

# Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo

---

Josu de Miguel Bárcena\*

SUMARIO: I. Introducción. II. La justicia constitucional, la supremacía de la constitución y los límites al proceso de integración comunitaria. III. La justicia constitucional, el movimiento pluralista y la nueva teoría de la constitución europea. IV. Los derechos fundamentales y su difícil reconducción hacia una estructura constitucional pluralista. V. El papel de la justicia constitucional en el proceso de integración europea: de la teoría a la práctica.

## I. Introducción

El presente trabajo pretende analizar la relación entre la justicia constitucional nacional y la nueva teoría de la Constitución de la Unión Europea (en adelante UE), formulada en términos pluralistas. En síntesis, el argumento que a continuación pretendemos desarrollar puede enunciarse de la manera siguiente: la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, a pesar de estar dando muestras de una mayor atención al derecho comunitario, parece mantener una posición global que no siempre tiene en cuenta ni la lógica relacional que recorre la interconexión entre el ordenamiento estatal y el comunitario, ni la funcionalidad de dicha lógica con el proyecto estratégico, fundamentalmente económico, de la UE.

La dialéctica entre la justicia constitucional y el proceso de integración nos conduce, seguramente, a los grandes problemas del constitucionalismo contemporáneo en Europa. En este contexto, los Altos Tribunales de los Estados miembros no es-

---

\* E-mail: [dospasoss@hotmail.com](mailto:dospasoss@hotmail.com)

tán asumiendo un papel indiferente en la conformación del orden constitucional europeo, ello resulta evidente. Ahora bien, la dimensión activa o pasiva de su protagonismo con respecto a la Unión y su ordenamiento, depende en gran medida de la perspectiva doctrinal que se adopte con respecto a lo que genéricamente denominamos como la teoría de la Constitución europea. La posición que cada enfoque constitucional asuma con respecto a la configuración institucional, la legitimidad y los objetivos de la Unión, determina las condiciones estructurales en las que se desenvuelve la actividad de los Tribunales Constitucionales nacionales y en qué medida esas condiciones pueden propiciar el avance en la unificación política europea y favorecer la solución de conflictos en todos los niveles jurídicos.

La heterogeneidad de los sistemas constitucionales de los Estados miembros, que afecta a la propia existencia y entendimiento de la institución de la jurisdicción constitucional, no impide que hayan surgido cada vez con más claridad una serie de debates y perspectivas de desarrollo de la teoría general del derecho y de la Constitución de la UE.<sup>1</sup> Estos debates nos van a permitir visualizar el mapa de los problemas que surge en torno a la justicia constitucional nacional y su relación con el ordenamiento constitucional comunitario. Más allá de lo meramente descriptivo, lo que a continuación pretendemos es adoptar una posición crítica con respecto a los nuevos paradigmas que esbozan cada vez con mayor claridad la posibilidad material de una Constitución europea. La visión lógica adoptada por el paradigma de la supremacía constitucional, en el que como muy bien señala Cruz Villalón, los Tribunales Constitucionales aparecen más como antagonistas que como protagonistas del proceso de integración,<sup>2</sup> ha dado paso a un escenario teórico pluralista y multinivel. En este esquema interpretativo, la relación entre los Altos Tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante TJCE), se asume en términos dialogantes y cooperativos. Sin embargo, en la medida en que la relación entre el derecho constitucional interno y el Derecho europeo, así como la relación entre los Tribunales Constitucionales y el TJCE, está limitada por unas condiciones estructurales de partida divergentes en lo relativo a la naturaleza del poder, la vía del diálogo entre jurisdicciones se demuestra como un mecanismo poco apropiado para solucionar los problemas de conformación de cada ordenamiento y jurídico y su posible articulación supranacional. Estas y otras cuestiones serán abordadas en las siguientes páginas.

---

<sup>1</sup> BOGDANDY, A. VON, “Notas sobre la ciencia del derecho europeo (contexto, debates y perspectivas de desarrollo de la teoría general del derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 5, 2000, pp. 203-237.

<sup>2</sup> CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, p. 67.

## II. La justicia constitucional, la supremacía de la constitución y los límites al proceso de integración comunitaria

El dogma de la supremacía constitucional es la consecuencia lógica de entender la Constitución como norma jurídica superior del ordenamiento jurídico.<sup>3</sup> Ello implica no solo que la Constitución termine delimitando el ámbito de validez y la aplicabilidad de las normas internas, sino que también delimite la eficacia y, en consecuencia, la aplicabilidad de las normas externas en el interior del propio ordenamiento. Con independencia de la adscripción monista o dualista tradicional del ordenamiento de que se trate. Los países con tradición monista se caracterizan porque en ellos la aplicabilidad de la norma internacional no requiere de una norma de recepción interna que les dote de eficacia, mientras que en los países con tradición dualística sí se requiere la ayuda de aquella para que la norma externa se considere integrada en el ordenamiento estatal. Pero tanto en unos como en otros es indiscutida la cuestión de la supeditación de las normas internacionales a la Constitución, como pone de manifiesto el hecho de que la ratificación de un tratado internacional contrario a la Constitución solo será posible previa reforma de ésta.<sup>4</sup>

Obviamente, la aparición de un ordenamiento jurídico comunitario con relevancia constitucional, supone la aparición de la noción de soberanías en competencia, pues tanto la supremacía constitucional como la primacía del derecho de la Unión, pueden en cierto modo asimilarse conceptualmente a la forma en la que opera la soberanía ordinamental, esto es: no admiten restricciones puntuales ni eventuales compromisos. Esta cuestión obliga a los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, garantes de la normatividad de sus respectivos ordenamientos jurídicos, a dejar espacio para consideraciones e interpretaciones de actores políticos y jurídicos que no se sitúan exclusivamente en la esfera nacional. Un primer paso para plantearnos con posterioridad la relación entre los Tribunales Constitucionales y el proceso de integración europea desde el punto de vista de la supremacía constitucional, es explicar qué se entiende por justicia constitucional y si ésta opera en el sistema jurídico comunitario.

<sup>3</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Constitución como norma jurídica”, en PREDIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (dirs.), *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 95-185.

<sup>4</sup> ALAEZ CORRAL, B., “Soberanía constitucional e integración europea”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n° 1, 1998, p. 529 y ss.

## II.1 Naturaleza y funciones de la justicia constitucional en el marco del proceso de integración europea

Constituye una obviedad afirmar que la justicia constitucional, como institución de garantía de la rigidez y de la supremacía de la Constitución, responde a una exigencia de la lógica jurídica. Nadie discute que sólo cuando la Constitución se dota de un Tribunal Constitucional, capaz de evitar la intromisión de los poderes constituidos en sus ámbitos de competencias, es cuando, al tiempo que queda definitivamente garantizada la condición de Ley Suprema, se consuma también la arquitectura jurídica de la democracia constitucional.<sup>5</sup> A efectos prácticos, el orden constitucional se construye entonces sobre la base de un equilibrio entre tres agentes imprescindibles: el poder constituyente, el poder legislativo y la función jurisdiccional, que interactúan sobre el contexto de disposiciones y normas constitucionales. Los Tribunales Constitucionales producen entonces derecho bajo determinadas condiciones estructurales que favorecen una limitación de su poder y, por tanto, un equilibrio en su inserción dentro del conjunto de los poderes públicos.<sup>6</sup> Respecto del legislador, la producción de los Tribunales Constitucionales carece de la potencia de la producción legal. La ley sigue siendo el instrumento de conformación del ordenamiento jurídico en el Estado constitucional y expresa el funcionamiento normal de los mecanismos de producción jurídica, mientras que la jurisprudencia constitucional tiene un potencial corrector, que surge en el momento de la resolución del conflicto.

Por lo tanto, a los Tribunales Constitucionales les corresponde como función esencial la garantía del orden constitucional del Estado. Esa garantía de la Constitución, de la que son sus intérpretes supremos, debería resultar en principio, neutra en relación con el proceso de integración europea.<sup>7</sup> La vinculación de la justicia constitucional a la Constitución hace que el proceso de integración sólo pueda ser objeto de enjuiciamiento en las condiciones que establezca la propia Constitución y de acuerdo con las características generales del sistema constitucional estatal. Es decir, habrá que estar en todo caso a las habilitaciones genéricas y específicas que el Estado establece para su incorporación al proceso de integración, a las posibles cláusulas de intangibilidad y a las relaciones previas que los Tribunales Constitucionales establezcan con sus respectivos ordenamientos. En un segundo momento, ló-

<sup>5</sup> TRUJILLO, G., “Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979, p. 157.

<sup>6</sup> VEGA GARCÍA, P. de, “Prólogo”, en ROURA, S., *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, pp. 15-19.

<sup>7</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 7, 2007, p. 333.

gicamente, entran en juego las limitaciones que imponen tanto el principio de cooperación leal con las instituciones comunitarias, como el principio de europeidad en las que se inspiran las cláusulas nacionales de integración anteriormente aludidas.

Por el contrario, el TJCE no puede ser considerado, en principio, como un Tribunal Constitucional al uso, porque el sistema normativo que tiene que garantizar no es una Constitución. Paradójicamente, la realidad indica que ningún Tribunal Constitucional nacional, por importante y decisiva que haya sido su labor en la interpretación de la Constitución nacional, ha tenido ni podría tener un papel tan intenso en la configuración del orden constitucional como el que ha asumido el TJCE en la conformación del orden comunitario europeo.<sup>8</sup> El TJCE, ante la ausencia de un ordenamiento constitucional tiene que realizar una función constituyente en muchos ámbitos, hasta el punto de que ha sido él mismo el que ha establecido los principios fundamentales de articulación del ordenamiento comunitario y de su relación con los ordenamientos nacionales.<sup>9</sup> Desde luego, un ejemplo paradigmático de esa función constituyente lo tenemos en materia de derechos fundamentales, ámbito en el que el TJCE ha desarrollado y sigue desarrollando una función constituyente incorporando derechos al ordenamiento, mediante el recurso a elementos ajenos al propio ordenamiento comunitario.

En todo caso, es necesario recordar que cuando el TJCE ha actuado como Tribunal en su función no constituyente, lo ha hecho en relación con un cuerpo normativo que no es estrictamente derecho constitucional. En consecuencia, como señala el profesor Balaguer Callejón, cuanto más se ha acercado a la materia constitucional, más ha dejado de ser tribunal y cuanto más ha actuado como tribunal más se ha alejado de la materia constitucional.<sup>10</sup> Esta idea lleva a concluir en pura lógica que la relación entre la justicia constitucional, entendida de forma abstracta, y el proceso de integración, es sobre todo una relación que afecta en lo fundamental a los Tribunales Constitucionales nacionales, en cuanto a que resulta indubitado que son los únicos que tienen condición de jurisdicción constitucional en el contexto ordinamental del Estado. Ello no quiere decir, obviamente, que no se deba recurrir a la idea de diálogo entre los Altos Tribunales y el TJCE, para resol-

<sup>8</sup> RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C. y BAQUERO CRUZ, J., “Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n° 4, 2006, p. 300.

<sup>9</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea”, *op. cit.*, p. 331. La labor constituyente de la justicia constitucional nacional, también ha sido puesta de manifiesto por Vega García, P. de, “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 1, 1998, pp. 85-87.

<sup>10</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea”, *op. cit.*, p. 331.

ver los problemas derivados de la relación entre ordenamientos. Ahora bien, este diálogo nace con unas limitaciones previas, pues cada Tribunal debe operar de acuerdo a la conformación y definición concreta del ordenamiento al que pertenece.<sup>11</sup> Es decir, si se parte del principio de la supremacía constitucional y de la función que para éste último juegan los Tribunales Constitucionales nacionales, habrá que concluir que las condiciones estructurales para un diálogo entre Tribunales no dependen del trabajo de las propias jurisdicciones, sino de cómo ejercen sus funciones en sistemas jurídicos separados y con parámetros materiales muy diferentes.

## II.2 El nivel preconstitucional de la Unión Europea y la relación entre ordenamientos jurídicos

La jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales nacionales, sigue mostrando mayoritariamente un estadio de integración caracterizado, en lo jurídico, por la relativa autonomía (recíproca) de los ordenamientos nacional y comunitario, que a pesar de las múltiples imbricaciones, no se integrarían en una relación de jerarquía. El principio de atribución de competencias, íntimamente ligado a los orígenes internacionales de la Unión, habría permitido configurar un espacio jurídico autónomo, el comunitario, cuya pretensión de validez se vincula con la primacía del derecho y su capacidad para desplazar lateralmente las normas de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.<sup>12</sup> En la actualidad, todos los Tribunales Constitucionales nacionales han aceptado los criterios que el TJCE propone para la solución de conflictos en lo que se puede denominar como nivel infraconstitucional, de manera que bien puede decirse que el ordenamiento comunitario funciona de manera correcta en ese nivel respondiendo a los criterios tradicionales de unidad, coherencia y plenitud.

Pero no ocurre lo mismo en el nivel propiamente constitucional. De todos es conocido que la remisión a la Constitución hace posible la reconstrucción de la unidad de cualquier ordenamiento de carácter estatal que, sobre la base de la multiplicidad en lo relativo a la estructura del poder, incorpora una diversidad de actores con capacidad de producir normas. Ahora bien, si la relación entre los ordenamientos nacionales y el comunitario se observa desde el punto de vista de la supremacía constitucional, el resultado no es otro que el de una ruptura de la articulación del ordenamiento global en lo que concierne al principio de unidad. La ruptura se deri-

<sup>11</sup> GARCÍA HERRERA, M. A., “Rigidez constitucional y Estado social”, en Vv. Aa., *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998

<sup>12</sup> SOBRINO, J. M., “Algunas consideraciones en torno a las nociones de integración y supranacionalidad”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5, 2001, pp. 853-870.

va de la inexistencia de una Constitución europea o conjunto normativo de esa naturaleza en donde se definan las condiciones de producción y validez de los ordenamientos que se suponen derivados y de sus normas.<sup>13</sup>

Según este razonamiento, la quiebra del principio de unidad sólo podrá resolverse mediante la conversión del ordenamiento comunitario en un ordenamiento originario que contenga la competencia de la competencia.<sup>14</sup> Formalmente, esta situación de indefinición dificulta la disciplina global del sistema jurídico, que requiere que el derecho de la UE deje de ser mera parte en un posible conflicto para ser el centro de imputación general del sistema. Sólo de esta manera se generaría una vinculación más rígida de los Tribunales Constitucionales nacionales al derecho comunitario que tendría que ser, necesariamente, derecho constitucional europeo en plenitud de desarrollo.<sup>15</sup> El punto débil de esta argumentación es sin duda que a la vez que se reclama una Constitución para Europa, se señala que no existen las condiciones políticas para una evolución de esta naturaleza.

Evidente resulta que para producir un auténtico derecho constitucional europeo es necesario recurrir a la noción de Constitución y poder constituyente racional normativo.<sup>16</sup> Los es porque en él se reconocen seguramente los elementos básicos que se dan hoy en el conjunto de los Estados miembros: pluralismo político y territorial, democracia y jurisdicción constitucional. No vamos a centrarnos en el profuso debate en torno a la Constitución europea, que en todo caso queda reflejado y puede ser resumido con total claridad en la polémica entre Habermas y Grima.<sup>17</sup> El planteamiento de éste último tiene que ver con el Estado constitucional y la posible pérdida de calidad democrática que podría suponer el desarrollo constitucional parcial en un contexto de fragilidad del espacio político europeo, todavía no consolidado. Habermas, más anclado en el discurso filosófico, parte de un concepto político de Constitución, en el que ésta última, al margen de la tradición jurídica a la que res-

<sup>13</sup> CABO MARTÍN, C. DE, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Trotta, Madrid, 2003, p. 89, y BALAGUER CALLEJÓN, F., “La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal”, en GARCÍA HERRERA, M. A. (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pp. 593-612.

<sup>14</sup> BECK, G., “The problem of *Kompetenz-Kompetenz*: a conflict between right and right in which there is no praetor”, *European Law Review*, vol. 30, n° 1, 2005.

<sup>15</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea”, *op. cit.*, p. 364.

<sup>16</sup> En el sentido esbozado nominalmente por LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 218 y ss. y para el ámbito de la UE, RUIPÉREZ, J., *La “Constitución Europea” y la teoría del poder constituyente*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

<sup>17</sup> GRIMM, D., “¿Necesita Europa una Constitución?” y HABERMAS, J., “Observaciones a ‘¿Necesita Europa una Constitución?’ ”, ambos en *Debats*, n° 55, 1996.

ponda, debe contribuir a la formación de un pueblo europeo en la conciencia de sus ciudadanos. Se ha dicho, en este sentido, que una Constitución no se puede desvincular del contexto social y político, en la medida en que no se puede improvisar sobre la base de la mera voluntad política. En todo caso, esta crítica casi nunca tiene en cuenta que Habermas sigue pensando el proyecto supranacional como una configuración histórica, esto es: la Constitución europea, en clave comunicativa, debe presentarse como un instrumento para articular una nueva forma de poder en la que la política ajuste cuentas con la economía en el marco de la globalización y del declive del Estado social.<sup>18</sup>

Al margen del debate doctrinal, en el que profundizaremos más adelante, parece claro que incluso la aprobación de una Constitución normativa a través de un acto constituyente europeo sería solamente el inicio o la adaptación a un proceso ya en marcha. Ello porque todavía no se da un mercado único regido por condiciones económicas equivalentes en todos los Estados, no existe un espacio público a nivel supranacional, ni se da una homogeneidad constitucional de base. La Constitución europea no respondería, por tanto, a la existencia histórica de una comunidad política estructurada al modo del Estado, sino que respondería más bien a la mera articulación del pluralismo territorial en Europa a través de fórmulas prefederativas.<sup>19</sup> Por lo tanto, sin más rodeos, el problema del que queremos dar cuenta puede ser planteado en los siguientes términos: mientras que los Tribunales Constitucionales nacionales hablan esencialmente el lenguaje del derecho constitucional estatal, por lo tanto parcial, el TJCE habla en lo básico desde la perspectiva del derecho de la Unión, que todavía no se configura como un ordenamiento constitucional originario.<sup>20</sup> Este punto de ruptura ordinamental no ha impedido que el TJCE haya conferido un carácter sistemático a la aplicación del derecho ordinario. Sin embargo, en lo relativo al nivel constitucional, la jurisprudencia de algunos Altos Tribunales demuestra la dificultad, cuando no la imposibilidad, de lograr la unidad ordinamental mientras siga operando, al menos desde una perspectiva teórica, el principio de la supremacía constitucional en el ámbito del Estado.

---

<sup>18</sup> HABERMAS, J., *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Paidós, Barcelona, 2000. Desde otra perspectiva, pero en la misma clave práctica que Habermas, BECK, U. y GRANDE, E., *La Europa cosmopolita. Sociedad y política en la segunda modernidad*, Paidós, Barcelona, 2006.

<sup>19</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea”, *op. cit.*, p. 345.

<sup>20</sup> KIRCHHOF, P., “Zu schnelle Vereinheitlichung gefährdet Europa”, *Süddeutsche Zeitung*, n° 27/28, 1999, p. 14 y ss.



### II.3 La justicia constitucional y la aparición del control sistémico del proceso de integración europea

La teoría de la separación de ordenamientos, defendida por aquel sector doctrinal que trata de explicar los límites a la integración europea impuestos por algunos Tribunales Constitucionales, a través del dogma de la supremacía constitucional, ha sido corregida en el terreno práctico de la aplicación del derecho y de la expansión competencial comunitaria.

El principio de atribución resulta una base de partida bastante habitual en la definición del sistema competencial de la UE, aunque en la recepción jurisprudencial de este principio, el TJCE lo ha venido vinculando al establecimiento de un mecanismo de control de la propia actividad política, relacionándolo con la construcción de la Comunidad como Estado de Derecho.<sup>21</sup> Pero a pesar de ser un punto de partida obligado, el principio de atribución como criterio primario del sistema competencial ha sido criticado y resulta difícil de mantener hoy en día.<sup>22</sup> La ampliación de las competencias ha sido una constante desde la creación de las Comunidades Europeas y esta tendencia evolutiva, sólo contenida en los últimos tiempos, está vinculada al carácter funcional de las competencias comunitarias. En este sentido, la UE se puede caracterizar más en términos de objetivos que de competencias, de forma que no cabe, en esta lógica, una contraposición entre espacios de jurídicos de actuación, consustancial a la técnica de atribución. Frente al clásico principio de atribución, podríamos decir que la progresiva reconstitución de las competencias comunitarias se ha fundado sobre el principio de especialidad, lo que significa que una vez creada para la realización de objetivos determinados, la Unión ha disfrutado de los instrumentos jurídicos y políticos necesarios para el cumplimiento de esos objetivos.<sup>23</sup>

Además, el funcionalismo económico, enfocado a la construcción de un mercado único, ha sido un terreno abonado al activismo judicial del TJCE, que realizó una caracterización jurisprudencial del ordenamiento jurídico comunitario, en términos de suprallegalidad.<sup>24</sup> Tanto las invasiones del ordenamiento de la Unión,

<sup>21</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 21-28.

<sup>22</sup> MAESTRO BUELGA, G., “El sistema de competencias en la Constitución económica europea: Unión y Estados miembros”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 5, 2006.

<sup>23</sup> MANZELLA, A., “La ripartizione di competenze tra Unione Europea e Stati membri”, *Quaderni Costituzionali*, nº 3, 2000, pp. 531 y ss.

<sup>24</sup> LA PERGOLA, A., “El Juez Constitucional italiano ante la primacía y el efecto directo del derecho comunitario. Notas sobre unas jornadas de estudio”, en COLNERIC, N., EDGARD, D., PUISSOCHET, J.-P. Y RUIZ-JARABO COLOMER, D. (eds.), *Una Communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berliner Wissenschafts Verlag, Berlín, 2003, p. 255 y ss.

como la jurisprudencia del TJCE, muy próxima a las técnicas decisorias utilizadas por el Tribunal Supremo estadounidense para justificar una lectura expansiva de las competencias federales,<sup>25</sup> provocaron pronto confrontaciones entre prácticas y principios que no siempre eran equivalentes, lo que llevó a importantes pronunciamientos en clave de resistencia por parte de los Tribunales Constitucionales, principalmente en Alemania e Italia.

El enfrentamiento entre la *Corte Costituzionale* italiana y el TJCE, particularmente en la década de 1960 y 1970, se saldó con la aceptación más o menos pacífica por parte de aquella, de las singularidades que incorporaba la naturaleza del ordenamiento jurídico comunitario. Sin embargo, el caso del Tribunal Constitucional alemán es distinto. Este Tribunal parece haber desarrollado una teoría, que además de servir de guía para otras jurisdicciones constitucionales, permite alguna forma de control constitucional del derecho comunitario, al tiempo que evita conflictos concretos dado que, en general, no revisa normas de la Unión. El origen de esta doctrina se encuentra en las maniobras jurisprudenciales realizadas para afrontar los potenciales conflictos entre las normas comunitarias y los derechos fundamentales alemanes. Como se sabe, una vez que el TJCE estableció que los derechos fundamentales eran parte de los principios generales del derecho de la Unión, conforme al cual controlaría la validez de las normas comunitarias, el Tribunal Constitucional alemán señaló que *mientras* (Solange) exista un nivel de protección de derechos fundamentales en sede comunitaria, parangonable al existente en Alemania, no ejercería su jurisdicción en el control de dichas normas.

Sin duda el concepto fundamental en la construcción alemana es el de *ejercicio*. El Tribunal Constitucional alemán mantiene una sombra jurisdiccional sobre el derecho de la Unión pero, al mismo tiempo, previene conflictos concretos al abstenerse de *ejercer* esa jurisdicción mientras el derecho de la Unión satisfaga los principios básicos de la Constitución alemana.<sup>26</sup> La famosa Sentencia sobre el Tratado de Maastricht hizo temer que éste restableciera el control de su jurisdicción sobre el derecho comunitario. A pesar de ello, sentencias recientes parecen confirmar que la doctrina dominante en la relación del Tribunal Constitucional alemán con el derecho de la Unión sigue siendo la anteriormente señalada: amagar con *ejercer* un control directo sobre las normas elaboradas por las instituciones comunitarias, para posteriormente batirse en retirada, bien ante las reinterpretaciones realizadas por el

<sup>25</sup> CARTABIA, M. y WEILER, J.H.H., *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, il Mulino, Bolonia, 2001.

<sup>26</sup> VIDAL PRADO, C., "Nuevos (y viejos) recelos del Tribunal Constitucional federal alemán frente a la eficacia del derecho comunitario", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 77, 2006.

TJCE, bien ante las exigencias estructurales del proceso de integración.<sup>27</sup> En definitiva, nos hallamos ante una doctrina que prevé un control constitucional estatal de tipo sistémico sobre los principios constitucionales del ordenamiento jurídico de la Unión, y no ante un control caso por caso de la validez de sus normas.

Con los lógicos matices y grados, diríamos que la vigilancia sistémica que abanderó el Tribunal Constitucional alemán, se ha convertido en la doctrina dominante de la jurisprudencia de los principales Altos Tribunales europeos. En Austria, el Tribunal Constitucional guarda una hipotética competencia para llevar a cabo el examen sobre la compatibilidad de las leyes constitucionales que incorporan el derecho originario, con los *principios fundamentales* de la Constitución austriaca. En Italia, la Corte Constitucional rechaza desde la década de 1970, que las limitaciones a la soberanía reconocidas por el art. 11 de la Constitución, puedan comportar para los órganos de la Unión un poder para violar los *principios fundamentales* del ordenamiento constitucional. De forma más reciente, en Francia, el Consejo Constitucional ha reconocido la competencia exclusiva del juez comunitario para examinar la validez de una directiva, siempre que la correspondiente transposición, no suponga vulnerar una regla o principio inherente a la *identidad constitucional* de Francia.<sup>28</sup> En España, el Tribunal Constitucional admite la primacía del derecho comunitario respecto de las normas constitucionales ordinarias, pero no respecto del núcleo intangible identificado con los principios, valores y estructuras fundamentales de la Constitución.<sup>29</sup>

Las razones para que el control sistémico al proceso de integración, se haya generalizado entre buena parte de los Tribunales Constitucionales aludidos, han sido ya apuntadas en las páginas precedentes: ordenamientos separados que además son interpretados por Tribunales con lenguajes y funciones jurídicas diferentes. Pero hay más. Una buena parte de la doctrina considera que la reacción de los Altos Tri-

<sup>27</sup> LÓPEZ CASTILLO, A., “Un nuevo paso en la andadura iuscomunitaria del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. El Auto (Sala Segunda) de 7 de junio de 2000”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 61, 2001, pp. 349-364.

<sup>28</sup> TAMBOU, O., “El Consejo constitucional francés y la relación del derecho comunitario con la Constitución francesa. A propósito de la importante sentencia del Consejo constitucional francés de 10 de junio (2004-496 DC)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 12, 2004, y RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., “El Consejo Constitucional de Francia reconoce la competencia exclusiva del juez comunitario para examinar la validez de una directiva”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 18, 2004, pp. 394 y 395.

<sup>29</sup> MATÍA PORTILLA, F. J., “Dos constituciones y un solo control: el lugar constitucional del Estado español en la Unión Europea. (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 74, 2005, y SAIZ ARNAIZ, A., LÓPEZ CASTILLO, A. y FERRERES COMELLAS, V., *Constitución española y Constitución europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

bunales frente al proceso de integración, se debe a que el Estado ha conseguido eludir en Europa los límites constitucionales internos y desplazar la responsabilidad al ámbito supranacional, en el que no se dan las condiciones constitucionales de limitación de poder y de garantía de los derechos propias del orden constitucional del Estado. Esta orientación del proceso de integración ha generado una inevitable confrontación entre esa actividad supranacional del Estado y la Constitución nacional. El control sistémico en cuanto expresión de una identidad constitucional que merezca ser definida como tal, responde a principios estructurales esenciales del ordenamiento nacional. Por lo tanto, los contralímites no son una manifestación del diálogo entre jurisdicciones sino del miedo de una parte, los Tribunales Constitucionales, que pretende marcar barreras infranqueables no susceptibles, por ello mismo, de ser objeto de diálogo. Si sobre los contralímites se puede dialogar y ceder, entonces es que no son principios estructurales esenciales.<sup>30</sup>

### III. La justicia constitucional, el movimiento pluralista y la nueva teoría de la constitución europea

Señala Baquero Cruz que la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht, puso en marcha un nuevo paradigma constitucional dirigido a interpretar mejor la compleja relación entre ordenamientos y a neutralizar las tensiones derivadas de la tesis de las soberanías en competencia.<sup>31</sup> Efectivamente, uno de los párrafos de aquella Sentencia dejaba entrever indirectamente que seguir sosteniendo de manera complaciente la existencia de ordenamientos jurídicos más o menos independientes, que se relacionaban en base a reglas de validez y preferencia, era seguir esquivando la problemática y la realidad del derecho comunitario, así como su incidencia en el derecho (constitucional) nacional. No se entiende de otro modo que el Tribunal Constitucional alemán realice una observación como la siguiente: “si instituciones u órganos europeos dieran en gestionar o desarrollar el Tratado de la Unión de manera que no quedase cubierto por el Tratado en el que se funda la Ley de ratificación, no serían vinculantes en la jurisdicción alemana los actos jurídicos que de él se desprendiesen. Los órganos del Estado alemán tendrían impedimentos de índole jurídico-constitucional para aplicar tales actos jurídicos en Alemania. En consecuencia, el Tribunal Constitucional alemán está examinando si

<sup>30</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., “Los Tribunales Constitucionales en el proceso de integración europea”, *op. cit.*, p. 365.

<sup>31</sup> BAQUERO CRUZ, J., “The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement”, *European University Working Papers*, n° 13, 2007, <http://www.eui.eu/RSCAS/Publications>

las instituciones y órganos europeos respetan las fronteras de los derechos de soberanía a ellos otorgados o si, por el contrario, rompen ese marco”.<sup>32</sup>

Sería advertencia, por tanto, del *BVerfGE* frente a la posibilidad de nuevas experiencias o procesos de profundización comunitaria al margen de la expresa reforma de los Tratados, como el que caracterizó el periodo de construcción del ordenamiento comunitario sobre la base del activismo judicial europeo. Con este pronunciamiento, se pone de relieve que tanto el derecho constitucional nacional, como la retórica del comunitario, asumen en su lógica interna el papel de derecho superior soberano. Como ya sabemos, según la concepción epistemológica del ordenamiento comunitario desarrollada por el TJCE, 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. Pero si seguimos el párrafo anteriormente aludido del Tribunal Constitucional alemán, los ordenamientos jurídicos y constitucionales nacionales asumen un punto de vista radicalmente distinto. En él, el derecho comunitario debe su primacía a la recepción operada por una norma superior nacional generalmente de rango constitucional.<sup>33</sup> Como hemos visto en las páginas precedentes, la norma superior del *sistema* sigue siendo la Constitución nacional y el poder último de adjudicación jurídica reside en los distintos Tribunales Constitucionales de los Estados miembros.<sup>34</sup>

Pero obsérvese que aquí hemos introducido un elemento nuevo con respecto a la concepción del derecho comunitario que impone el dogma de la supremacía constitucional: las Constituciones nacionales son el punto culminante de un *sistema* jurídico global, por lo tanto al margen de la ruptura ordinal que propiciaba la ausencia de un auténtico derecho constitucional europeo. En este contexto de unidad, surgen teorías pluralistas que se alejan sustancialmente de la alternativa jerárquica que impone una autoridad monista del derecho comunitario y sus instituciones jurisdiccionales sobre el derecho nacional, y viceversa. En realidad, la adopción de una dogmática constitucional pluralista para solucionar el dilema de la competencia de la competencia, responde al eterno problema de la legitimidad del sistema político comunitario: la fundación de la forma de poder europea sobre distintas co-

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional federal de Karlsruhe, de 12 de octubre de 1993, 2 BvR 2134/92 y 2 BvR 2159/92. Dicha Sentencia, traducida por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores de España, se encuentra publicada en la *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, n° 3, 1993. Fundamento C I 2. a), p. 1003.

<sup>33</sup> LÓPEZ CASTILLO, A., *Constitución e integración*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 108-109.

<sup>34</sup> PHELAN, R., *Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, Sweet & Maxwell, Dublín, 1997.

municipalidades políticas, el supuesto valor añadido derivado de esto y la consecuente mutua corrección de los fallos de funcionamiento constitucionales producidos por este panorama, lo que conduce a la construcción y el mantenimiento del pluralismo jurídico.<sup>35</sup> A continuación realizaremos un breve acercamiento a las diferentes corrientes teóricas del movimiento constitucional pluralista, para después tratar de concretar su visión con respecto a la relación entre la justicia constitucional, el principio de supremacía y el proceso de integración europea.

### III.1. Las tendencias teóricas del pluralismo constitucional europeo

Dentro del movimiento pluralista pueden distinguirse tres tendencias más o menos diferenciadas: el pluralismo radical abanderado por los defensores de la teoría de la soberanía compartida, la escuela del contextualismo jurídico encabezada por Weiler, y en tercer y último lugar, el constitucionalismo multinivel propuesto por Pernice desde Alemania. A continuación, se trata de abordar en orden y de manera básica las propuestas de cada una de estas tendencias realizan en lo relativo a la relación entre los ordenamientos nacional y comunitario, prestando especial interés a las diversas soluciones que esbozan en caso de conflicto entre los diversos niveles constitucionales y sus intérpretes.<sup>36</sup>

La teoría de la soberanía compartida tiene en su origen poco que ver con el proceso de integración europea. No es necesario traer a colación los combates teóricos (y militares) desplegados a lo largo del siglo XIX en Estados Unidos, en torno a la posibilidad del poder constituyente como único poder soberano en el Estado federal o si se quiere, políticamente descentralizado.<sup>37</sup> En todo caso, a pesar de que este debate parecía superado, los datos parecen indicar cada vez con más fuerza, que la tesis de la nueva gobernanza por la que la globalización y la competencia entre territorios e identidades exigen una naturaleza del poder más flexible y fragmentado, pretende imponerse de nuevo en el Estado. En este sentido, existe un importante sector doctrinal, que desde el mundo jurídico anglosajón ve en la actual forma de poder de la UE de soberanía mancomunada o compartida, un modelo de articulación constitucional para solucionar los conflictos nacionales y regionales de algunos Estados miembros.

<sup>35</sup> POIARES MADURO, M., “Las formas del poder constitucional de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, 2003, p. 37.

<sup>36</sup> Una panorámica sobre esta cuestión también puede encontrarse en BAQUERO CRUZ, J., “The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement”, *op. cit.*

<sup>37</sup> Sobre estas cuestiones, ver RUIPÉREZ, J., *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, p. 98 y ss.

Neil MacCormick, seguramente uno de los autores más destacados y autorizados de esta corriente, vio tempranamente en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht, la confirmación de que la relación natural entre ordenamientos jurídicos dentro de un mismo sistema es la coexistencia no jerárquica, superpuesta e interactiva.<sup>38</sup> En este esquema, los Tribunales Constitucionales nacionales y el TJCE tienen la última palabra a la hora de interpretar las cuestiones claves de sus respectivos ordenamientos, pero a la vez asumen que hay una cierta indeterminación jurídica en el conjunto que les obliga a tener en cuenta los discursos jurisprudenciales de otros actores y los principios constitucionales comunes del sistema del que forman parte. En cierto modo, cada ámbito constitucional e institucional, y esto también vale para cada Estado miembro en cuanto a su organización territorial interna, es materialmente soberano porque la cuestión de quién decide sobre la competencia de la competencia se deja voluntariamente sin resolver, algo que en la práctica parece ocurrir en los modelos federales que han precedido al proceso de integración europea.<sup>39</sup>

No es de extrañar que ante la posibilidad de que surja un conflicto serio entre el TJCE y algún Tribunal Constitucional nacional, se proponga desde este punto de vista una resolución al margen del derecho de la UE, más concretamente, en el ámbito del derecho internacional público.<sup>40</sup> Esta perspectiva resulta inválida porque está ideada para lo extraordinario y no para guiar el estado normal de las cosas, es decir, la regulación ya existente de la relación entre el TJCE y los tribunales nacionales en la aplicación e interpretación ordinaria del ordenamiento jurídico europeo por parte de una amplia comunidad de actores jurisdiccionales.<sup>41</sup> Por lo demás, colocar la solución a problemas jurídicos en el ámbito del pragmatismo político, que es lo que hace al fin y al cabo este enfoque, supone en realidad desplazar la única fuente de legitimidad autónoma del proceso de integración europea, esto es, el

<sup>38</sup> MACCORMICK, N., “La sentencia de Maastricht: soberanía ahora”, *Debats*, n° 55, 1996, pp. 25-31.

<sup>39</sup> Como son el norteamericano y el alemán, MACCORMICK, N., *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 120-121, y WALKER, N., “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, vol. 65, n° 3, 2002, p. 317 y ss.

<sup>40</sup> Llevar hasta sus últimas consecuencias esta teoría conduce a autorizar a los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros a controlar la validez de las normas de la UE, mientras lo hagan de acuerdo con una serie de principios que se colocan bajo la etiqueta de pluralismo jurídico liberal y el resultado se sujete al derecho constitucional nacional; KUMM, M., “Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?”, *Harvard Jean Monnet Chair Working Papers*, n° 10, 1998, [www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/](http://www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/)

<sup>41</sup> POIARES MADURO, M., “Las formas del poder constitucional de la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 48 y 49.

Estado de Derecho, hacia el ámbito del intergubernamentalismo y el consenso entre las partes interesadas, es decir, los Gobiernos nacionales.

De una gran importancia para la proyección de las tesis pluralistas en el constitucionalismo europeo, es la escuela del contextualismo jurídico patrocinada por Weiler. Quizá el mayor mérito de esta escuela haya sido poner en circulación la tesis de que en la UE ya funciona una forma concreta de constitucionalismo, aquel vinculado con la limitación del poder, y que por lo tanto no es necesario adoptar una Constitución formal. La teoría de Weiler sobre la Constitución mínima para Europa no se produce en el vacío, sino que es consecuencia de un discurso original, novedoso, y al igual que el punto de vista de MacCormick, también influido por el pensamiento político y jurídico anglosajón. Es por esto que vamos a detenernos un poco más en su explicación y en las propuestas que realiza para solucionar la problemática entre la justicia constitucional nacional y el proceso de integración comunitaria.

El origen del contextualismo jurídico se encuentra en las tesis del liberalismo político. Ello se comprende cuando se analiza la relación que Weiler propone entre la nación y el Estado, en el marco de la UE. En el plano de la comunidad política, la nación canónica es para él un artefacto necesario porque proporciona un potente catalizador que dimensiona la pertenencia común de los ciudadanos a una sociedad política, un sentimiento de originalidad que funcionaría como un amortiguador de los excesos individualistas y narcisistas de las sociedades capitalistas contemporáneas.<sup>42</sup> Por el contrario, el Estado se ha demostrado en el curso de la historia del siglo XX europeo, como una perversa maquinaria encargada de desviar las virtudes primarias de la nación política, hacia nacionalismos irracionales que alcanzaron su cenit en las propuestas totalitarias e inhumanas postuladas por el fascismo.<sup>43</sup>

El proceso de integración europea tiene en este sentido la función de civilizar y pacificar las relaciones entre las naciones europeas, a través de una densa red económica, institucional y jurídica, que obliga a repensar el bienestar individual de las naciones europeas, en los términos de un bienestar colectivo europeo y de la dimensión social que en ocasiones parece ofrecer el mercado. El supranacionalismo es entonces la expresión del proyecto comunitario de la integración europea, el principio normativo que limita los excesos del Estado nación y sus tradicionales abusos con respecto a la frontera. Por lo tanto, en el puro nivel estatal, el suprana-

---

<sup>42</sup> WEILER, J.H.H., "European Neo-constitutionalism: in search of foundations for the European constitutional order", en BELLAMY, R. y CASTIGLIONE, D. (eds.), *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Blackwell, Oxford, 1996.

<sup>43</sup> Sobre esta cuestión, ver WEILER, J.H.H., "The State "über alles". Demos, Telos and the German Maastricht Decision", *Harvard Jean Monnet Chair Working Papers*, n° 6, 1995, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers95.html>



cionalismo sustituye la premisa de una mera sociedad internacional, por una comunitaria.<sup>44</sup> En un nivel individual, el supranacionalismo fomenta la expresión de las diferencias culturales en su forma auténtica y espontánea, pretendiendo eliminar la falsa conciencia que el nacionalismo crea en el ámbito estatal y sustituirla por una pertenencia derivada de un sentido no formal de lo compartido, incorporando un ideal que en cierta forma disminuye la importancia de los aspectos estatales de la nacionalidad y que se presenta como el referente principal de las interacciones humanas transnacionales.

El principio de tolerancia constitucional es aquí el elemento explicativo de la disciplina constitucional europea, disciplina que no cuenta con el mismo tipo de autoridad que puede encontrarse en los Estados federales constitucionales sujetos al orden constitucional clásico.<sup>45</sup> Como hemos venido señalando, al orden constitucional europeo le faltan algunas de las condiciones básicas de la *vieja* teoría de la Constitución como el pueblo, la nación o la soberanía. Sin embargo, también sabemos que en la Unión el derecho comunitario se impone sobre las normas en conflicto del Estado miembro. Esta jerarquía no se basa en una jerarquía de autoridad legislativa, ni en una jerarquía del poder real: en efecto, el federalismo europeo está construido con una jerarquía formal de normas que va de arriba abajo, pero con una jerarquía de autoridad y poder real que por el contrario iría de abajo a arriba.<sup>46</sup>

Que los Estados miembros hayan aceptado dejar sin valor real la supremacía formal y material de sus Constituciones, sólo puede entenderse, según Weiler, por la existencia implícita del principio de tolerancia constitucional.<sup>47</sup> Dicho principio, por apuntarlo de manera resumida, encuentra su expresión en la situación que venimos describiendo: una disciplina constitucional que, sin embargo, no se basa en una Constitución de tipo estatal. Los agentes constitucionales del Estado miembro aceptan la disciplina constitucional europea “no porque al ser ésta materia de doctrina legal, como podría ser el caso del Estado federal, tengan que subordinarse a un órgano soberano y a una autoridad superior que aplican normas validadas por el

<sup>44</sup> WEILER, J.H.H., *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995, p. 184.

<sup>45</sup> WEILER, J.H.H., “Federalismo y constitucionalismo: el *Sonderweg* de Europa”, *Revista de Occidente*, n° 249, 2002, p. 52. El mismo texto puede encontrarse en inglés en WEILER, J.H.H., “Federalism and Constitutionalism: Europe’s *Sonderweg*”, en NICOLAIDIS, K. y HOWSE, P. (eds.), *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2001, aunque por comodidad nos remitiremos a la versión española.

<sup>46</sup> WEILER, J.H.H., “‘We Will Do, and Hearken’. Reflections on a Common Constitutional Law for the European Union”, en BIEBER, R. y WIDMER, P. (eds.), *The European Constitutional Area*, Schulthess, Zurich, 1995.

<sup>47</sup> WEILER, J.H.H., “Federalismo y constitucionalismo: el *Sonderweg* de Europa”, *op. cit.*, pp. 65 y 67.

pueblo federal, el *demos* constitucional. Lo aceptan como un acto autónomo y voluntario de subordinación, en los distintos territorios gobernados por Europa, a una norma que es expresión de la suma de otras voluntades, otras identidades políticas, otras comunidades políticas”.<sup>48</sup>

Weiler no es del todo consecuente con el principio de tolerancia constitucional que de forma tan brillante halla en el corazón de la disciplina federal europea, pues defiende la creación de un consejo constitucional compuesto por jueces nacionales y de la UE, para resolver eventuales conflictos de competencia entre el ordenamiento jurídico europeo y los ordenamientos jurídicos nacionales.<sup>49</sup> Esta propuesta tiene como objetivo “europeizar” las posibles colisiones entre ordenamientos, o lo que es lo mismo, garantizar la *autoridad última* de la forma de poder comunitaria, con la única diferencia con respecto a la situación actual, de que esta autoridad residiría en una institución con una mayor participación de los Tribunales Constitucionales nacionales. Una solución tal difícilmente podría seguir siendo denominada pluralismo constitucional, entre otras cosas porque no es seguro que los Tribunales Constitucionales aceptasen renunciar a su pretensión de autoridad final a cambio de la participación de la UE que no podrían controlar. Por ello resulta más lógica la propuesta que realiza otro miembro de la escuela contextual y a la sazón discípulo aventajado de Weiler, Miguel Poiares Maduro.

Para ser coherente con el principio de tolerancia constitucional, el ahora Abogado General de la UE propone que los Tribunales Constitucionales nacionales y el TJCE sigan manteniendo un diálogo horizontal, único modo de preservar una cierta unidad ordinamental que al tiempo sea plural. Es decir, el ordenamiento jurídico comunitario tiene que ser entendido como integrador de las pretensiones de validez tanto del derecho constitucional nacional como del europeo. Ahora bien, para que este ordenamiento europeo sea viable, debe cumplir con los requisitos de lo que se denomina como derecho contrapuntual: pluralismo, coherencia vertical y horizontal, universalidad y preferencia institucional.<sup>50</sup> Con posterioridad, cada Tribunal Constitucional tendrá que razonar y justificar sus resoluciones en el marco de los requisitos anteriormente indicados, una vez creado el mecanismo necesario para acoger las pretensiones de autoridad de cada ordenamiento jurídico. Este mecanismo alude, fundamentalmente, al reconocimiento de un mayor papel para los Altos Tribunales y el constitucionalismo nacional en la interpretación y aplicación del de-

<sup>48</sup> WEILER, J.H.H., “Federalismo y constitucionalismo: el *Sonderweg* de Europa”, *op. cit.*, p. 69.

<sup>49</sup> WEILER, J.H.H., “The European Union Belongs to Its Citizens: Three Immodest Proposals”, *European Law Review*, vol. 22, nº 1, 1997, p. 150.

<sup>50</sup> POIARES MADURO, M., “Las formas del poder constitucional de la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 38-46.

recho de la UE, llegando al punto de que si el TJCE no cumple con las obligaciones que le asignan los Tratados y se produce un conflicto sistémico, los Tribunales Constitucionales se verían dispensados de los compromisos derivadas del principio de cooperación leal con las instituciones comunitarias.<sup>51</sup>

No muy lejos de las coordenadas teóricas del contextualismo jurídico, se sitúa la tendencia de más éxito del pluralismo jurídico europeo, el constitucionalismo multinivel. La mayor diferencia estriba en que para éste último la Unión ya cuenta con una Constitución material. Los caminos teóricos por los que se llega a esta conclusión, no por complejos, dejan de ser menos interesantes. Sin duda, cuando en la década de 1960 la Comunidad Europea empezó a ser definida como una comunidad de derecho, se ayudó a crear un concepto central para que los enfoques doctrinales posteriores pudieran reconstruir las relaciones entre el Estado, el constitucionalismo y el federalismo, en una dirección que iba a permitir interpretar de forma más flexible la compleja realidad institucional comunitaria. La diferencia entre la Comunidad Europea y el Estado residiría en que mientras éste era siempre una unión política y normativa que precedía a la Constitución, la Comunidad no era nada más que la creación racional del derecho.<sup>52</sup> El núcleo de esta crítica implicaba sin embargo una crítica más amplia que pretendía explicar el derecho constitucional contemporáneo no como el resultado de una realidad inmaterial nacional o estatal, que era lo que había podido ocurrir antes de la Segunda Guerra Mundial, sino como la consecuencia de unas relaciones jurídicas creadas por la Constitución normativa.<sup>53</sup>

Al aplicar esta comprensión al derecho comunitario, aparecen nuevas perspectivas. Para Pernice, principal exponente del enfoque multinivel, la Comunidad Europea y los Estados miembros son ante todo comunidades constitucionales.<sup>54</sup> A partir de este novedoso impulso teórico, el constitucionalista alemán considera que el entretendido de los ordenamientos estatal y comunitario ha alcanzado una dimensión tan profunda que el único concepto que puede responder adecuadamente a los problemas derivados de la falta de unidad, es el de ordenamiento constitucional múlti-

<sup>51</sup> POIARES MADURO, M., “Las formas del poder constitucional de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 50.

<sup>52</sup> Esta formulación puede apreciarse en el temprano trabajo de HALLSTEIN, W., *La Europa inacabada*, Plaza & Janés, Barcelona, 1971, primer Presidente de la Comisión Europea.

<sup>53</sup> Esta aproximación puede encontrarse en las diferentes formulaciones realizadas en torno a la idea de Estado constitucional. Ver en este sentido HESSE, K., *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983; SCHNEIDER, H. P., *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 y ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid 2002.

<sup>54</sup> PERNICE, I., “Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?”, *Common Market Law Review*, vol. 36, n° 4, 1999, p. 724.

ple o Constitución compuesta.<sup>55</sup> Con esta propuesta se da de baja a uno de los lugares comunes de las tradicionales concepciones finalista e intergubernamental, a saber: el supuesto de los sistemas jurídicos autónomos. La unión de Constituciones se presenta como la reunión de los Tratados fundacionales y las Constituciones de los Estados miembros en una única Constitución europea. Ello implica que a pesar de contar con dos niveles de intervención política y jurídica que se pretenden auto-referenciales, la Constitución compuesta funda sus relaciones internas en el principio de jerarquía funcional, cuya interpretación y proyección procede siempre de la instancia común, es decir, el derecho y las instituciones europeas. Esta perspectiva lleva implícita un alto grado de construcción federal, expresión al mismo tiempo de una creciente homogeneidad de principios jurídicos y de valores democráticos en el espacio europeo.

El constitucionalismo multinivel entiende que si existe una Constitución europea derivada de la complementariedad de los Tratados y de las Normas Fundamentales de los Estados miembros, la defensa y la interpretación de esa Constitución corresponde a un Tribunal Constitucional multinivel europeo, formado por los Tribunales Constitucionales nacionales y el TJCE.<sup>56</sup> En la estructura del constitucionalismo multinivel, el conflicto entre la supremacía de la Constitución y la primacía del derecho comunitario, se reconduce a través de la distinción entre la validez y la preferencia del derecho en sede comunitaria, tal y como hace por ejemplo el Tribunal Constitucional español en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre: la primacía del derecho constitucional de la Unión, implica relevancia, no suprallegalidad, por lo tanto debe de ser relacionada con el principio de competencia. En la medida en que los posibles conflictos entre ordenamientos se resuelven a través de criterios de aplicación preferente, la cuestión de la supremacía puede ser eludida, mantenida en el limbo de la dinámica autónoma del derecho comunitario.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Dependiendo de la tradición jurídica a la que se dirija, Pernice habla del sistema europeo como ordenamiento multinivel, Constitución compuesta o Constitución integrada; PERNICE, I. y MAYER, F. C., “De la constitution composée de l’Europe”, *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 36, n° 4, 2000, pp. 623-647 y PERNICE, I. y MAYER, F. C., “La costituzione integrata dell’Europa”, *Walter Hallstein Institut Paper*, 7/03, 2003, <http://www.whi-berlin.de/>

<sup>56</sup> MAYER, F., “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European constitutional law in a multilevel system”, *Harvard Jean Monnet Chair Working Papers*, n° 9, 2003, p. 60, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers95.html>

<sup>57</sup> MAYER, F., “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European constitutional law in a multilevel system”, *op. cit.*, p. 61.

### III.2. Del conflicto a la cooperación: el pluralismo jurídico y la justicia constitucional europea

Ya vimos que si se interpreta la relación entre los ordenamientos constitucionales nacionales y el comunitario, a través del prisma que proporciona la supremacía y rigidez constitucional, se hace muy difícil la articulación de una cierta reciprocidad jurisprudencial entre los Tribunales Constitucionales nacionales y el TJCE. En este sentido, el control sistémico del proceso de integración que abanderara el Tribunal Constitucional alemán, a través de la teoría de los contralímites, no sería sino la expresión de un conflicto latente producido por la pretensión de supremacía del ordenamiento jurídico comunitario. El movimiento pluralista asume la existencia de este conflicto, pero trabaja teóricamente para reconducirlo y pacificarlo. Un paso ya es el considerar la existencia de una Constitución de la Unión, sin un mandato constituyente del pueblo europeo; otro es sin duda transformar la difícil relación entre ciertos Tribunales Constitucionales nacionales y el TJCE, en un diálogo jurisprudencial creativo y saludable, fruto de la cooperación interordinamental en el marco de una forma de poder multinivel.

El diálogo entre tribunales es ya una realidad global que va más allá de de las fronteras del sistema constitucional comunitario.<sup>58</sup> Los operadores jurídicos nacionales cada vez recurren con más asiduidad al derecho comparado para resolver problemas que se les plantean en el interior de sus ordenamientos. La sociedad global es una constante fuente de exigencias en este sentido, debido a la movilidad de los seres humanos y al incremento desmedido de los intercambios económicos que superan las fronteras estatales.<sup>59</sup> La aparición de cartas de Derechos Humanos regionales e internacionales y la progresiva articulación de legislaciones comerciales vinculadas con la liberalización de las economías y la expansión del derecho internacional privado, ha propiciado la emergencia de un acervo jurídico global que se pone a disposición de las necesidades e intereses de las diversas cortes constitucionales.<sup>60</sup> Esta es una dinámica externa que sin duda refuerza en el plano epistemológico las tesis del movimiento pluralista europeo, en cuanto a la necesidad de reconsiderar las relaciones ordinamentales y jurisprudenciales comunitarias en términos dialógicos.

<sup>58</sup> SLAUGHTER, A.-M., "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n° 1, 2003, pp. 189-219.

<sup>59</sup> PEGORARO, L., *La Corte Costituzionale e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica*, CCSDD, Clueb, Bolonia, 2007 y TEITEL, R., "Comparative Constitutional Law in a Global Age", *Harvard Law Review*, vol. 117, n° 8, 2004, pp. 2570-2596.

<sup>60</sup> SPERTI, A., "Il dialogo tra le Corti Costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente", *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2006, pp. 125-165.

Pero el diálogo solo es posible, como ya señalamos al principio de nuestro trabajo, si los Tribunales Constitucionales nacionales y el TJCE hablan el mismo lenguaje jurídico y trabajan sobre las mismas condiciones estructurales. En lo procedimental, la cooperación es posible porque el art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE), permite a los órganos judiciales nacionales solicitar el TJCE que se pronuncien con carácter prejudicial sobre la validez de la interpretación de los actos adoptados por la Unión. El carácter opcional del planteamiento del art. 234 TCE, desaparece cuando se plantea una cuestión prejudicial en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno. En todo caso, ésta obligación desaparece cuando la cuestión dirimida sea materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en un caso análogo, o cuando la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable. El art. 234 TCE sirve sin duda para encauzar formalmente el diálogo entre el TJCE y los Tribunales Constitucionales nacionales,<sup>61</sup> pero hasta hoy sólo la Corte de Arbitraje belga y el Tribunal Constitucional austriaco, han usado excepcionalmente la cuestión prejudicial para plantear al TJCE problemas de interpretación del derecho comunitario.

En lo sustantivo, el movimiento pluralista también aporta un elemento clave para la cooperación entre los Altos Tribunales nacionales y el comunitario: el principio de homogeneidad constitucional. El diálogo es posible porque el art. 6 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE), se presenta como la cláusula general que articula una *Comunidad* de valores, al fijar en el reconocimiento de la libertad, de la democracia, del respeto de los derechos del hombre y del Estado de Derecho, la forma secular de autoidentificación política de los ciudadanos y los Estados de la Unión.<sup>62</sup> Los Tratados comunitarios y las Constituciones de los Estados miembros, coinciden al configurar una cultura constitucional que concibe los principios elementales del Estado constitucional y democrático, como el pilar normativo de la sociedad política europea en trance de formarse.<sup>63</sup> Este espacio constitucional fundado en derechos humanos y democracia habría sido posible, en buena medida, por el intercambio de posiciones jurisprudenciales que a lo largo del proceso

61 MAYER, F., “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European constitutional law in a multilevel system”, *op. cit.*, p. 61.

62 Art. 6.1 TUE: “La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el estado de derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”.

63 ATRIPALDI, V. y MICCÙ, R., “La Costituzione Europea ‘multilivello’ tra garanzie di omogeneità e identità plurali”, en PERNICE, I. y MICCÙ, R. (eds.), *The European Constitution in the Making*, Nomos, Baden-Baden, 2003.

de integración han mantenido el TJCE y algunos Tribunales Constitucionales nacionales, fundamentalmente el alemán. Pero vayamos con un ejemplo.

En la Sentencia de 29 de mayo de 1974 (Solange I), el Tribunal Constitucional alemán precisó que la integración y el derecho comunitario encuentran un límite constitucional en el ámbito de los derechos fundamentales, el cual permanece sometido al ordenamiento interno y cuya garantía corresponde, en última instancia, al juez de la constitucionalidad, como quiera que la apertura comunitaria establecida en el entonces art. 24 de la Ley Fundamental alemana, no llegaba hasta el punto de incidir sobre esa parte esencial e irrenunciable de la Constitución. A partir de esta advertencia, el TJCE realizó una construcción pretoriana y constituyente de los derechos fundamentales a nivel comunitario, sobre la base de la extrapolación al terreno de los principios generales del derecho, de la metodología prevista en el entonces art. 215 TCE, en materia de responsabilidad extracontractual.<sup>64</sup> Tras la rectificación del TJCE y varios pronunciamientos relativos a un posible cambio de posición, el Tribunal Constitucional alemán invirtió el significado de la palabra *Solange*, manifestando que “en tanto que” el ordenamiento comunitario, considerado en su conjunto, garantice, con carácter general, la protección de los derechos fundamentales de una forma que, en su esencia, sea parangonable a la asegurada por la Ley Fundamental alemana, no ejercerá su control en ese ámbito.

De esta forma, lo que era una reserva de jurisdicción de carácter absoluto, que planteaba un conflicto irresoluble entre la jurisprudencia constitucional y la comunitaria, se habría ido transformando en una simple posición de garantía, en la que el juez constitucional se convierte mediante el diálogo indirecto en protagonista de la actividad del TJCE en la materia, pero sobre la base de un parámetro que ya no es, rígidamente, la declaración constitucional de derechos, sino un nivel de protección sustancialmente equivalente.<sup>65</sup> Sin lugar a dudas, el desarrollo de los derechos fundamentales en sede comunitaria es un tema interesante para comenzar a dar la vuelta a las tesis defendidas por el movimiento pluralista europeo, principalmente el constitucionalismo multinivel, en lo relativo a la teoría de la Constitución y el papel de la justicia constitucional con respecto al proceso de integración. Diríamos, sin lugar a dudas, que la teoría constitucional pluralista es muy apreciable desde el punto de vista metodológico, pero al defender la imbricación de los niveles nacional y europeo en términos constitucionales, no sólo convierte en irrelevante la problemá-

<sup>64</sup> Esta reconstrucción en CHUECA SANCHO, A. G., *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1999, y RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas”, en VV. AA., *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Universidad Carlos III, Madrid, 1993, pp. 203-224.

<sup>65</sup> MAYER, F., “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European constitutional law in a multilevel system”, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

tica de un poder constituyente europeo, sino que pierde de vista la lógica relacional que recorre la conexión entre el ordenamiento estatal y el europeo, y la funcionalidad de dicha lógica con el proyecto estratégico, fundamentalmente económico, de la UE. Y esta cuestión es decisiva para comprender globalmente, la posición de los Tribunales Constitucionales nacionales, ante la integración supranacional.

#### IV. Los derechos fundamentales y su difícil reconducción hacia una estructura constitucional pluralista

Como ya hemos señalado con anterioridad, los impulsores del constitucionalismo pluralista consideran que la interrelación entre los ordenamientos estatal y comunitario ha alcanzado una dimensión tan profunda, que el único concepto que puede responder adecuadamente a los retos planteados por la dialéctica unidad—fragmentación, es la teoría de la Constitución compuesta (Pernice) o del constitucionalismo mínimo (Weiler). No es casualidad que al albor de estas nuevas tendencias teóricas y de la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales en Niza en el año 2000, el TJCE haya comenzado una nueva etapa de activismo constitucional, tratando de adornar el fundamento de la integración europea mediante el otorgamiento a los derechos el papel representado hasta el momento por el mercado.<sup>66</sup> Al fin y al cabo, los críticos del TJCE siempre han manifestado sospechas sobre el uso instrumental que éste ha hecho de los derechos fundamentales, en relación no tanto con la protección de los valores de por sí merecedores de tutela, como sobre todo con el reforzamiento de la integración económica europea.<sup>67</sup>

Frente a este argumento, en los últimos años, el TJCE ha encadenado una serie de Sentencias donde demuestra saber sacrificar los intereses de los operadores económicos frente a la no discriminación por razón de sexo, la libertad de expresión o la dignidad humana, entre otros derechos fundamentales.<sup>68</sup> La verdadera novedad de estos pronunciamientos no es que la balanza de la operación interpretativa y jurisprudencial caiga por primera vez del lado de derechos no económicos, sino que el TJCE entra a valorar decisiones de las autoridades nacionales basadas en derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros,

<sup>66</sup> CARTABIA, M., “El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 22, 2007, p. 203.

<sup>67</sup> EVERSON, M., “The Legacy of the Market Citizen”, en SHAW, J. y GILIAN, M. (eds.), *New Legal Dynamics of the European Union*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 73-89, y REICH, N., *Understanding EU Law. Objectives, Principles and Methods of Community Law*, Intersentia, New Cork, 2003, pp. 54 y ss.

<sup>68</sup> Sentencia *Tanja Kreil*, C-285/98, de 11 de enero de 2000; Sentencia *Schmidberger*, C-112/00, de 12 de junio de 2003; Sentencia *Omega*, C-36/02, de 14 de octubre de 2004 y Sentencias *Ayadi*, T-253/02 y *Hassan*, T-49/04, ambas de 12 de junio de 2006, entre otras.



teniendo en cuenta el ámbito material y axiológico que proporcionan los Tratados comunitarios. Acaso ello sea posible, en buena medida, por las condiciones de sostenibilidad que aporta un ordenamiento jurídico multinivel, donde tanto las Constituciones nacionales como los Tratados comunitarios, tienen presuntamente capacidad para afectarse materialmente de forma recíproca en virtud de la ausencia del principio de jerarquía.

Pero el activismo constitucional del TJCE en materia de derechos fundamentales, parece indicar que una vez configuradas como colaborativas las relaciones entre las distintas jurisdicciones, la construcción de un sistema relacional entre los Tribunales nacionales y supranacionales, implica una progresiva unificación del catálogo de los derechos a favor del catálogo más general, que por otra parte no siempre tiene por qué ser más amplio.<sup>69</sup> Ciertamente, en el planteamiento del constitucionalismo pluralista, el ordenamiento comunitario parece diseñado para mantener la diferenciación y respetar las diversas sensibilidades de los Estados miembros: lo demuestra hasta hoy la preferencia por instrumentos normativos como la directiva, fuente de derecho que tiende a armonizar los ordenamientos y no necesariamente a unificarlos. Desde este punto de vista, habría espacio para una diferenciación nacional y, en el interior de cada Estado miembro, para ulteriores diferenciaciones regionales y locales, según el esquema conceptual de una mayor autonomía normativa y reglamentaria de cada institución.<sup>70</sup> Todo este cuadro se integra perfectamente en un tipo de democracia postnacional, que debe legitimarse mediante procedimientos participativos y relacionales de búsqueda de consenso, en la así llamada *gobernanza*.

Los derechos fundamentales, sujetos por su propia naturaleza a una adjudicación estricta, dejan sin embargo poco espacio a la autonomía normativa de los legisladores individuales, estatales o regionales, y por lo tanto para la diferenciación. Por decirlo más claramente, para los derechos fundamentales lo antes afirmado no parece ser un esquema creíble, pues resulta muy complejo que cada juez haga convivir en su obrar cotidiano decisorio, dos o más catálogos de derechos.<sup>71</sup> Antes o después, como demuestra la jurisprudencia más reciente del TJCE, se producirá una unificación en sentido conceptual y cultural, que llevará a la prevalencia del catálogo más general sobre los particulares, de naturaleza territorialmente limitada.

<sup>69</sup> CARROZZA, P., “El ‘Multilevel Constitutionalism’ y el sistema de fuentes del derecho”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 19, 2006, p. 363.

<sup>70</sup> CARROZZA, P., “El ‘Multilevel Constitutionalism’ y el sistema de fuentes del derecho”, *op. cit.*, p. 365.

<sup>71</sup> Desde luego, no es éste el criterio del Tribunal Constitucional español, que se ha apuntado a las tesis del constitucionalismo multinivel, y ha dado por buenas las cartas de derechos fundamentales incorporadas a los Estatutos tras las recientes reformas autonómicas, en su Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre de 2007.

Evidentemente, dicha unificación sólo es posible si se postula un entendimiento *material* del principio de primacía del Derecho comunitario, basado en el concepto de jerarquía funcional, y este entendimiento es aceptado por los demás operadores jurídicos que conforman el sistema. En este sentido, la doctrina prestó muy poca atención a los pasajes de la Sentencia sobre el Tratado de Maastricht, donde el Tribunal Constitucional alemán señalaba que la integración económica podía ser calificada como un fenómeno no político, que sucede de forma autónoma, al margen de los Estados: así, la única legitimidad que requería la Unión Monetaria era una legitimidad funcional basada en el compromiso institucionalmente garantizado de la estabilidad de precios y las normas contra los déficit fiscales excesivos. En base a este diseño institucional, la integración a través del mercado no podía ser cuestionada desde el punto de vista de la democracia y sobre todo de los derechos fundamentales.<sup>72</sup>

En el contexto que acabamos de plantear, el problema del activismo del TJCE no es propiamente el aumento de competencias en materia de derechos, sino el cambio de parámetro interpretativo global que ello produce. En el constitucionalismo de los Estados miembros, prácticamente sin excepción, los derechos fundamentales son los protagonistas centrales de lo que precisamente la doctrina alemana ha venido denominando como el “efecto irradiación”, esto es, aquellos proyectan su dimensión sustantiva, centrada en la dignidad, la libertad y la igualdad de los ciudadanos, en la articulación y el desarrollo de la forma de poder donde se integran. Con el activismo jurisprudencial del TJCE, se corre el riesgo de que el sistema de derechos estatal se revise a partir de la perspectiva economicista que postula la Constitución material de los Tratados comunitarios, marco de referencia ineludible para el propio TJCE.<sup>73</sup> En las Sentencia, C-438/05, de 11 de diciembre de 2007, sobre el derecho de huelga, y C-346/06, de 3 de abril de 2008, referida a la protección social de los trabajadores, el TJCE da pistas de dónde puede producirse una mayor diferenciación sobre la base estatal de interpretación: aquellos derechos diseñados de forma programática y que, por su naturaleza, dejen paso a diferentes implementaciones del mercado, es decir, los derechos sociales. Para ellos sin duda será de aplicación la lógica de disponibilidad de recursos jurisdiccionales, porque varían en su configuración de Estado en Estado y el TJCE opera a través de la lógica de los principios generales del derecho.

Por lo tanto, la expansión federal del campo de aplicación de los derechos fun-

---

<sup>72</sup> JOERGES, C., “¿Qué tiene de social-demócrata la constitución económica europea?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 73, 2005, p. 32.

<sup>73</sup> RUBIO LLORENTE, F., “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 64, 2002.

damentales por el TJCE no plantea sólo un problema formal de jurisdicciones. Si así fuese, el paradigma del constitucionalismo pluralista, resolvería el problema. Pero existe, por encima de esta cuestión, un problema sustancial de contenido: hay una versión comunitaria (dominante) de algunos derechos que no se corresponde totalmente con la de uno o más Estados miembros. Y esta versión, asentada en el alma económica que preside el momento constituyente de la construcción europea, se presta a ser utilizada en los casos más controvertidos, en los que las diferencias de valor entre las Constituciones nacionales y ordenamiento comunitario pueden ser más tirantes.<sup>74</sup> Desde esta perspectiva, la apelación al diálogo jurisdiccional en materia de derechos, aunque también cabría extenderlo a otros ámbitos, que postula el constitucionalismo multinivel, sólo tendría sentido si los Tribunales Constitucionales aportan la versión nacional del constitucionalismo que tienen la responsabilidad de defender e interpretar. Lo contrario es ocultar el conflicto que subyace entre dos formas distintas de entender la racionalización de la política y la economía a través de la Constitución y el derecho.

### **V. El papel de la justicia constitucional en el proceso de integración europea: de la teoría a la práctica**

De lo que se trata entonces en este último epígrafe, es de terminar de esbozar la idea central que con mayor o menor fortuna, hemos pretendido defender a lo largo de este trabajo: el control sistémico y el diálogo jurisprudencial que parece postularse desde los enfoques renovadores de la teoría de la Constitución europea, no siempre resisten la realidad de la aplicación práctica del derecho comunitario en lo relativo a la naturaleza y las funciones de la justicia constitucional. Para ello, nada mejor que recurrir a la regulación ya existente de la relación entre el TJCE y los tribunales nacionales, en lo relativo a la aplicación e interpretación ordinaria del ordenamiento jurídico comunitario.

Efectivamente, los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros han tenido y tienen la posibilidad de cooperar directa o indirectamente en la constitucionalización de la Unión, sin embargo, el precio que han tenido que pagar no es menor: que el TJCE se convierta en el guardián y supremo intérprete del sistema constitucional de la Unión. Ya hemos visto que el art. 234 TCE impone a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior

---

<sup>74</sup> CASSESE, S. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2007, y GARCÍA HERRERA, M. Á. y MAESTRO BUELGA, G., “Dirección económica y mercado en la Constitución europea”, *Cuestiones constitucionales*, n° 15, 2006, p. 140.

recurso en derecho interno, la obligación de plantearle las dudas interpretativas que les suscite el derecho comunitario en el marco de los litigios de los que estén conociendo. Pero es que además, los propios ordenamientos procesales nacionales no contemplan la posibilidad de declarar inválido, frontal y directamente, derecho comunitario derivado. Que esto sea así se debe a que el TJCE ha ido elaborando una jurisprudencia destinada a eliminar cualquier tipo de resistencia por parte de los ordenamientos y operadores jurídicos nacionales al derecho comunitario.

Resulta ocioso recordar, en este sentido, que el TJCE ha descartado la posibilidad de controlar la actividad comunitaria sobre la base de parámetros nacionales, incluidos los de rango constitucional, y que ha rechazado la competencia de los tribunales nacionales para realizar por su propia autoridad juicios negativos de validez de normas y actos comunitarios. El análisis comparado demuestra que a los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros únicamente les quedan intactas sus competencias para enjuiciar residualmente la constitucionalidad de las normas nacionales con fuerza y valor de ley, así como, en su caso, normas reglamentarias y de pura actividad administrativa que, por hipótesis, puedan ser el resultado de la ejecución de normas comunitarias. Formalmente, la posibilidad de plantearse la constitucionalidad del derecho comunitario bajo parámetros nacionales, se situaría en el terreno de un control absolutamente subsidiario, que además no sería materialmente autónomo, sino que debería ejercitarse desde la perspectiva simultánea del derecho comunitario y el derecho constitucional interno, habida cuenta, respectivamente, del principio de cooperación leal y del principio de europeidad que debería inspirar las cláusulas nacionales de integración. En todo caso, la difícil posibilidad de que un Tribunal Constitucional de los Estados miembros pueda plantearse la constitucionalidad del derecho comunitario, tendría que darse en una situación donde se hayan agotado las vías que el marco del propio ordenamiento jurídico comunitario, ofrezca para solucionar la contradicción con la Constitución interna.<sup>75</sup>

Desde este punto de vista, la tentación de considerar que los Tribunales Constitucionales nacionales siguen teniendo la competencia soberana para en último término valorar la sumisión del derecho comunitario a los imperativos constitucionales internos, por ejemplo a través del control sistémico o más tenuemente mediante el diálogo jurisprudencial, no es sino una constatación un tanto formalista que no se corresponde con la realidad. Por ejemplo, de la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés puede deducirse que la Constitución nacional y los Tratados comunitarios gozan cuando menos de la misma autoridad normativa: solo una concepción de las relaciones jurídicas como ésta, permite comprender que cada uno de los textos pueda, a su vez, afirmar su propia superioridad sin poner en cuestión, sin

---

<sup>75</sup> ALONSO GARCÍA, R., *Justicia constitucional y Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 25 y 26.

embargo, la del otro. Pero la posición francesa puede extenderse a otros Altos Tribunales, como el español, el alemán o el italiano, que parecen plantear un esquema de relaciones de cooperación con el TJCE en términos de competencia (corporativa), sin caer en la cuenta del perjuicio que supone esta actitud para la pervivencia de las tradiciones constitucionales comunes, en el sentido que impone el ordenamiento jurídico de la Unión.

Al contrario que los Tribunales Constitucionales mencionados, el Tribunal Constitucional austriaco no se desenvuelve hasta el momento en una dirección que podría entenderse como de prevención permanente ante la integración europea.<sup>76</sup> Tampoco se encuentran en su jurisprudencia explicaciones explícitas sobre la efectividad de los principios fundamentales de la Constitución austriaca, como límites a un futuro proceso de integración desbordante. Su voluntad por compartir y aplicar la jurisprudencia del TJCE, parece implicar el reconocimiento de que los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros, se encuentran en una situación de inferioridad jerárquica frente al sistema constitucional comunitario.

Para defender esta postura, basta recordar, brevemente, el significado constitucional de la primacía del derecho comunitario.<sup>77</sup> La mayor parte de la doctrina, y de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales nacionales, entiende que la primacía del derecho de la Unión no implica una norma de jerarquía sobre el derecho de los Estados miembros sino, simplemente, una regla de colisión que regularía la colaboración de dos ordenamientos jurídicos con matrices distintas. Esto es cierto sólo parcialmente. Es verdad que una vez constitucionalizado el principio de primacía del derecho de la Unión, éste deviene inútil, ya que los conflictos entre fuentes se resuelven según el principio de competencia. Ahora bien, detentando el sistema de los Tratados de la Unión la competencia de la competencia, serán tales textos los que dicten, según los ahora cuestionados cánones *kelsenianos*, el ámbito material de expansión del derecho comunitario y por tanto, indirectamente, el ámbito material o la condición de validez de las fuentes de los otros ordenamientos.<sup>78</sup> Esta perspectiva no resulta válida para los impulsores del constitucionalismo pluralista, quienes parecen postular un modelo constitucional relacional y pacífico basado en la conexión entre el centro y la periferia, donde las normas nacionales terminarían desplazándose en favor de las comunitarias, en virtud del criterio de competencia.

<sup>76</sup> Ver el capítulo dedicado a Austria en el trabajo de VIDAL PRADO, C., *El impacto del nuevo derecho europeo en los Tribunales Constitucionales*, Colex, Madrid, 2004.

<sup>77</sup> Elocuente, en este sentido, el trabajo de NETTESHEIM, M., “El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario/de la Unión”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 6, 2003, pp. 279-289.

<sup>78</sup> NETTESHEIM, M., “The order of competence within the Treaty establishing a Constitution for Europe”, en CLOSA MONTERO, C. y FERNÁNDEZ SOLA, N. (coords.), *La Constitución de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 243 y ss.

Esta interpretación interesada de la primacía del derecho comunitario, permite defender la potestad de tanto el TJCE como de los Altos Tribunales nacionales, para intervenir en caso de estado de necesidad (o de excepción), en el marco de las relaciones de cooperación anteriormente aludidas. Sin embargo, la referencia a la soberanía jurisdiccional no parece útil para enfrentarse a las aporías estructurales que surgen de las relaciones ordinarias entre el ordenamiento estatal y el comunitario. Ello porque la primacía del derecho de la Unión rige incondicionalmente y sin excepciones. La Sentencia Costa/ENEL, de 15 de julio de 1964, sin duda uno de los jalones de los temas monistas en la jurisprudencia del TJCE,<sup>79</sup> señala con total claridad que la integración del derecho comunitario en los ordenamientos nacionales implica como corolario la imposibilidad de que dichos Estados hagan prevalecer unilateralmente medidas nacionales frente al ordenamiento jurídico comunitario.<sup>80</sup> El hecho de que las normas a ordenar verticalmente procedan de distinta fuente, como es el caso, no es óbice para un entendimiento *material* del concepto de jerarquía. Baste recordar a este respecto la ya mencionada Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional español, en la que al tratar de abordar desde un punto de vista lógico y conceptual, la compatibilidad entre la supremacía constitucional y la primacía del derecho comunitario, se alcanza la conclusión de la Constitución desplazada, con lo que ello conlleva para el vaciamiento competencial del Estado y el sistema de control de constitucionalidad del derecho internacional.<sup>81</sup>

Por lo tanto, el proceso de integración europea ha consolidado un escenario que ha transformado profundamente la posición y el significado de la justicia constitucional en el Estado. La relación recíproca entre ordenamientos está caracterizada hoy por la existencia efectiva de una estructura jerárquica *de hecho* en favor de la instancia comunitaria. El ejemplo anteriormente analizado sobre el tratamiento de los derechos fundamentales por parte del TJCE, en virtud de los planteamientos del constitucionalismo multinivel, es suficientemente explicativo. Ello no quiere decir, en todo caso, que el TJCE no se pueda orientar conforme a la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales parciales, surgiendo, de este modo, una relación de

<sup>79</sup> Como señala enfáticamente PESCATORE, P., “Monismo, dualismo y ‘efecto útil’ en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 9, 2004, p. 9.

<sup>80</sup> Sobre esta evolución recientemente, ver MARTÍN RODRÍGUEZ, P., “*Res judicata pro veritate habetur* c. primacía del derecho comunitario: ¿un combate a librar? (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de julio de 2007, asunto C-119/05, Lucchini)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 24, 2007.

<sup>81</sup> CRUZ VILLALÓN, P., “El Tratado según la Constitución: tres planteamientos”. Ponencia impartida en el *III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, celebrado en Barcelona, los días 21 y 22 de diciembre de 2004, pp. 7-9. Accesible desde <http://www.derecons.es>

cooperación. O que incluso éstos últimos puedan, excepcionalmente, rechazar en un caso concreto la pretensión de aplicación de una norma de derecho comunitario sobre una norma de derecho constitucional nacional. Esto mostraría tan solo que el TJCE y los Tribunales Constitucionales nacionales no están de acuerdo en los casos de la *zona de penumbra* en la apreciación de la regla de primacía, lo que conlleva una visión distinta de las relaciones entre ordenamientos.<sup>82</sup> En este nuevo escenario, lo importante es vislumbrar en qué medida y de qué forma, los Altos Tribunales se incardinan en el nuevo equilibrio de poderes que tiene lugar en el conglomerado jurídico de la integración europea.

Ante la pasividad política, llegan tiempos de activismo constitucional por parte del TJCE, y por tanto de conflictos jurisdiccionales. La cooperación y el diálogo jurisprudencial en forma de prevención permanente por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales, sólo tiene sentido si se llega hasta el final de los argumentos jurídicos y se incorpora a la tradición constitucional común europea que tanto se predica, la Constitución material de cada Estado miembro. De no ser esto posible, quizá porque el constitucionalismo del conflicto que patrocinaba el Estado social, no encaja en el modelo regulador y mercantil que propone la Unión, la tendencia a la cooperación con el TJCE deberá enfocarse a lograr el máximo grado de armonización con sus directrices. Ello viene a significar, necesariamente, que los Altos Tribunales siguen disponiendo de un ámbito de eficacia autónomo en su jurisprudencia, pero que tienen que decidir también, en buena medida y cada vez con mayor frecuencia, tomando en consideración directa o indirecta las pautas marcadas por el derecho comunitario: es el signo de los tiempos.

## VI. Conclusiones

El presente trabajo ha pretendido poner de relieve los problemas relativos al instituto de la justicia constitucional, en el marco de las nuevas tendencias de la teoría de la Constitución de la UE. Durante muchos años, el principio de la supremacía constitucional, permitió considerar la relación entre los ordenamientos de los Estados miembros y el comunitario, en términos dualistas. Desde esta perspectiva, los Tribunales Constitucionales aceptaron incondicionalmente las coordinadas procesales que el derecho de la Unión ha construido y aplicado respecto al nivel infraconstitucional. Sin embargo, la expansión competencial comunitaria y el activismo judicial del TJCE, pronto provocaron diversas confrontaciones entre prácticas y principios que no siempre eran equivalentes, lo que llevó a importantes pronuncia-

---

<sup>82</sup> Tomamos esta idea de NETTESHEIM, M., “El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario/de la Unión”, *op. cit.*, p. 285.

mientos en clave de resistencia frente al proceso de integración, por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales, principalmente en Italia y Alemania. Durante la década de 1990, emerge la teoría constitucional pluralista europea, que en su vertiente multinivel o contextualista, comienza a considerar descriptivamente las relaciones entre el ordenamiento jurídico supranacional y los nacionales, en términos de unidad. Las Constituciones de los Estados miembros y los Tratados comunitarios conforman un *sistema* constitucional único, donde los conflictos se resuelven a través de reglas de aplicación ordinamental preferente, que permiten eludir la crisis del principio de supremacía constitucional en el marco del proceso de integración europea.

La defensa e interpretación de la Constitución europea derivada de la complementariedad de los Tratados y de las Normas Fundamentales nacionales, corresponde en el esquema pluralista a la labor conjunta de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros y del TJCE, que mediante el diálogo y la cooperación jurisprudencial indirecta, establecen las bases para solucionar los problemas fundamentales que van surgiendo en las diferentes etapas del proceso de integración supranacional. Hemos pretendido demostrar que tal diálogo no depende exclusivamente del trabajo formal de las propias jurisdicciones, sino de cómo ejercen sus funciones en sistemas jurídicos con parámetros materiales muy diferentes. En este sentido, el nuevo dinamismo constitucional del TJCE en el ámbito de los derechos, demuestra que la relación recíproca entre ordenamientos está caracterizada hoy por la existencia efectiva de una estructura jerárquica de hecho en favor de la instancia comunitaria. Más allá del control sistémico, los Tribunales Constitucionales no dan muestra de querer incorporar a la tradición constitucional común europea, los parámetros diferenciados del constitucionalismo social que están encargados de interpretar en su ámbito de actuación. Por ello, sin descartar incidentes corporativos, podría concluirse que la tendencia a la cooperación entre jurisdicciones se encamina en realidad a lograr el máximo grado de armonización con las directrices del derecho comunitario y del TJCE.