la constitución nacional, no el control de las normas de la UE según la constitución en general.

En este sentido, la posibilidad del control constitucional nacional del derecho de la UE bajo estas doctrinas supone sobre todo el desarrollo de una idea también inherente al requerimiento de ratificación constitucional nacional: la protección de la identidad constitucional nacional y no el control de la compatibilidad entre normas concretas de la UE y normas constitucionales nacionales. Como ya dije, volveré sobre este punto más abajo al abordar cómo hacer compatible las diferentes pretensiones de autoridad última hecha por la UE y el constitucionalismo nacional. El próximo apartado estará dedicado, en cambio, al análisis de cómo opera en la práctica este poder de veto sobre el derecho de la UE (24) que todavía mantiene el derecho nacional y lo que significa para la naturaleza del ordenamiento jurídico europeo. En otras palabras, ¿cómo opera el pluralismo constitucionalista europeo en la práctica y de qué manera influye en lo que llega a ser el derecho de la UE?

II. EL IMPACTO DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL SOBRE LA NATURALEZA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO

«Escondido en el país de hadas del Gran Ducado de Luxemburgo y bendecido con benigno descuido por los poderes que son y los medios de comunicación, el Tribunal de Justicia creó un nuevo ordenamiento jurídico de arquitectura federal...» (25). Así comienza una de las frases más famosas de la literatura jurídica europea, describiendo cómo el Tribunal de Justicia transformó al derecho comunitario en un *ordenamiento jurídico autónomo* (26)

(24) Véase D. CHALMERS: *Judicial Preferences and the Community Legal Order*, 60 MLR 1997, 164 en 180.

(25) ERIC STEIN: «Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution», *American Journal of International Law*, 1981, pág. 1.

(26) Véase el asunto 6/64, sentencia del 15/04/1964 *Costa contra Enel*, [1964] ECR 585. Véase también el caso 2/62 *Van Gend en Loos*, [1963] ECR I y el caso 14/68, *Walt Wilhelm*, [1969] I.

situado frente a los ordenamientos jurídicos nacionales en el escalón más alto de una nueva jerarquía jurídica. La magnífica descripción de Eric Stein sobre el papel asumido por el Tribunal de Justicia tiene gran parte de verdad pero, al mismo tiempo, puede confundirnos a la hora de comprender realmente cómo fue posible la aparición de un nuevo ordenamiento jurídico superior y cómo esto pasó en Europa. Si bien el Tribunal de Justicia se benefició realmente de estar escondido en Luxemburgo y descuidado por los poderes reales y los medios de comunicación, la frase también puede llevarnos a pensar que el Tribunal de Justicia desarrolló este nuevo ordenamiento jurídico en soledad, por sí solo. Éste no fue el caso. De hecho, la creación del ordenamiento jurídico europeo fue un proceso cooperativo que incluyó a un grupo mayor de actores que podrían ser descritos como integrantes de una comunidad jurídica europea. Fue esta comunidad de actores jurídicos la que reforzó al Tribunal de Justicia y legitimó la creación de este nuevo ordenamiento jurídico supranacional o federal. Pero también fue esta comunidad jurídica la que influyó en el contenido de ese ordenamiento jurídico y controló y limitó parcialmente su primacía.

La retórica tradicional sobre la aparición de un ordenamiento jurídico europeo describe la creación de un ordenamiento jurídico autónomo respaldado por los principios de primacía y efecto directo frente a los ordenamientos jurídicos nacionales. El énfasis se pone en la constitucionalización de este ordenamiento jurídico (con naturaleza autosuficiente integrada por conceptos de derecho constitucional) y su arquitectura federal con relación a los ordenamientos jurídicos nacionales. Esto está relacionado con la creación de un completo marco jurídico compuesto de principios bien conocidos como los de primacía, efecto directo, derechos fundamentales, un sistema de garantías jurisdiccionales y un marco de separación vertical y horizontal de poderes (27). Como hemos visto, el propio Tribunal de Justicia hizo hincapié en esta posición superior del derecho de la UE y de su relación con los ordenamientos jurídicos nacionales. En gran medida, esto respondía a la necesidad del Tribunal de establecer su autoridad y la del derecho de la UE de acuerdo a las visiones tradicionales del derecho. Siempre hay algo — una «*Grundnorm*», «un conjunto de reglas de reconocimiento», un derecho natu-

(27) Para un análisis más detallado véase, por ejemplo: KOEN LENAERTS: «Constitutionalism and the Many Faces of Federalism», *American Journal of Comparative Law*, vol. 38, núm. 2, 1990, págs. 205-263; G. FREDERICO MANZINI: «The making of a constitution for Europe», *Common Market Law Review*, 2, 1989, págs. 595-614; ERIC STEIN: «Giuristi, Giudici e la creazione di una Costituzione Transnazionale», en *Un nuovo diritto per l'Europa*, Giuffrè, Milano, 1991 (o «Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution», *American Journal of International Law*, 1981, pág. 1).

ral positivizado que se concibe como la «norma suprema» del ordenamiento jurídico: el criterio de validez de las demás normas. La concepción interna del ordenamiento jurídico de la UE está asimismo hecha por el Tribunal de Justicia para encajar en este modelo. El derecho primario de la UE sería la «norma suprema» de la Unión (28), el criterio de validez de las normas y resoluciones secundarias así como de todas las normas y resoluciones nacionales comprendidas en su campo. Además, el Tribunal de Justicia es el tribunal superior de este ordenamiento jurídico y por tanto disfruta del monopolio de interpretación de sus normas.

Pero el éxito de este proceso de creación de un ordenamiento jurídico europeo fue posible únicamente porque el Tribunal buscó y encontró la cooperación de diferentes actores jurídicos nacionales. Para ello, también tuvo que «negociar» con estos actores, particularmente, pero no de forma exclusiva, con los tribunales nacionales. Esto fue fundamental tanto para promover el desarrollo del ordenamiento jurídico europeo como para asegurar su legitimidad. El Tribunal desarrolló doctrinas que promovían la participación de una variedad de actores nacionales. De manera notable, promovió la «subjetivización» de los Tratados. Los Tratados no han de ser interpretados únicamente como un acuerdo entre Estados, sino como una creación para los «pueblos de Europa»: las normas de la Comunidad se dirigen a los sujetos y pueden ser invocadas por ellos. El derecho comunitario es visto como una nueva fuente de derechos a los que pueden recurrir los litigantes. Podría decirse, junto con Burley y Mattli, que «el Tribunal creó una circunscripción procomunitaria de sujetos privados al concederles algo que decir en la promulgación e implementación del derecho comunitario» (29).

El Tribunal también estuvo abierto a las preguntas planteadas por los tribunales nacionales y a menudo confió en ellos para proponer interpretaciones originales de las normas comunitarias. Por otra parte, el papel desempeñado por los tribunales nacionales a la hora de requerir sentencias del TJCE y al aplicar estas sentencias (30) proporcionó al TJCE sentencias con la mis-

(28) Se puede incluso situar algunas normas por encima de otras, elevándolas a la posición de límites materiales para la revisión del Tratado de la Unión Europea; pero ésa es una discusión en la que no entraré aquí.

(29) Anne-Marie Burley y Walter Mattli: «Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration», *International Organization*, 47, 1993, pág. 41, pág. 60. En el mismo sentido, J. H. H. WEILER: *A Quiet Revolution*, *op. cit.*, pág. 521.

(30) Por qué estuvieron disponibles y dispuestos los tribunales nacionales a hacerlo es otra cuestión. Véase J. H. H. WEILER: *Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration*, J.C.M.S., vol. 31, 1993, pág. 417, en págs. 423 y sucesivas; BURLEY y MATTILI, *op. cit.*, pág. 60.

ma autoridad que las sentencias nacionales. Esto creó una dinámica que Volcansek ha definido como «un patrón de refuerzo positivo para los tribunales nacionales en busca de decisiones prejudiciales» (31). Esta dinámica promovió la cooperación y el diálogo con los tribunales nacionales y ayudó a establecer la autonomía y autoridad del derecho comunitario. Los tribunales nacionales son responsables de la efectiva incorporación del derecho de la UE en los ordenamientos jurídicos nacionales. Pero la otra cara de esto es la dependencia de los tribunales y litigantes nacionales del derecho de la UE. La conciencia de este poder da a estos actores jurídicos una gran influencia en el propio derecho de la UE. El establecimiento de un diálogo o proceso de cooperación entre los tribunales y litigantes nacionales por un lado y el Tribunal de Justicia por el otro no podía ser limitado a una sola dirección. El Tribunal de Justicia se legitima y refuerza la autoridad del derecho de la UE bajo la cooperación de los tribunales y litigantes nacionales. Pero, por otro lado, tal cooperación da una voz importante a esos mismos actores nacionales en la determinación del derecho de la UE.

Me gustaría resaltar que esta naturaleza dialogante es importante no sólo para explicar como la creación de un ordenamiento jurídico europeo fue posible y pudo legitimarse. El papel desempeñado por una comunidad jurídica más amplia significa que los resultados e interpretaciones jurídicas constituyen una función de esta comunidad, y no únicamente del TJCE. En parte, ésta es una consecuencia general de la naturaleza del diálogo jurídico. El lenguaje de los tribunales a la hora de definir qué es el derecho no se convierte en algo de su exclusiva propiedad. Es cogido y usado por una comunidad jurídica más amplia, con significados distintos de los pretendidos originalmente. Las resoluciones de los tribunales definen su política y sus prioridades de actividad jurisdiccional en relación con la demanda general de intervención judicial. Pero si las resoluciones de los tribunales transmiten a la comunidad jurídica su voluntad de intervenir en determinadas áreas del derecho, o la falta de ella, el lenguaje utilizado por los tribunales puede llevarles en ocasiones a decir más de lo que querían o a ser interpretados de manera más amplia de la que hubieran deseado. Las decisiones judiciales no son propiedad de los tribunales sino de la comunidad jurídica y ésta incluye actores jurídicos diversos cuyas preferencias de actividad jurisdiccional pueden diferir de las de los tribunales. La distribución final de los recursos jurídicos y jurisdiccionales es determinada, como todo producto en un mercado, por la demanda de intervención judicial llevada a los tribunales por los acto-

(31) En palabras de Volcansek: «el Tribunal de Justicia aceptó todas las demandas concebibles de los tribunales nacionales y propició una amplia participación», MARY L. VOLCANSEK: *Judicial Politics in Europe*, Lang, New York, 1986, pág. 265.

res jurídicos y por la oferta de dicha actividad por los tribunales (32). La moneda utilizada en las transacciones de este mercado de actividad judicial es el razonamiento jurídico, pero los motivos subyacentes a los intercambios pueden variar en gran manera. El criterio judicial no es únicamente el resultado de un diseño judicial, sino el de un complejo proceso de oferta y demanda de derecho en el que participa la comunidad jurídica en sentido amplio; las decisiones judiciales no dirigen el uso del derecho en solitario, sino que son sujeto de «apropiación» y transformación por parte de los otros actores jurídicos (incluyendo los distintos tribunales y litigantes). Este carácter dialogante asume aun así una importancia particular en el contexto del derecho de la UE una vez que, en gran medida, no está sujeto a la autoridad final del TJCE. Esto se debe a las circunstancias que hemos definido y sobre las que el derecho de la UE ha basado su legitimidad y eficacia. Ellas explican por qué este carácter dialogante del derecho de la UE asume a menudo el carácter peculiar de un diálogo entre iguales.

Un buen ejemplo de cómo el derecho de la UE únicamente puede ser entendido como el producto una amplia comunidad de actores jurídicos es la saga *Sunday Trading* sobre comercio dominical y las referencias al Tribunal de Justicia hechas por una variedad de tribunales ingleses sobre este asunto. Dichos tribunales plantearon una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de las normas británicas prohibiendo la actividad comercial en domingo con los artículos 28 y 30 del Tratado de la CE (30 y 36 en el momento de la petición). En estos casos, los actores económicos nacionales utilizaron la provisión de libre circulación de mercancías del Tratado de la CE para enfrentarse a las normas nacionales que restringían su libertad económica al prohibirles comerciar en domingo. La posibilidad de enfrentamiento vino dada por la ya conocida amplia interpretación dada por el Tribunal de Justicia al concepto de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa. Era suficiente que una regulación nacional pudiera afectar al comercio para ser considerada tal medida, sin requerirse un efecto discriminatorio *de facto* o *de iure* sobre productos importados. Una vez probada su naturaleza, la medida de efecto equivalente sólo sería aceptable si resultara necesaria y proporcionada para la satisfacción de determinados intereses públicos (33). Según este criterio, las medidas que restringieran la libre circulación de mercancías deberían ser a la vez necesarias para alcanzar un interés público europeo reconocido y proporcionadas al objetivo deseado. En

(32) NEIL KOMESAR: *Law's Limits - The Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, CUP, Cambridge and New York, 2001.

(33) Véase MADURO: *We The Court, The European of Justice and The European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

otras palabras, los costes derivados de la restricción impuesta sobre la libre circulación de mercancías no deberían exceder los beneficios derivados del interés público perseguido con la medida. Lo que pasó fue que los operadores económicos usaron el amplio campo ofrecido por el Tribunal al concepto de restricción de la libre circulación de mercancías para sujetar cualquier regulación nacional del mercado a ese juicio de necesidad y proporcionalidad. Esto les permitió promover el replanteamiento de distintas políticas nacionales en el ámbito europeo incluso cuando no existía una verdadera preocupación por la libertad comercial entre los Estados. En el caso del *Sunday Trading* (comercio dominical) el Tribunal de Justicia cedió inicialmente ese juicio de necesidad y proporcionalidad a los tribunales nacionales. Éstos llegaron a conclusiones distintas sobre la validez de la prohibición del comercio en domingo debido a las distintas valoraciones hechas sobre la necesidad y proporcionalidad de dicha prohibición. Un análisis más amplio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la libre circulación de mercancías (34) (incluyendo su resolución subsiguiente en *Keck & Mithouard*) (35) deja claro que el amplio alcance otorgado por el Tribunal de Justicia al artículo 28 no pretendía promover el control de toda la regulación del mercado. El objetivo no era la construcción judicial del artículo 28 como una cláusula económica de control del grado de intervención pública en el mercado (36). Aun así, los operadores económicos se «apropiaron» del amplio alcance asegurado a la libre circulación de mercancías para, en efecto, poner en cuestión casi toda regulación del mercado. La participación de una pluralidad de actores en la definición de lo que la ley es y en la distribución de los recursos jurisdiccionales resulta particularmente clara en este ejemplo.

Los casos de comercio dominical son también un ejemplo especialmente bueno del diálogo que tiene lugar entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales. Como ya se dijo, el Tribunal de Justicia asignó inicialmente a los tribunales nacionales el juicio sobre la necesidad y proporcionalidad de la prohibición nacional de comerciar en domingo. Pero la consecuencia de este enfoque fue que los tribunales británicos inferiores adoptaron diferentes

(34) Véase MADURO: *We The Court*, op. cit., cap. 3.

(35) *Asuntos acumulados C-267/92 y C-268/91, Keck y Mithouard*, [1993] ECR I-6097. En esta resolución el Tribunal limitó el campo de aplicación del artículo 30 «dado que cada vez es más frecuente que se invoque el artículo 30 del Tratado para impugnar cualquier tipo de normativa que, sin referirse a los productos de otros Estados miembros, limite la libertad comercial de los operadores económicos» (párrafo 14). Pero incluso esta resolución no ha impedido a los operadores económicos continuar desarrollando nuevas interpretaciones que les permitan poner en cuestión regulaciones nacionales que limiten su libertad económica, incluso cuando estas medidas no discriminen al comercio extranjero.

(36) Véase MADURO: *We The Court*, op. cit.

decisiones en conflicto sobre la base de percepciones diferentes de la necesidad y proporcionalidad. Eventualmente, el asunto llegó a la Cámara de los Lores (por aquel entonces también se habían producido varias resoluciones del TJCE en relación con casos de comercio dominical planteadas por tribunales de otros Estados). La *House of Lords* no aceptó armonizar las distintas decisiones de los tribunales inferiores a través de un juicio final sobre la proporcionalidad de las normas sobre comercio dominical. Ése hubiera sido el trascurso normal de los acontecimientos dada la amplitud de los poderes otorgados a la judicatura nacional por el TJCE en este caso. En cambio, la *House of Lords* decidió llevar el caso al Tribunal de Justicia (37). Esto supuso claramente un mensaje al Tribunal de Justicia rechazando el papel que éste había ofrecido a los tribunales británicos. El planteamiento de las preguntas por la *House of Lords* expresaba de manera clara su insatisfacción por lo que entendía como una interpretación muy confusa e indeterminada para establecer los juicios de necesidad y proporcionalidad. El hecho de que una aplicación de dicho juicio hubiera sido en este caso puesto por el Tribunal de Justicia en manos de los tribunales nacionales se entendió tal vez por la Cámara de los Lores como un intento por parte del Tribunal de Justicia de deshacerse de la complejidad política de un caso que era consecuencia en gran medida de su amplia interpretación de la libre circulación de mercancías. La consecuencia, aún así, había sido el incremento de la litigiosidad y de las sentencias divergentes sobre el asunto del comercio dominical en el sistema judicial británico, que se vio envuelto en un problema que la *House of Lords* probablemente consideraba inadecuado para los tribunales (38). Por tanto, la Cámara de los Lores requirió del Tribunal de Justicia criterios mucho más detallados y específicos sobre cómo medir la necesidad y proporcionalidad de las medidas regulatorias. Volvió a situar la carga de la decisión de nuevo sobre el Tribunal de Justicia. En su respuesta, el Tribunal de Justicia prefirió simplemente reconocer la posibilidad de la prohibición de comerciar en domingo (39), cambiando el enfoque seguido en su resolución inicial sobre el comercio dominical. Esta «queja» de la *House of Lords* puede haber desempeñado también un papel en la sentencia subsiguiente del Tribunal en *Keck and Milthouard* (40). En esta sentencia, el TJCE restringió el ámbito de aplicación de la libre circulación de mercancías. Puede ser que, enfrentado al aumento de la litigiosidad en relación con la libre circulación

(37) *Council of the City of Stoke-on-Trent y Norwich City Council contra B & Q*, Cámara de los Lores, Orden de 20/05/91.

(38) Véase RAWLINGS: *The Eurolaw Game*, op. cit., pág. 318.

(39) Caso C-169/91, *Stoke on Trent*, [1992] ECR I-6635.

(40) Véase la nota 35.

de mercancías, el Tribunal hubiera intentado, con su resolución inicial sobre el comercio dominical, desarrollar una estrategia que le permitiera mantener su interpretación tradicional de estas reglas al promover una implicación mayor de los tribunales nacionales en la aplicación de los criterios de necesidad y proporcionalidad. Pero este enfoque no obtuvo una respuesta favorable de algunos de esos tribunales nacionales (en especial de la Cámara de los Lores) y, como consecuencia, el Tribunal pudo tener que encontrar una solución para sus problemas en otro lugar (modificando parcialmente la interpretación tradicional del artículo 28).

Los asuntos del comercio dominical son por tanto un ejemplo especialmente bueno de la naturaleza discursiva del derecho de la UE y de su profunda dependencia de una circunscripción de actores sociales y jurídicos nacionales que han de ser tenidos en cuenta para poder comprender qué es y cómo opera el derecho de la UE. Su papel ampliado a la hora de desarrollar el derecho de la UE y asegurar su legitimidad tiene como contrapartida una gran influencia a la hora de explicar el derecho de la UE, saber lo que es y afrontar sus problemas normativos. Estas circunstancias convierten, en gran medida, a estos actores sociales y jurídicos en socios iguales del Tribunal de Justicia en el desarrollo del derecho de la UE.

III. SEIS CONSECUENCIAS DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL EUROPEO

El pluralismo constitucional europeo tiene grandes consecuencias prácticas en distintos aspectos del ordenamiento jurídico europeo y su impacto sobre la soberanía jurídica y política de los Estados. Para poder tomarse en serio el pluralismo constitucional europeo uno debe tener en cuenta al menos seis consecuencias derivadas de la naturaleza del derecho de la UE, su legitimidad y su relación con el derecho y el proceso político nacionales.

1) *La legitimidad del derecho de la UE*

La legitimidad del derecho de la UE se encuentra en su construcción ascendente (o de abajo a arriba). La razón para esto no reside únicamente en el «poder de veto» de los tribunales nacionales en relación con la implementación y la eficacia del derecho comunitario (41) sino también en la manera en que los tribunales nacionales y otros actores modelan la interpretación y

(41) Véase D. CHALMERS: *Judicial Preferences and the Community Legal Order*, 60 MLR 1997, 164, pág. 180.

aplicación de este derecho. Olvidar este hecho en desarrollos futuros del ordenamiento jurídico de la UE significa minar la base de su legitimidad y su aceptación social. Fue el apoyo de una gran circunscripción de actores jurídicos (principalmente tribunales y litigantes nacionales) la que «autorizó» al Tribunal de Justicia a «liberar» al derecho de la UE de la legitimidad indirecta a través del Estado y plantear una pretensión de autoridad política y jurídica independiente.

2) *Un problema de democracia en la legitimidad pluralista del derecho de la UE*

El basar la legitimidad del derecho de la UE en una circunscripción de actores que forma la comunidad jurídica europea hace surgir el problema de la participación en esa comunidad. La judicialización de la integración europea impone una carga especial sobre la legitimidad del derecho de la UE y del papel desempeñado por los tribunales. De manera similar, la búsqueda de esa legitimidad a través de mecanismos de representación y participación proporcionados a los litigantes particulares por el proceso judicial requiere de esos mecanismos que sean sujetos de análisis y control democráticos. Participación y representación deben ser intensificadas y democratizadas en los procesos de interpretación y aplicación del derecho de la UE. Éste no debe continuar siendo el dominio de un particular grupo de actores sociales o de algunos tribunales nacionales. Debemos centrarnos en la composición y construcción de la comunidad jurídica europea a la hora de reformar el ordenamiento jurídico europeo. El asunto requiere la extensión de la cuestión de la democracia en Europa al problema de cómo democratizar los diálogos judiciales y jurídicos en la UE.

3) *La epistemología del derecho de la UE*

El estudio del papel de los tribunales nacionales y otros actores jurídicos nacionales es importante para entender la legitimidad y la eficacia del derecho comunitario y la forma en que éste es desarrollado por el Tribunal de Justicia. Pero también es especialmente importante en términos epistemológicos para un conocimiento completo del ordenamiento jurídico comunitario. Éste es en igual medida producto de su construcción por el Tribunal de Justicia como de la apropiación por parte de esa comunidad jurídica más amplia de ese cuerpo jurídico. Ahí está implícita una tercera consecuencia: no sólo es el derecho de la UE el producto de una comunidad jurídica más am-

plia sino que, como consecuencia de ello, sólo puede ser verdaderamente entendido teniendo lo anterior en cuenta. Es necesario prestar más atención a los tribunales nacionales europeos (42) y la manera en que interpretan y aplican el derecho europeo. De otra forma los árboles pueden ocultarnos el bosque. Buenos ejemplos de estas situaciones son los casos en los que los tribunales nacionales han ido más allá que el TJCE al extender la protección ofrecida por el derecho de la UE en situaciones de efecto directo horizontal y discriminación contra un nacional del propio estado (43).

4) *Coherencia e integridad del derecho de la UE*

La cuarta consecuencia es que, si el derecho de la UE es el producto de una comunidad jurídica más amplia compuesta de actores de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, entonces la coherencia y la integridad del ordenamiento jurídico europeo únicamente pueden ser aseguradas de manera efectiva si el diálogo también tiene lugar entre los distintos tribunales nacionales o, de forma más amplia, entre las distintas comunidades jurídicas nacionales. Un ordenamiento jurídico de la UE coherente necesitará de los diálogos vertical (entre el TJCE y los tribunales nacionales) y horizontal (entre los tribunales nacionales).

5) *Ámbito del derecho de la UE*

Otra consecuencia es que el ámbito del derecho de la UE depende en gran medida tanto de problemas nacionales como de cuestiones europeas. Para los actores nacionales, el derecho de la UE es sencillamente una nueva fuente de argumentos a usar en el contexto de cualesquiera conflictos que

(42) SLAUGHTER, STONE y WEILER en el título de su libro, *op. cit.*, hablan de tribunales europeos para hacer referencia a esta característica del derecho de la UE.

(43) Ejemplos de lo primero han proporcionados por jueces nacionales en el contexto de un proyecto sobre la aplicación del derecho laboral europeo por los tribunales nacionales europeos (posteriormente publicado como libro: SCIARRA (ed.): *Labour Law in the Courts - National Judges and the ECJ*, Hart Publishing, Oxford, 2000). Como ejemplos de lo segundo (en que los tribunales nacionales aplicaron derecho de la UE en situaciones que el Tribunal de Justicia había excluido del ámbito de aplicación del derecho europeo por considerarlos situaciones puramente internas): *Cour de cassation, chambre criminelle, Comité national de défense contre l'alcoolisme contra Rossi de Montalera et autres*, 1 de junio de 1983, recogido en RTDE, 19, 1983: 468; *Tribunal d'instance de Bressuire (greffe de Thouars), Commissaire de police de Thouars contra M. Cognet, Centre Leclerc*, 10 de abril de 1987, recogido en RTDE, 23, 1987: 553.

pudieran afectar sus intereses. Como vimos en relación con los casos de comercio dominical, para los actores económicos nacionales era posible poner en cuestión las políticas regulatorias nacionales a través del derecho de la UE y someterlas a un proceso decisorio alternativo. Como afirma Rawlings, el derecho comunitario se transformó en «la defensa europea de los actores nacionales frente a políticas internas» (44). Estas «apropiaciones» instrumentales del derecho por parte de distintos actores jurídicos llevaron a un trasplante de las normas jurídicas a distintas comunidades de diálogo (45). Dos cuestiones importantes se plantean: ¿Cuáles son las consecuencias de la importación de argumentos de derecho de la UE a los debates jurídicos nacionales y viceversa?; y ¿resulta legítimo para el derecho de la UE ese papel reformador de los debates nacionales jurídicos y políticos de ámbito puramente doméstico?

6) *La naturaleza de la amenaza a la soberanía*

La importancia de las dinámicas nacionales en la aplicación del derecho de la UE demuestra que el reto a la soberanía nacional no reside en realidad en la transferencia de competencias de los Estados a la Unión. La europeización de los debates políticos y jurídicos nacionales es consecuencia a menudo de un intento de determinados actores nacionales de alterar el balance participativo y de representación entre los diferentes actores nacionales en la definición de determinada política, y no tanto del carácter europeo o nacional de esas políticas. Se trata de una europeización estratégica y no ontológica. La europeización estratégica cambia los actores dominantes en determinadas políticas y en ese sentido representa una amenaza distinta a la soberanía. Pone en cuestión la forma de soberanía política del estado que he identificado con su autonomía a la hora de definir el ámbito y las maneras de representación y participación en la definición de las políticas internas.

IV. LA NATURALEZA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EUROPEO: DE LA PRÁCTICA A LA TEORÍA

Hemos visto cómo el derecho de la UE es el producto del diálogo entre los actores de una amplia comunidad jurídica europea en la cual la opinión

(44) RAWLINGS: *op. cit.*, pág. 313.

(45) Ténganse en cuenta asimismo los ejemplos propuestos en la nota 43.

de algunos de esos actores puede incluso oponerse a la del Tribunal de Justicia. Pero ¿puede esta comprensión dialogante ser llevada más allá hasta el punto de transformarse en la base de legitimación del ordenamiento jurídico europeo y su elemento de identidad distintivo? En otras palabras, ¿está ese diálogo relacionado con una forma de pluralismo jurídico sobre el cual ha de basarse el ordenamiento jurídico europeo? O, ¿debe estar este ordenamiento jurídico sujeto a una organización jerárquica que garantice bien al Tribunal de Justicia bien a los tribunales nacionales el papel de autoridad última a la hora de decidir conflictos jurídicos en el seno de la comunidad jurídica europea? Ésta es la cuestión de la soberanía jurídica en Europa. Hemos visto cómo la retórica del derecho europeo parece asumir que la autoridad última corresponde al derecho europeo y no al nacional. También hemos visto cómo esto está relacionado con la necesidad de encajar el derecho europeo con la estructura jerárquica clásica de los ordenamientos jurídicos. Pero la integración europea «ataca» esta concepción jerárquica del derecho. En realidad, tanto el derecho nacional como el europeo asumen en su lógica interna el papel de derecho superior. Según la concepción interna del ordenamiento jurídico de la UE desarrollada por el Tribunal de Justicia, el derecho comunitario primario será el «derecho superior» de la Unión, criterio de validez de resoluciones y normas secundarias así como de todas las normas y resoluciones nacionales incluidas en su ámbito. Además el Tribunal de Justicia es el tribunal supremo de este ordenamiento. De todas formas, los ordenamientos jurídicos y constituciones nacionales asumen un punto de vista distinto. En él, el derecho comunitario debe su primacía a su recepción operada por una norma nacional superior (generalmente constituciones). La norma superior sigue siendo en los ordenamientos jurídicos nacionales la constitución y el poder último de adjudicación jurídica reside en los distintos tribunales constitucionales nacionales. En este sentido, la cuestión de quién decide quién decide (*kompetenz-kompetenz*) tiene respuestas distintas en los ordenamientos jurídicos nacionales (46) y en el europeo, y cuando se contempla desde una perspectiva externa a los ordenamientos jurídicos nacionales y comunitario, requiere una concepción del derecho que no dependa de una estructura jerárquica y una concepción de la soberanía como única e indivisible. Dicha concepción de la soberanía ha estado amenazada por conceptos como la soberanía compartida, pero lo que aporta la relación entre los orde-

(46) Rossa Phelan ha hecho un análisis detallado de los diferentes puntos de vista sobre la relación entre ordenamientos jurídicos nacionales y europeo desde la perspectiva del derecho comunitario, el derecho constitucional nacional o incluso el derecho internacional público. Véase *Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, Sweet & Maxwell, Dublín, 1997.

namientos jurídicos nacionales y el comunitario es una noción aún más desafiante: la de las soberanías en competencia.

Esta forma de pluralismo jurídico ha sido en principio defendido de manera convincente por Neil McCormick (47) y más recientemente por Neil Walker (48). En cualquier caso, la sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional alemán y la posibilidad de que este tribunal pudiera echar por tierra una norma jurídica comunitaria con su resolución sobre el reglamento Bananas (49) han causado el temor de conflictos reales entre el Tribunal de Justicia y tribunales nacionales que perturben el ordenamiento jurídico europeo y en última instancia el proceso de integración europeo. La tendencia general en los tribunales europeos puede ser la de aceptar la «Constitución europea», pero como se muestra en la primera parte de este artículo, hay todavía un desafío por parte de varios altos tribunales nacionales a la primacía absoluta del derecho de la UE. Esto se hace visible tanto en la descripción que el constitucionalismo nacional hace de sí mismo como en la dependencia de la eficacia del derecho de la UE con respecto al derecho y los tribunales nacionales. Para decirlo con las destacables palabras de Damian Chalmers: el derecho nacional todavía mantiene un poder de veto sobre el derecho comunitario (50). La sombra de este veto es importante aunque no se ejerza efectivamente. El ordenamiento jurídico europeo se caracteriza tanto por la «norma» (la aceptación por los tribunales nacionales de la primacía y el efecto directo) y, como diría Schmitt, el poder de excepción, afirmado pero nunca ejercido, de los tribunales constitucionales nacionales. De hecho, esta posibilidad de los tribunales constitucionales nacionales acaba por determinar cómo tienen lugar la aplicación e interpretación normales del derecho de la UE.

Hay por tanto poderosas razones, normativas y pragmáticas, para no adoptar una alternativa jerárquica que imponga una autoridad monista del derecho europeo y sus instituciones jurisdiccionales sobre el derecho nacional. Esta solución sería difícil de imponer en términos prácticos y podría minar la base de legitimidad sobre la que el derecho europeo se ha desarrolla-

(47) NEIL MACCORMICK: «Beyond the Sovereign State», 56 MLR 1993, 1.

(48) NEIL WALKER: «The Idea of Constitutional Pluralism», 65 *Modern Law Review* 2002, núm. 3, 317.

(49) Véase, por ejemplo, M. KUMM: *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?*, Harvard Jean Monnet Chair Working Papers 10/98, www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/98/98-10-.html. Véase también ARMIN VON BOGDANDY: «The legal case for unity: The European Union as a single organization with a single legal system», 36 *Common Market Law Review* 1999, 887.

(50) Véase D. CHALMERS: «Judicial Preferences and the Community Legal Order», 60 *MLR* 1997, 164-180.

do (51). Aunque la construcción gramatical utilizada por los juristas europeos al describir el proceso de constitucionalización puede adoptar una perspectiva descendente (de arriba a abajo), la realidad es que, como hemos visto, la legitimidad del constitucionalismo europeo se ha desarrollado en estrecha cooperación con los tribunales y las comunidades jurídicas nacionales. Lo que, en contrapartida, provocó progresivamente un impacto ascendente (de abajo a arriba) en la naturaleza del ordenamiento jurídico europeo (52). También hemos visto que, a pesar de sus pretensiones de autoridad última y soberanía jurídica, tanto el ordenamiento jurídico europeo como los nacionales hacen concesiones más o menos explícitas hacia las pretensiones de autoridad del otro. Hacen los ajustes necesarios en sus respectivas pretensiones para prevenir una colisión real. El derecho de la UE ha realizado cambios constitucionales sustantivos, como los derechos fundamentales, para dar acomodo a las demandas planteadas por las constituciones nacionales. Las constituciones nacionales han sido interpretadas de forma que se tiende a evitar el control de normas concretas de la UE.

Hay otra razón para adoptar una concepción pluralista del ordenamiento jurídico europeo. Está relacionada con una concepción más amplia de la legitimidad del proceso de integración europeo. Es una que basa la legitimidad de la integración europea en su papel de corrector de los límites constitucionales de las comunidades políticas nacionales y en la reforma de la noción de constitucionalismo político que está asociado a estas comunidades. Esta noción relaciona tradicionalmente el constitucionalismo con una única comunidad política y al mismo tiempo tiende a concentrar el poder en una autoridad última a través de su organización jerárquica. En cualquier caso, esto contradice en parte el propio constitucionalismo porque elimina una de sus formas de poder limitado. De hecho, la cuestión del «quién decide quién decide» y la falta de una autoridad última puede ligarse a los valores del constitucionalismo como una de sus garantías de limitación de poder. En un sistema federal o multinivel es la concepción federal o vertical del constitucionalismo (como forma de gobierno limitado en el ámbito federado y federal) la que requiere que la cuestión del «quién decide quién decide» quede sin resolver. Por supuesto, todos los sistemas constitucionales han desarrollado históricamente formas de reparto de la autoridad final como manera de prevenir conflictos y garantizar que las resoluciones constitucionales sean acep-

(51) En palabras de Chalmers, «el régimen puede desarrollarse en tanto no perturbe de manera significativa las relaciones de igualdad establecidas entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia», *op. cit.*

(52) KAMIEL MORTEMANS: *Community Law: More than a Functional Area of Law, Less than a Legal System*, Legal Issues of European Integration, 1996/1, 23, págs. 42-43.

tadas por todos. Pero ¿qué pasaría si lo que hace único al ordenamiento jurídico europeo fuera que esa cuestión sin resolver debiera quedar irresoluta?; y ¿qué pasaría si fuera la fundación de la integración europea sobre distintas comunidades políticas, el valor democrático añadido derivado de esto y la mutua corrección de los fallos de funcionamiento constitucionales lo que requiriese el mantenimiento del pluralismo jurídico? Por un lado, el constitucionalismo europeo promueve el carácter inclusivo del constitucionalismo nacional desde una perspectiva al tiempo interna y externa: desde una perspectiva externa requiere del constitucionalismo nacional el tener en cuenta intereses de otros Estados que pueden verse afectados por las deliberaciones de las comunidades políticas nacionales y limita los posibles abusos que pudieran derivarse de la concentración de poder en las comunidades nacionales que es inherente a las concepciones tradicionales de constitucionalismo y soberanía (53); desde una perspectiva interna, los desafíos planteados por el constitucionalismo europeo a la soberanía de las deliberaciones nacionales bajo el constitucionalismo nacional también permite una nueva forma de otorgar voz a grupos nacionales desprovistos de poder y a menudo reintroduce deliberación en áreas del proceso político nacional que habían quedado prisioneras de una cierta composición de intereses o de ciertas definiciones inatacables del interés común. Por el otro lado, el constitucionalismo nacional sirve como garantía frente a posibles concentraciones y abusos de poder del constitucionalismo europeo y al tiempo requiere de éste la mejora constante de sus estándares constitucionales a la luz de los desafíos y demandas impuestos por las constituciones nacionales. Mientras los posibles conflictos de autoridad no lleven a una desintegración del ordenamiento jurídico europeo, el carácter pluralista del constitucionalismo europeo en su relación con el constitucionalismo nacional debería ser entendido como un descubrimiento bienvenido y no como un problema necesitado de solución. Debemos empezar a razonar en el campo de lo que podría ser llamado derecho contrapuntual. El contrapunto es el método musical de armonizar diferentes armonías que no mantienen una relación jerárquica entre ellas. El descubrimiento de que diferentes melodías podían ser oídas al mismo tiempo de manera armónica fue uno de los grandes avances en la historia de la música y aumentó en gran medida el arte y el placer musicales. También en Derecho tenemos que aprender cómo manejar la relación no jerárquica entre diferentes ordenamientos jurídicos e instituciones y descubrir cómo sacar partido de la diver-

(53) Weiler se refiere a esta función del derecho europeo como el principio de tolerancia constitucional. (J. H. H. WEILER: «The Principle of Constitutional Tolerance», en SNYDER (ed.): *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Hart Publishing, Oxford, 2000.)

sidad y las opciones que nos ofrece sin generar conflictos que pudieran en último extremo destruir estos ordenamientos jurídicos y los valores que defienden. Hay mucho que ganar en una concepción pluralista del ordenamiento jurídico de la UE. Pero para obtener la máxima ventaja de este pluralismo jurídico necesitamos concebir formas de reducir o sobrellevar los conflictos potenciales entre ordenamientos jurídicos al tiempo que promovemos la comunicación entre ellos y requerimos de los tribunales que discurran sus sentencias y los conflictos de intereses anejos a la luz de un ordenamiento jurídico europeo más amplio (el que surge del diálogo entre el ordenamiento jurídico de la UE y los nacionales).

El ordenamiento jurídico europeo debería ser entendido como integrador de las pretensiones de validez tanto del derecho constitucional nacional como del europeo. Pero para que este ordenamiento jurídico europeo sea viable y consiga los objetivos que le hemos asignado, debe cumplir con una serie de requisitos que expondremos a continuación. Éstos son los requisitos que hacen posible la armonía en un contexto de melodías diferentes.

V. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRAPUNTUAL

Estos son los principios con los que deben comprometerse todos los actores de la comunidad jurídica europea y según los cuales el ordenamiento jurídico europeo ha de estructurarse como sistema jurídico. Este compromiso es voluntario pero puede ser presentado como un límite al pluralismo. Puede argumentarse aún así que éste es el límite al pluralismo que resulta necesario para permitir el mayor pluralismo posible. En cierto sentido, para que el pluralismo resulte viable en el contexto de un ordenamiento jurídico coherente debe haber una base común para el diálogo. Esta base es un conjunto de principios compartidos por todos los participantes que, al tiempo que respeta sus pretensiones de autoridad en competencia, garantiza la coherencia e integridad del ordenamiento jurídico europeo. Estas son entendidas como principios marco que dan forma al constitucionalismo europeo y regulan la relación entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales y entre estos y el ordenamiento jurídico europeo. Son estos distintos ordenamientos jurídicos europeos los que forman lo que podríamos definir como el ordenamiento jurídico europeo en sentido amplio. Estos principios garantizan que el ordenamiento jurídico europeo podrá cumplir los objetivos contenidos en su concepción pluralista y garantizar la armonía entre los distintos diálogos jurídicos y las formas de poder europeo que esa concepción pluralista implica. Algunos de estos principios son requisitos de cualquier ordenamiento ju-

ridico pero, como defenderé, asumen un carácter particular en su aplicación al ordenamiento jurídico europeo.

Estos principios están configurados de tal forma que permiten a los procesos de justificación nacionales y europeos de sentencias basarse en argumentos distintos mientras que en el ámbito de aplicación llevan a resoluciones compatibles. En muchos aspectos sencillamente realzan y refinan los mecanismos de reconocimiento mutuo, de diálogo y de compatibilidad que ya fueron apuntados en la relación existente entre algunos tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia. Están dirigidos a promover lo que podría ser definido como acuerdos parcialmente teorizados (54): la posibilidad de coincidir en resultados jurídicos concretos sin un acuerdo sobre los valores fundamentales que puedan justificar dichos resultados. En el caso de la primacía y el efecto directo del derecho de la UE quizá sea más apropiado hablar de reconocimiento mutuo de justificaciones distintas conducentes al mismo resultado jurídico. Un ordenamiento jurídico europeo integrado y coherente será posible, incluso en el contexto de pretensiones en competencia sobre la autoridad jurídica final, mientras estas pretensiones sean compatibles. Para que esto sea así, no es necesario que la hermenéutica de los distintos ordenamientos jurídicos se base en los mismos criterios de reconocimiento de las normas jurídicas aplicables. Para que el derecho contrapuntual sea viable es sin embargo necesario crear un conjunto de reglas que sean compartidas por los diferentes ordenamientos jurídicos a la hora de proponer y aplicar sus distintas pretensiones de autoridad. Este conjunto de principios permite a los distintos ordenamientos jurídicos ajustarse a las pretensiones de los otros y prevenir la posibilidad de conflictos. En las teorías sobre sistemas sociales, el problema de la compatibilidad entre distintos sistemas sociales se presenta como un problema de coordinación cuya solución sólo puede ser encontrada en la adaptación por cada sistema de su propio conjunto de perspectivas a los posibles contactos y colisiones con los otros sistemas (55).

Hay tres requisitos que garantizan el mutuo reconocimiento y el desarrollo de un ordenamiento jurídico coherente en un contexto de pluralismo constitucional. 1) las teorías de deliberación y participación sobre las que basan sus sentencias los tribunales nacionales y europeos deben ser exten-

(54) La expresión pertenece a CASS SUSTEIN: *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York Oxford University Press, 1996. El uso de la expresión no supone la adopción completa de la teoría de acción judicial y razonamiento jurídico defendida por Sustain en el libro.

(55) GUNTHER: «The Idea of Impartiality and the Functional Determinacy of the Law», *Northwestern University Law Review Fall*, 1988/Winter 1989, 151, at pág. 155. En un sentido similar, CATHERINE RICHMOND: *Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law*, 1 *Law and Philosophy*, 377, pág. 417 (véase más abajo en mayor detalle).

sibles a todos los participantes; 2) cada teoría debe ser construida de forma que pueda ajustarse y adaptarse a las teorías concurrentes; 3) las teorías deben ser conducentes a un acuerdo sobre resultados concretos. El cumplimiento de estos requisitos es lo que garantiza tanto el pluralismo del ordenamiento jurídico europeo como su coherencia e integridad en un contexto de participación igualitaria entre todos los actores jurisdiccionales comprometidos. Ellos aseguran que las pretensiones concurrentes de autoridad no llevarán a la erosión del ordenamiento jurídico europeo. Los principios que siguen intentarán proporcionar el marco necesario para el cumplimiento de estos requisitos. Pueden ser llamados los principios armónicos del derecho contrapuntual.

Pluralismo

Este principio asume dos dimensiones: una fundacional y una participativa. La primera es el requisito, ya expuesto, de que cualquier ordenamiento jurídico debe respetar la identidad de los demás ordenamientos jurídicos; su identidad no debe ser afirmada de manera que amenace la identidad de otros ordenamientos jurídicos o la concepción pluralista del propio ordenamiento jurídico europeo. A este respecto, Catherine Richmond ha propuesto un atractivo marco de acción para la «indeterminación jurídica» implícita en la relación no jerárquica entre los ordenamientos jurídicos nacionales y europeos. Ella defiende que cada ordenamiento jurídico tiene su propio punto de vista sobre el mismo conjunto de normas (56) y tendrá en cuenta los cambios realizados en ese conjunto por los otros ordenamientos jurídicos: «cada vez que se crea o modifica una norma en un ordenamiento jurídico concreto, el acuerdo cognitivo sobre las normas debe ser reformulado desde nuestro punto de vista particular para poder dar acomodo a ese cambio» (57). De todas maneras, ningún ordenamiento jurídico debería ser obligado a abandonar su propio punto de vista (o, si se prefiere, su propio marco cognitivo). En sus propias palabras:

«Un estado de indeterminación jurídica es estable únicamente mientras no se vea sometido a un desafío normativo que amenace la base política del modelo cognitivo adoptado (...). Es por ello del interés de todas las partes el

(56) En la sugerente expresión de Josephine Shaw: «cada constitución nacional crea una “entrada” distinta para el ordenamiento jurídico europeo». «Postnational Constitutionalism in the European Union», *Journal of European Public Policy*, 6 (1999), 579.

(57) CATHERINE RICHMOND: *Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law*, 1 Law and Philosophy, 377, pág. 417.

preservar la indeterminación de la Comunidad, permitiendo a cada uno acogerse al modelo de autoridad jurídica que le sea más comfortable» (58).

La identidad se pierde si no se autodetermina. Por otro lado, dicha autodeterminación no debería discutir la identidad autodeterminada de los otros ordenamientos jurídicos.

Una de las consecuencias puede ser que cada vez que un ordenamiento jurídico cambie un conjunto de normas compartidas con el ordenamiento jurídico europeo en sentido más amplio deba hacerlo en una manera que pueda ser aceptada por los demás ordenamientos jurídicos. Por ello el pluralismo implica el reconocimiento y el ajuste de cada ordenamiento jurídico a la pluralidad de pretensiones de autoridad igualmente legitimadas realizadas por los otros ordenamientos jurídicos. Esto tiene profundas consecuencias sobre la manera en que el derecho constitucional nacional ha de ajustarse e incorporar el derecho de la UE. Pero también requiere del derecho de la UE el respetar las pretensiones de los derechos constitucionales nacionales. Esto puede adoptar distintas formas: continuar requiriendo la ratificación constitucional nacional de las reformas constitucionales europeas; el reconocimiento expreso de un derecho de salida constitucional; atención continuada a las demandas de las constituciones nacionales a la hora de reformar ciertos aspectos del derecho de la UE. Algunos de estos aspectos volverán a ser tratados más abajo cuando discutamos cómo tratar con posibles conflictos constitucionales.

La otra dimensión del pluralismo requiere para tal diálogo el tener lugar de forma que promueva la participación más amplia posible. De momento, uno de los déficit democráticos a los que se enfrenta el ordenamiento jurídico europeo reside en el hecho de que tiende a ser principalmente el dominio de una elite de litigantes asiduos. Los costes de información y transacción que supone la litigación en el derecho de la UE tienden a promover la participación de un concreto grupo de litigantes en la construcción del derecho de la UE. Estos litigantes suelen ser a menudo compañías multinacionales y están apoyados en estrategias legales transnacionales cuando, por ejemplo, los tribunales nacionales implicados en esta litigación no se benefician de la misma coordinación o perspectiva transnacional. Asimismo, el diálogo entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales tiende a desarrollarse en trayectorias nacionales separadas, aumentando las posibilidades de establecer competencia y comparaciones entre estos diferentes diálogos europeos. ¿Participan todos los tribunales europeos de igual forma y tienen todos ellos el mismo poder negociador? ¿Fomenta el Tribunal de Justicia socios privile-

(58) CATHERINE RICHMOND: *op. cit.*

giados para el diálogo? Estas formas de diálogo desiguales se corresponderían, por usar un cliché, con el déficit democrático imperante en el diálogo jurídico europeo. En cambio, un ordenamiento jurídico europeo verdadero y un verdadero diálogo jurídico europeo sólo pueden basarse en una participación igualitaria de los diferentes actores que componen la comunidad jurídica europea emergente.

Coherencia vertical y horizontal y consistencia

¿Cómo podemos asegurar que el pluralismo constitucional europeo no va a erosionar la uniformidad y la aplicación coherente del derecho de la UE? Una concepción pluralista puede ser muy atractiva como una forma de legitimación abstracta del derecho de la UE pero muchos temen que su aplicación sea imposible y en último extremo destruya el ordenamiento jurídico europeo. El concepto de coherencia que subyace a esta perspectiva es uno de coherencia como unidad del ordenamiento jurídico (59) que asegure que cada nueva resolución jurídica es coherente con las anteriores. Es esta coherencia del ordenamiento jurídico la que parece estar amenazada por la «autorización» de tener determinaciones concurrentes del derecho. Pero esto se debe a menudo al hecho de que dicha coherencia sistémica se asocia a la coherencia teórica (que todas las resoluciones se basen en una teoría jurídica unificadora). En cualquier caso, la coherencia del ordenamiento jurídico no necesita una teoría del derecho única y generalizada. Es posible tener un ordenamiento jurídico coherente en el contexto de determinaciones del derecho en competencia mientras todos los participantes compartan el mismo compromiso con un ordenamiento jurídico coherente y ajusten sus pretensiones concurrentes de acuerdo con un conjunto mínimo de principios de diálogo. Uno de los cuales ha de ser precisamente el de adherirse a una construcción coherente de un ordenamiento jurídico común. Esto requiere deliberar y justificar sus resoluciones para que encajen con las resoluciones previas de los otros participantes y así salvaguardar la coherencia del ordenamiento jurídico.

Cuando los tribunales nacionales apliquen el derecho de la UE deben hacerlo de manera que esas resoluciones encajen con las tomadas por el Tribunal de Justicia y con las de otros tribunales nacionales. Esto resulta de parti-

(59) Para una discusión sobre las diferentes nociones de coherencia en el contexto del derecho de la UE véase LEONOR MORAL SORIANO: *A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning - A Model for the European Court of Justice*, de próxima publicación en *Ratio Juris*.

cular importancia considerando el hecho de que una interpretación y aplicación del derecho de la UE impuestas verticalmente por el Tribunal no serían suficientes. La creciente litigación relacionada con el derecho de la UE tendrá como consecuencia que una carga aumentada de interpretación y aplicación del derecho de la UE recaerá sobre los tribunales nacionales *de facto* incluso aunque no lo haga *de iure*. Como es bien sabido, el tratado de la CE establece que los tribunales nacionales tendrán el derecho o la obligación (en el caso de sentencias que no puedan ser recurridas) de llevar al TJCE cualquier duda sobre la interpretación de las normas comunitarias (60). En cualquier caso, la creciente litigación y el aumento de la carga impuesta que esto supone para los recursos del Tribunal de Justicia y para el marco temporal de los procesos judiciales nacionales significara que de hecho un mayor número de asuntos será resuelto por los tribunales nacionales. El propio Tribunal de Justicia está dejando a los tribunales nacionales la interpretación de muchos conceptos jurídicos indeterminados del derecho de la UE. Resulta suficiente recordar el ejemplo de los casos de comercio dominical y la creciente tendencia del TJCE de traspasar a los tribunales nacionales la carga de decidir sobre la proporcionalidad y necesidad de las medidas nacionales que afecten a la libre circulación de mercancías. Hay otros ámbitos en los que esa delegación de poderes a favor de los tribunales nacionales también cumple el requisito de permitir al derecho de la UE acercarse al derecho constitucional nacional. Puede decirse que éste es el caso en el campo de los derechos fundamentales, en el que el Tribunal ha reconocido a menudo derecho fundamentales de la UE pero dejando a los tribunales nacionales un amplio margen discrecional para la determinación del contenido de dicho derecho (61). En otros ámbitos del derecho de la UE, el Tribunal atribuyó al propio derecho nacional la implementación o la protección de un determinado derecho europeo pero sujetando al control conforme a determinados principios de derecho europeos esta delegación al derecho nacional (62). El papel de «adaptar» el derecho nacional a estos principios de derecho europeos corresponde a los tribunales nacionales. En todos estos casos, la atribución a los tribunales nacionales de estos amplios poderes de definición del derecho de la UE puede estar justificada tanto por la necesidad de promover una mejor distribución de los recursos jurisdiccionales en el ámbito europeo de for-

(60) Véase el art. 234 TCE y la sentencia CILFIT (*asunto 283/81, CILFIT*, [1982] ECR 3415).

(61) Véase, por ejemplo, C-260/89, ERT, [1991] ECR I-2925; *asunto C-368/95, Familiapress contra Heirich Bauer Verlag*, [1997] ECR I-3689.

(62) Éste es el caso de la responsabilidad estatal por incumplimiento del derecho comunitario o del efecto indirecto de las directivas.

ma que permita poder tener en cuenta el contexto nacional específico (con inclusión de los valores constitucionales nacionales). En cualquier caso, este papel aumentado desempeñado por los tribunales nacionales en la interpretación del derecho de la UE y el desarrollo de sus principios de derecho significa también que la coherencia del ordenamiento jurídico europeo y su aplicación uniforme deben ser promovidas en el ámbito horizontal. Cualquier tribunal nacional debe tener en cuenta las interpretaciones de las mismas normas europeas y principios de derecho hechas por otros tribunales nacionales. Esto requiere de ellos encajar cualquier «interpretación nacional» del derecho de la UE con las interpretaciones hechas por otros tribunales nacionales y por el Tribunal de Justicia. Es esto lo que garantizará la coherencia tanto vertical como horizontal del ordenamiento jurídico europeo.

La coherencia requiere que el diálogo jurídico europeo tenga lugar no sólo entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales sino también entre estos últimos. La coordinación directa y el intercambio de información que según notamos a veces tiene lugar entre juristas y litigantes en distintos Estados miembro no parece ser compartido por los tribunales en varios Estados. En efecto, los distintos tribunales nacionales parecen entender su diálogo con el Tribunal de Justicia como aislado de los diálogos de los tribunales de otros Estados miembro. También parece ser raro para los tribunales nacionales el tener en cuenta las sentencias tomadas por otros tribunales nacionales (63). Esto hace destacar una deficiencia sistémica en la comprensión del ordenamiento jurídico europeo por los diferentes tribunales nacionales. Hay un ordenamiento jurídico europeo tal como es concebido internamente por el Tribunal de Justicia y hay diferentes y aislados ordenamientos jurídicos tal y como se entienden por las diferentes comunidades jurídicas nacionales. Aunque los tribunales nacionales puedan pensar que tienen un papel que desempeñar en la definición del ordenamiento jurídico europeo, entienden este ordenamiento jurídico como producto del Tribunal de Justicia y no de una comunidad jurídica más amplia que incluye a los otros tribunales nacionales. Esto refuerza algunos de los peligros contenidos en las formas actuales del diálogo jurídico europeo, y el desarrollo de esta forma horizontal de diálogo y coherencia debería ser una prioridad en la reforma del sistema jurisdiccional de la UE.

Hay otro principio que sirve al propósito de promover un ordenamiento jurídico coherente e integrado. Es el principio de universalidad. Dado que puede ser entendido en términos autónomos, será analizado como otro principio básico del derecho contrapuntual.

(63) Aunque pueden encontrarse algunos ejemplos: véase SLAUGHTER, STONE y WEILER, *op. cit.*, en XIII (véanse también los informes nacionales de Bribosia y Paul Craig).

Universalidad

El ordenamiento jurídico europeo debería ser entendido como integrador de las resoluciones tanto de los tribunales nacionales como de los europeos. En este contexto, cualquier órgano judicial (nacional o europeo) debería ser obligado a razonar y justificar sus decisiones en el contexto de un ordenamiento jurídico europeo coherente e integrado. De cualquier forma, para que esto sea posible y para satisfacer el requisito de igualdad de las determinaciones del derecho de la UE en competencia, cualquier sentencia nacional sobre el derecho de la UE debería ser defendida en términos «universales». La idea es requerir la universalidad de las decisiones nacionales sobre derecho de la UE. Un tribunal nacional (y en particular un tribunal constitucional) debe justificar sus sentencias de manera que sean universalizables. Dichas sentencias deben basarse en una doctrina que pueda ser aplicable por cualquier otro tribunal nacional en situaciones idénticas. Si los tribunales nacionales se dan cuenta de que las sentencias que adoptan serán parte del derecho europeo tal y como es entendido por la «comunidad» de tribunales nacionales y europeos, tendrán en cuenta en sus decisiones las consecuencias para casos futuros en otros tribunales nacionales y para el ordenamiento en su conjunto. Esto evitará que los tribunales nacionales usen la autonomía de su ordenamiento jurídico como forma de evasión y aprovechamiento y comprometerá a los distintos tribunales nacionales y al Tribunal de Justicia en un verdadero diálogo y construcción coherente del ordenamiento jurídico pluralista de la UE. Esta forma de diálogo promoverá un círculo virtuoso en la aplicación y la construcción del derecho de la UE ya que los tribunales nacionales se sentirán «ligados» por las resoluciones de sus colegas en otros Estados miembro (64). Finalmente, este principio de universalidad requerirá de los tribunales nacionales asumir los efectos de sus resoluciones sobre otros ordenamientos jurídicos nacionales.

Preferencia institucional

En un contexto de autoridades concurrentes a la hora de determinar qué es el derecho, la preferencia institucional deviene crucial. Un ordenamiento jurídico pluralista multiplica los foros de resolución de conflictos y los argumentos e instituciones a los que se puede recurrir para promover una redefinición de un determinado conjunto de intereses. Como vimos, las definicio-

(64) Véase JOSEPH WEILER: *A Quiet Revolution: The European Court of Justice and Its Interlocutors*, Comparative Political Studies, 1994, 510, pág. 522.

nes materiales del ámbito de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales no funcionarían en el contexto de una comunidad jurídica plural. La única manera de establecer los límites de los distintos ordenamientos jurídicos y promover una distribución adecuada de los recursos jurídicos (jurisdiccionales y otros) entre ellos es reforzar la mutua comprensión de sus respectivas ventajas e inconvenientes y la conciencia de que sólo son una de las opciones entre una gran variedad de alternativas institucionales. Esto significa que cada ordenamiento jurídico y sus respectivas instituciones tienen que percibir totalmente las preferencias institucionales implicadas en cada demanda de acción en una comunidad jurídica pluralista. De todas formas, como ha demostrado el trabajo de Neil Komesar, las preferencias institucionales son a menudo producto de un pobre análisis institucional (65). La importancia de las preferencias institucionales en un contexto de pluralismo jurídico sólo sirve para reforzar la necesidad de realizar un análisis institucional comparativo adecuado para guiar a los tribunales y otros actores a la hora de establecer estas preferencias. En este sentido, el derecho contrapuntual también necesita por parte de los actores la adopción de una nueva metodología jurídica en la línea del análisis institucional comparativo desarrollado por Neil Komesar (66).

VI. EL FUTURO DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL EUROPEO: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA

Me gustaría concluir revisando algunas de las cuestiones constitucionales europeas a la luz del modelo de pluralismo constitucional europeo defendido en este artículo. El objetivo es resaltar el poder normativo de este modelo de pluralismo constitucional a la hora de enfrentar algunas de las cuestiones más acuciantes del debate constitucional europeo actual. Las cuestiones elegidas son: el riesgo de conflictos constitucionales, la adopción de una constitución europea y la delimitación de competencias y el ámbito del derecho de la UE.

(65) NEIL KOMESAR: «Imperfect Alternatives - Choosing Institutions in Law», *Economics and Public Policy*, Chicago University Press, Chicago and London: 1994.

(66) Por desgracia no tenemos espacio para desarrollar dicho análisis aquí. Para un análisis con detenimiento véase NEIL KOMESAR, *ibidem*.

Previendo conflictos constitucionales

Una vez hemos aceptado un modelo de pluralismo constitucional para el ordenamiento jurídico europeo, hay que enfrentarse con la cuestión de posibles conflictos entre el derecho de la UE y las constituciones nacionales. Esta cuestión ha sido respondida en distinta manera por algunos de los más prominentes autores a favor del pluralismo constitucional en Europa. Neil MacCormick ha asumido este potencial de conflicto pero lo ha considerado contingente y a resolver fuera del derecho de la UE. En el caso de que aparezcan conflictos deberán ser tratados en el contexto del derecho internacional (67). Por su parte, Joseph Weiler ha defendido un nuevo tribunal constitucional compuesto de jueces nacionales y de la UE que podría resolver eventuales conflictos de competencia entre el ordenamiento jurídico europeo y los ordenamientos jurídicos nacionales (68). Una tercera solución sería promover una forma radical de pluralismo en la que incluso los conflictos serían entendidos y tratados de manera distinta por el ordenamiento jurídico europeo y los ordenamientos jurídicos nacionales. Las autoridades constitucionales nacionales podrían todavía abstraerse del derecho de la UE mientras eso no fuera reconocido en sí por este derecho y tuviera lugar de acuerdo con un conjunto de principios que, aunque justificados de manera universal, estarían sujetos a aplicaciones nacionales distintas. Ésta parece ser la posición avanzada por Mattias Kumm en la teoría que ha etiquetado como pluralismo jurídico liberal (69). Hay diferencias sustanciales entre estas soluciones. MacCormick y

(67) NEIL MACCORMICK: «Risking Constitutional Collision in Europe?», 18 *Oxford Journal of Legal Studies*, 1998, 517.

(68) J. H. H. WEILER: *The European Union Belongs to Its Citizens: Three Immodest Proposals*, ELR 22, 1997, 150.

(69) KUMM, *op. cit.*, señala tres principios que deberían guiar a los tribunales constitucionales nacionales en el control de la legislación comunitaria: el principio de encaje constitucional; el principio de expansión del imperio de la ley; y el principio de legitimidad democrática. Según sus palabras: «el mejor conjunto de doctrina en un contexto constitucional concreto en un tiempo determinado es aquél que considera al máximo estos principios teniendo en cuenta todos los factores» (pág. 25). Debo señalar que en un artículo previo critiqué la teoría de Mattias Kumm por no tener en cuenta la necesidad de universalidad y coherencia en las sentencias de tribunales nacionales que afecten al derecho de la UE (véase MIGUEL POIARES MADURO: «The Heteronyms of European Law», 3 *European Law Journal*, 1999). De cualquier forma esta crítica estaba basada en una primera versión del artículo de Kumm. En la versión final de dicho escrito, Kumm parece tener en cuenta la necesidad de coherencia y universalidad en el desempeño de ese papel por parte de los tribunales nacionales (véase, por ejemplo, pág. 28). Dependiendo de la medida en que incorpore esos valores en su teoría nuestras posturas podrán estar más próximas de lo que expuse en ese artículo y, hasta cierto punto, sigo haciendo en este escrito...

Weiler argumentan que la mejor manera de prevenir conflictos en tal ordenamiento jurídico pluralista sería someterlos a un *primus inter pares* (bien al derecho internacional público o bien un tribunal constitucional especial). Mattias Kumm intenta preservar al máximo la concepción pluralista y por tanto no resuelve realmente la posibilidad de conflicto. En cambio, «autoriza» a los tribunales constitucionales nacionales a controlar la validez de las normas de la UE mientras lo hagan de acuerdo con una serie de principios que coloca bajo la etiqueta de pluralismo jurídico liberal y mientras el resultado se restrinja al derecho constitucional nacional (70).

Estas teorías presentan dos conjuntos de problemas. El primero es que de nuevo se centran principalmente en cómo tratar con la cuestión de la autoridad última en el contexto de una posible colisión entre una norma de la UE y una constitución nacional. Ignoran el impacto que el pluralismo constitucional tiene sobre la aplicación general del derecho de la UE en las diferentes comunidades jurídicas nacionales. Por ello, están ideadas para lo extraordinario (la posibilidad de un conflicto último entre el TJCE y un tribunal constitucional nacional), y no para guiar el estado normal de las cosas (la regulación de la relación entre el TJCE y los tribunales nacionales en la aplicación e interpretación generales del ordenamiento jurídico europeo por parte de una amplia comunidad de actores jurisdiccionales europeos y nacionales). Una teoría más completa debe comprender estos dos aspectos porque ambos se ven afectados por las pretensiones concurrentes de autoridad del constitucionalismo europeo y nacional. El segundo grupo de problemas hace referencia a la solución de la «hipótesis de colisión» y varía según diferentes teorías. La teoría de MacCormick acaba por sujetar dichos conflictos a la política intergubernamental de la Unión Europea, ya que no queda claro cómo podría dar el derecho internacional una respuesta jurídica apropiada y satisfactoria a un conflicto potencial entre la Unión Europea y un Estado miembro. La propuesta de Joseph Weiler tiene como objetivo «europeizar» estos conflictos. Al sujetarlos a una nueva institución comunitaria, se estaría garantizando la autoridad final de la UE. La única diferencia sería que esta autoridad residiría en una institución con una mayor participación de los tribunales constitucionales nacionales. Una solución tal difícilmente podría seguir siendo llamada pluralismo constitucional. Y no es seguro que los tribunales constitucionales nacionales aceptasen renunciar a su pretensión de autoridad final a cambio de la participación en una nueva institución de la UE que no podrían controlar. Kumm adopta una postura de mayor radicalismo pluralista: el hecho de que las desviaciones tendrían lugar en el derecho nacional y no en el derecho de la UE significaría que la integridad y la cohe-

(70) KUMM, *op. cit.*

rencia de éste se verían salvaguardados. Pero esto sucedería sólo desde una perspectiva puramente formal. Es más, el hecho de que las desviaciones se legitimasen sobre bases constitucionales nacionales (71) y «no afectasen» el derecho de la UE podría promover el uso y abuso de estas excepciones constitucionales nacionales. En último término, podría llevar a una «carrera» entre tribunales nacionales a la hora de crear derogaciones constitucionales nacionales del derecho de la UE. Por otro lado, es una teoría que no estimula el diálogo horizontal entre tribunales nacionales que creo es de la mayor importancia a la hora de promover un ordenamiento jurídico realmente coherente pero al tiempo plural.

Mi punto de vista es distinto. En primer lugar, como afirmé más arriba, creo que cualquier órgano judicial (nacional o europeo) debería ser obligado a razonar y justificar sus resoluciones en el contexto de un ordenamiento jurídico europeo coherente e integrado (72). En segundo lugar, tanto el ordenamiento jurídico europeo como los ordenamientos jurídicos nacionales deben crear los mecanismos necesarios para acoger las pretensiones de autoridad de los otros ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, la discrecionalidad dejada a los tribunales nacionales por el Tribunal de Justicia será de gran importancia en áreas de posible conflicto con el derecho constitucional nacional. De hecho, éste parece ser ya el caso en el área de los derechos fundamentales (73). Por un lado, el derecho de la UE se adapta a las pretensiones constitucionales nacionales al conceder a los tribunales nacionales una mayor discrecionalidad en estas áreas. Por otro lado, la demanda de aplicación uniforme del derecho de la UE se ve salvaguardada por el reconocimiento explícito o implícito por parte de los tribunales constitucionales nacionales de que no controlarán la validez de normas jurídicas específicas de la UE según el derecho constitucional nacional (74). De hecho, yo afirmaría que su pretensión de autoridad última debería ser ejercida sólo en caso de que se detectara un conflicto sistémico entre el ordenamiento jurídico europeo y la identidad de la constitución nacional. En este caso, el conflicto constitucional debería ser de importancia tal como para afectar la entera relación constitucional entre la Unión Europea y el Estado miembro y, por tanto, impedir la ratificación de un Tratado o exigir su denuncia. Sólo tal concepción de la autoridad constitucional nacional por parte de los tribunales constitucionales nacionales es capaz de respetar los principios de «derecho contrapuntual»

(71) Como se dijo arriba (nota 69), la teoría de Kumm podría estar más matizada en la actualidad de lo que yo expreso aquí, en cuyo caso estaría más cerca de lo aquí defendido.

(72) Ya avancé esta tesis en *The Heteronims of European Law*, *op. cit.*

(73) Véanse las sentencias citadas en nota 61.

(74) Véase *supra*.

señalados. A cambio de esta adaptación de las pretensiones nacionales de autoridad a la pretensión del derecho de la UE, el Tribunal de Justicia tendría que aumentar su reconocimiento de un mayor papel para los tribunales nacionales y el constitucionalismo nacional en la interpretación y aplicación del derecho de la UE. El pluralismo requiere también que si alguna de las partes no cumple con sus obligaciones hacia la otra, ésta se vea dispensada de sus obligaciones respectivas. La adaptación y el reconocimiento mutuos son claves para el funcionamiento del pluralismo constitucional.

La uniformidad se vería salvaguardada, incluso teniendo en cuenta los poderes discrecionales más amplios garantizados a los tribunales nacionales, por la obligación impuesta a los tribunales nacionales de enmarcar sus resoluciones en términos universales y asegurar la consistencia entre cualquier resolución nacional de este tipo y el ordenamiento jurídico europeo en su conjunto. En otras palabras, las resoluciones nacionales sobre el derecho de la UE no deberían ser vistas como interpretaciones y aplicaciones nacionales del derecho de la UE separadas, sino como resoluciones a ser integradas en un ordenamiento jurídico que requiere compatibilidad y coherencia. A primera vista, la propuesta para seguir reconociendo cierta autoridad normativa independiente a los ordenamientos jurídicos nacionales al tiempo que se los integra en un ordenamiento jurídico europeo más amplio podría parecer promotora y multiplicadora de desviaciones nacionales del imperio de la ley europeo. Aun así, esta presunción debería ser confrontada con la dinámica del derecho y el razonamiento jurídico. La integridad y coherencia del ordenamiento jurídico pluralista procederá de la obligación de todo ordenamiento jurídico nacional de construir sus concepciones «independientes» del derecho de la UE de manera compatible con las otras concepciones y con un ordenamiento jurídico europeo coherente. De nuevo, prefiero confiar en los principios básicos del derecho contrapuntual señalados y en el «simple» requerimiento de adhesión por parte de los actores jurídicos europeos a estos principios y a la concepción que encierran del ordenamiento jurídico europeo.

La cuestión constitucional

La concepción del ordenamiento jurídico europeo defendida resulta asimismo difícilmente compatible con la noción de una constitución europea modelada a partir de las constituciones nacionales. La idea de una constitución semejante para Europa está ganando fuerza. El objetivo sería el de reemplazar o complementar los tratados con una constitución formal que establezca los principios constitucionales, derechos fundamentales y organiza-

ción política de Europa y se legitime a través de una forma de adopción constitucional semejante a la de las constituciones nacionales (un referéndum, por ejemplo). Varios argumentos se han defendido a favor de esta tesis. Algunos están relacionados con la necesidad de enfrentarse a asuntos constitucionales europeos acuciantes tales como los derechos fundamentales, una clara distribución de competencias y sistema «verdaderamente» democrático para la Unión. Aun así, si bien estos asuntos deben ser debatidos a la luz de las teorías sobre constitucionalismo y democracia y a pesar de que un proceso constitucional puede ser la mejor manera de conducir estos debates, no hay nada que obligue a que dichos asuntos sean resueltos con la adopción por parte de la Unión Europea de la forma constitucional típica de las constituciones nacionales. Las mismas reformas pueden ser introducidas por instrumentos jurídicos que no tengan el carácter de constitución formal, y el proceso constituyente puede tener lugar sin la «sombra» de una constitución formal. Pero hay otras razones más potentes argüidas a favor de una constitución formal (75). En primer lugar, se espera de esta constitución que clarifique el sistema constitucional actual y las relaciones de autoridad entre las constituciones nacionales y la constitución europea. En segundo lugar, el proceso de redacción de una constitución formal será por sí mismo un proceso legitimador y garantizará en último término a los ciudadanos europeos el control final sobre el proceso constituyente en Europa. El *demos* europeo será producto de este ejercicio de poder constituyente en el ámbito europeo.

El concepto de pluralismo constitucional europeo deviene particularmente importante en relación precisamente con estos dos argumentos. ¿Deberíamos realmente intentar clarificar la actual relación entre la constitución europea y las nacionales? ¿El hecho de que el constitucionalismo europeo haya sido construido en cooperación con las constituciones nacionales no constituye una característica particular de aquél? (76). ¿No define eso la naturaleza de la relación entre la constitución europea y las nacionales como no jerárquica y basada en el diálogo y la adaptación mutua? (77). Y final-

(75) Para un resumen crítico de los argumentos a favor de una constitución europea formal, véase también JOSEPH WEILER: «Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg», *Jean Monnet Chair Working Papers*, núm. 10/00, disponible en www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html

(76) Véase DAMIAN CHALMERS: «Judicial Preferences and the Community Legal Order», 60 *MLR* 1997, 164, especialmente en pág. 180; KAMIEL MORTEMANS: *Community Law: More than a Functional Area of Law, Less than a Legal System*, *Legal Issues of European Integration*, 1996/1, 23 en 42-43.

(77) Véase, por ejemplo, NEIL MACCORMICK: «Beyond the Sovereign State», 56 *MLR* 1993 1 (el artículo seminal a este respecto); CATHERINE RICHMOND: «Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law», 16 *Law and Philosophy*, 377;

mente ¿no refleja esto a su vez la naturaleza del constitucionalismo europeo como algo basado en las pretensiones de autoridad política e normativa en competencia de la comunidad política europea y las nacionales? Si respondemos afirmativamente a estas preguntas, entonces nuestra respuesta a la cuestión constitucional europea debe encontrarse en un modelo constitucional que proteja la naturaleza peculiar de su pluralismo constitucional.

Lo que estamos discutiendo no es sencillamente una cuestión de palabras. El problema con la adopción por Europa del modelo constitucional del estado nación es que éste lleva consigo las concepciones de autoridad política y soberanía inherentes al modelo. Éste refleja un modelo concreto de constitucionalismo, el de constitucionalismo nacional, que está asociado a un estado y a una autoridad soberana suprema. El constitucionalismo europeo debería expresar su pretensión de autoridad política independiente a través de un modelo constitucional diferente del del estado (tanto en su forma como en sus mecanismos de adopción) (78). Esto podría permitir que un proceso constitucional tuviera lugar en Europa como parte de un proceso de desarrollo de una comunidad política europea. Incluso puede demostrar ser un mejor instrumento para implicar a toda la ciudadanía europea en el proceso de integración europeo y en el desarrollo de su identidad política ya que ahorrará mucha «energía constitucional» que de otra forma se perdería en el simple debate sobre la adopción o no de una constitución. La idea de un Tratado Constitucional, que ha ganado fuerza en la actual Convención sobre el futuro de Europa, parece reflejar la naturaleza plural del constitucionalismo europeo, fundado en una reivindicación de autoridad política propia, pero también en la autoridad política de los Estados. Todavía más que el nombre interesa ver cuál será el mecanismo de aprobación del nuevo documento político de la Unión. Si, como pretenden algunos, ese documento está finalmente sujeto a una aprobación basada en criterios definidos exclusivamente en el ámbito europeo y teniendo como base una circunscripción electoral europea (*máxime*: un referendo a escala europea), entonces se estará reconociendo a la Unión una autoridad política y constitucional totalmente independiente de los Estados y se estará tomando distancia del modelo de constitucionalismo plural en el que se ha desarrollado el proceso de integración europea.

M. KUMM: «Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?», *Harvard Jean Monnet Chair Working Papers* 10/98, www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/98/98-10-.html; y MIGUEL POIARES MADURO: «The Heteronyms of European Law», *3 European Law Journal*, 1999 (Special Book Review Issue).

(78) Tendría por ejemplo que seguir dependiendo de lo que hemos definido como ratificación constitucional nacional. Sería una de las maneras en que el constitucionalismo europeo adaptaría su pretensión de autoridad política independiente a la del constitucionalismo nacional.

El ámbito del derecho de la UE y la cuestión competencial

La naturaleza dialogante del derecho europeo y su dependencia de una comunidad jurídica más amplia han llamado nuestra atención sobre aspecto a menudo descuidado del diálogo entre los tribunales nacionales y el TJCE. El ámbito del derecho de la UE puede depender más, o al menos en igual medida, de problemas nacionales que demanden una intervención judicial que de las prioridades del derecho de la UE a la hora de intervenir en la esfera nacional. En otras palabras, la influencia del derecho de la UE puede ser mayor en áreas donde los tribunales nacionales u otros actores sociales nacionales hacen uso de él para afrontar lo que prevén como problemas nacionales que no podrán ser resueltos a través de las normas o el proceso político nacionales. Esto es una simple consecuencia del hecho de que la influencia del derecho de la UE depende tanto de las preferencias del Tribunal de Justicia como de las de los otros actores de la comunidad jurídica europea (tales como los tribunales nacionales). Por ello no resulta sorprendente que, como hemos visto, los tribunales nacionales hayan otorgado en ocasiones efecto directo horizontal a las directivas o hayan aplicado normas de la UE en situaciones puramente internas que el Tribunal de Justicia ha considerado constantemente situadas fuera del ámbito de aplicación del derecho de la UE (79). La paradoja suprema es que el derecho europeo puede tener mayor influencia en áreas donde la dimensión europea es más débil que en aquellas otras en las que la dimensión europea requeriría una mayor penetración de las normas europeas en los ordenamientos jurídicos nacionales pero esto no concuerda con las preferencias de actividad judicial de los tribunales nacionales u otros actores nacionales.

Esto hace destacar una consecuencia del pluralismo constitucional que ya ha sido aludida: desaparecen los límites para la acción política y jurídica y con ellos también la autonomía de las diferentes comunidades políticas a la hora de definir el reparto de representación y participación en sus políticas domésticas tradicionales. Los actores sociales nacionales sencillamente harán uso de la variedad de *fora* disponibles para intentar defender sus intereses. La aparición de una comunidad política europea de estas características como espacio de acción jurídica y política para la consecución de objetivos sociales abiertos e indeterminados resulta incompatible con su sujeción a un catálogo de competencias expreso y limitado. Si fuera posible aún crear un tal catálogo de competencias, muy claro y limitado, no habría necesidad de constitucionalizar o democratizar la Unión Europea. La legitimidad derivaría de la limitada delegación de poderes hecha por los estados y quedaría res-

(79) Véase *supra*.

tringida a ese conjunto de competencias expresamente delegadas. Si nos movemos más allá, la sujeción a un diálogo político de carácter democrático y constitucional de la definición e implementación de competencias significa que cualquier línea de separación será producto de ese mismo diálogo y se encontrará delimitado por él. Cualquier intento de distribución clara de competencias fallará a la luz de las dinámicas de acción política inherentes a un contexto de comunidad políticas en competencia. Por ello, la cuestión de las competencias debería centrarse en cambio en el diseño de las instituciones que las ejercen y en la transparencia necesaria para la responsabilidad política (los ciudadanos deben conocer quién las ejerce y con la participación de quiénes lo hace).

VII. CONCLUSIÓN: LA FORMA DEL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO

Hemos visto cómo la legitimidad del constitucionalismo europeo se ha basado en su desarrollo ascendente (*bottom-up*). Los tribunales nacionales y otros actores sociales fueron fundamentales a la hora de dar apoyo y en el desarrollo de la constitución europea por parte del Tribunal de Justicia. Por otro lado, este Tribunal buscó inspiración en las constituciones nacionales y ha hecho de ellas una fuente de derecho de carácter fundamental para la constitución europea. Esto determinó un constitucionalismo muy particular en la Unión Europea. La constitución europea es el producto de un diálogo constante entre tribunales europeos (en particular el TJCE) y tribunales nacionales que, al mismo tiempo que garantiza la aplicación uniforme del derecho de la Unión Europea, permite que éste asuma diferentes formas constitucionales en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Esta naturaleza permite al constitucionalismo europeo un constante desarrollo que busca inspiración en los «experimentos» constitucionales nacionales.

La formalización del constitucionalismo europeo, implícita en la adopción de una constitución europea formal, tendrá un impacto sustancial en la naturaleza del constitucionalismo europeo. En primer lugar, la naturaleza experimental y dinámica del constitucionalismo europeo puede resultar disminuida. En segundo lugar, el discurso político que sirve de base al «proceso constituyente» tendrá lugar en un campo político supranacional y no en un diálogo entre el Tribunal de Justicia y las constituciones nacionales. Esta politización y formalización del constitucionalismo europeo puede afectar también a la base de legitimidad en la que el constitucionalismo europeo se ha apoyado. También existen ventajas en la nueva forma constitucional tales como la mayor transparencia del proceso constituyente y de la propia constitución, el control sobre una excesiva deriva pretoriana del Tribunal, el re-

fuerzo de la identidad política europea, etc. Independientemente del juicio final que se haga sobre la bondad de un nuevo constitucionalismo europeo más próximo al constitucionalismo nacional, es importante no olvidar la relación umbilical entre pluralismo constitucional y legitimidad del proceso constitucional europeo. Cualquier desarrollo futuro debe salvaguardar la naturaleza plural del constitucionalismo europeo y su forma de poder.

