

Sobre los conflictos constitucionales europeos. Validez del derecho comunitario y legitimidad democrática de la Unión Europea

Por AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ¹
Universidad de León

«Estas etapas intermedias entre el nacimiento y la existencia autónoma y normal [de un sistema jurídico], por un lado, y entre ésta y la muerte, por otro, dislocan nuestras formas familiares de describir los fenómenos jurídicos. Ellas son dignas de estudio, porque, desconcertantes como son, ponen de relieve la plena complejidad de lo que damos por admitido cuando, en el caso normal, hacemos la afirmación confiada y verdadera de que en un determinado país existe un sistema jurídico».

H. L. A. Hart, *El Concepto del Derecho*, pp. 139-40

RESUMEN

En este artículo se describen y critican las tres principales teorías que tratan de resolver los conflictos constitucionales europeos: la teoría de la primacía del derecho comunitario, la teoría de la primacía del derecho constitucional nacional y la teoría del pluralismo constitucional. Si bien todas ellas iluminan aspectos del problema, todas ellas son incapaces de reconciliar la reconstrucción de la evolución constitucional de la Unión Europea

¹ Investigador del proyecto RECON, Universitetet i Oslo. El presente trabajo se ha realizado gracias a la financiación del Sexto Programa Marco de la Unión Europea al proyecto RECON; en concreto, en el marco de su Grupo de Trabajo II, sobre la europeización de las constituciones nacionales de los Estados Miembros.

con la fundamentación de su legitimidad democrática. En la segunda sección se exponen los principales elementos de una teoría constitucional del derecho comunitario europeo alternativa, la teoría de la síntesis constitucional. Tal teoría afirma la primacía del derecho comunitario europeo sobre el derecho constitucional nacional, pero ofrece un fundamento original de la misma (las constituciones de los Estados Miembros en tanto que conjunto común de normas constitucionales) al tiempo que afirma que la supremacía del derecho comunitario implica la primacía las normas constitucionales comunes sobre las normas constitucionales nacionales «idiosincráticas», sustentadas en argumentos no «europeizables».

Palabras clave: *Derecho constitucional, Conflictos normativos, Cláusulas Constitucionales de Integración Supranacional, Validez, Legitimidad Democrática.*

ABSTRACT

The first part of this article contains a description and a critique of the three leading theories on European constitutional conflicts: the theory of the primacy of Community law, the theory of the primacy of national constitutional law, and the theory of constitutional pluralism. It is argued that all of them cast light on some aspects of the problem; however, the three of them are found to be incapable of offering a convincing account of the evolution of Union law which accounts simultaneously for its democratic legitimacy. The second part of the article is devoted to the description of an alternative theory, the theory of constitutional synthesis. It claims that Community law should prevail over conflict national constitutional provisions, but it claims that the foundation of such primacy is to be found on the collective of national constitutional norms which contain a mandate of supranational integration; this entails that the primacy of Community law basically entails the primacy of the constitutional law common to the Member States of the Union over «idiosyncratic» national constitutional provisions, which cannot be ground on «Europeanisable» arguments, but are sustained by thick ethical claims.

Key words: *Constitutional Law, Conflicts of Laws, European clauses in national constitutions, Validity, Democratic Legitimacy.*

SUMARIO: 0. INTRODUCCIÓN: LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES EUROPEOS Y LA RELEVANCIA DE LAS TEORÍAS QUE RESUELVEN LOS MISMOS.-1. LAS TRES PRINCIPALES TESIS SOBRE LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES EUROPEOS. 1. *La teoría de la primacía nacional:* A) *Definición;* B) *Las dos principales variantes de la tesis de la supremacía nacional;* C) *Mecanismos de garantía de la primacía constitucional: el control de constitucionalidad y el derecho de secesión;* D) *Análisis crítico;* 2. *La teoría de la primacía comunitaria:* A) *Definición;* B) *Evolución de la teoría de la primacía comunitaria;* C) *Garantías:*

la cuestión prejudicial como mecanismo de control de la constitucionalidad europea del derecho nacional; D) Análisis crítico. 3. La teoría del pluralismo constitucional: A) Definición; B) Mecanismos de garantía; C) Análisis crítico.—II. LA TEORÍA DE LA SÍNTESIS CONSTITUCIONAL. 1. Definición; 2. Mecanismos de garantía; 3. Evaluación crítica.

0. INTRODUCCIÓN: LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES EUROPEOS Y LA RELEVANCIA DE LAS TEORÍAS QUE RESUELVEN LOS MISMOS

Este artículo tiene por objeto esbozar el marco teórico de resolución de los conflictos constitucionales europeos, es decir, de las colisiones entre una norma de derecho comunitario europeo y una norma constitucional nacional. La regla de resolución de tales conflictos dista de ser obvia.

La causa inmediata de tal estado de cosas es la inexistencia de disposiciones específicas sobre el particular, tanto en las constituciones nacionales de los Estados Miembros como en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Si bien suele argumentarse que las constituciones nacionales son la norma suprema del ordenamiento jurídico de cada Estado Miembro, ninguna de ellas contiene un enunciado normativo que afirme de forma conclusiva la primacía de las normas constitucionales nacionales sobre las normas comunitarias; antes al contrario, en una mayoría de las leyes fundamentales nacionales se pueden encontrar normas que permiten (y como se defenderá, exigen) la apertura del ordenamiento nacional a la integración supranacional, lo que proyecta una larga sombra de duda sobre la primacía de las normas constitucionales nacionales². Al mismo tiempo, hasta el menos aplicado de los estudiantes de derecho comunitario sabe que uno de los principios estructurales básicos del derecho de la Unión Europea es el de primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional de cada Estado Miembro, que implica una norma residual de conflicto que afirma la prevalencia de toda norma comunitaria sobre toda cualquier norma nacional (en el caso de que la colisión no pueda resolverse aplicando el principio de división de competencias entre la Unión y sus Estados Miembros). Sin embargo, tal regla no se deriva

² Al menos una de ellas —la holandesa— prescribe lo contrario, *cfr.* artículo 94, *ex* artículo 65 de la Constitución de los Países Bajos. Sobre la relación entre ese artículo y la integración europea, véase VAN. PANHUY, Jonkheer HF, «The Netherlands Constitution and International law», 47 (1953) *American Journal of International Law*, pp. 537-558.

de un enunciado normativo explícito contenido en los Tratados constitutivos de la Unión Europea, ni siquiera de una norma de derecho derivado comunitario, sino de una interpretación sistemática y teleológica de los Tratados por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En consecuencia, no existen reglas de conflicto explícitas ni en el ordenamiento comunitario ni en los ordenamientos nacionales, sino tan sólo normas que se sustentan en una interpretación sistemática del derecho vigente; en tales circunstancias, el contenido de la regla de conflicto parece depender de la perspectiva (nacional o supranacional) desde la que se aborde el problema.

La causa mediata de la dificultad que entraña la resolución de los conflictos constitucionales europeos es el peculiar modo en que las Comunidades Europeas se constituyeron en 1951, y de la no menos original evolución que han experimentado desde entonces. Si formalmente los seis Estados Miembros fundadores ratificaron tres tratados internacionales y crearon una organización internacional clásica, más de cincuenta años después el debate se centra en la medida en la que la Unión Europea sea comparable desde una perspectiva constitucional con los estados nacionales³. Jueces, funcionarios y ciudadanos interpretan y aplican las normas comunitarias *como si* fueran un sistema jurídico de hechura constitucional; así, los principios básicos del derecho comunitario se emplean como *canon de constitucionalidad* sobre la base de que los tribunales europeos determinan la validez no sólo de reglamentos y directivas comunitarias, sino de las leyes y reglamentos nacionales; al tiempo que reglamentos y directivas comunitarias se aplican e interpretan *como si* fueran normas de rango legal. La Unión se caracteriza pues por la tensión entre forma y fondo, que explica la ambigüedad del derecho constitucional sobre el que se asienta y da cuenta del carácter incompleto de su estructura institucional. De ahí que diste de ser obvio quién sea competente para determinar en última instancia qué regla de conflicto se derive de una interpretación sistemática del derecho aplicable en el territorio de la Unión Europea (es decir, qué regla sea la correcta desde la perspectiva conjunta del derecho comunitario y del derecho nacional).

Más de un lector escéptico quizá esté pensando que la definición del objeto de este artículo da fe de su carácter excesivamente teórico, y por ende, inútil. Hay dos buenas razones para ello. La primera, que los conflictos entre normas comunitarias y nacionales suelen ser de carácter infraconstitucional, en tanto que la norma nacional afectada suele tener rango legal o reglamentario. Al contrario de lo que sucede con los conflictos constitucionales europeos, las colisiones infraconstitucionales se resuelven de forma rutinaria y pacífica asignando primacía al derecho comunitario. Si esto es así, los problemas concretos que se derivan de la coexistencia del ordenamiento comunitario y los

³ Desde la perspectiva de la teoría política, véase FERRY, Jean MARC, *La Question de l'État européen*, Paris, Gallimard, 2000.

ordenamientos nacionales no son en la inmensa mayoría de los casos cualitativamente distintos de los característicos de la interpretación y aplicación de cualesquiera normas contradictorias. La segunda razón es que no sólo son muy pocos los casos en los que se ha planteado en la práctica un conflicto constitucional europeo, sino que los conflictos han sido resueltos de forma satisfactoria pese a la carencia de una teoría de los conflictos constitucionales europeos. Bien el poder constituyente nacional ha reformado la ley fundamental nacional con el objeto de eliminar la contradicción (haciendo prevalecer *de facto* al derecho comunitario)⁴; bien el tribunal que afirmó la existencia de un conflicto (o su superior en la jerarquía judicial) ha modificado su jurisprudencia de modo que el conflicto ha quedado atenuado o resuelto⁵; o bien se han reformado los Tratados con el objeto de modular la norma comunitaria que entraba en conflicto con la norma constitucional nacional (haciendo prevalecer, al menos temporalmente, la norma constitucional nacional)⁶. Todo ello es suficiente para concluir que la clave de la resolución de los conflictos constitucionales europeos sea política, por lo que quizá sea innecesario contar con una teoría jurídico-constitucional sobre los mismos.

Pese a que estas críticas sean aparentemente razonables, las mismas no prestan atención a otras tres poderosas razones que inclinan la balanza argumentativa en sentido contrario.

⁴ El caso más reciente es la reforma de la constitución polaca tras la sentencia del Tribunal constitucional en la que se afirmaba la existencia de una contradicción entre la constitución polaca y la orden de arresto europea. Véase sentencia de 27 de abril de 2005 (P 1/05). La traducción al inglés está disponible en http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries_assets/documents/P_1_05_full_GB.pdf. El Tribunal polaco declaró inconstitucional el artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal polaca que trasponía la Decisión Marco. El nuevo artículo 55.2 elimina (parcialmente) la contradicción. Entre las reformas constitucionales anteriores, cabe destacar que la ratificación del Tratado de Maastricht dio lugar a un buen número de ellas; en Alemania, Francia y España las reformas trajeron causa directa en sentencias o dictámenes de sus respectivos Tribunales constitucionales.

⁵ En realidad, toda la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales sobre las relaciones entre los dos ordenamientos es un buen ejemplo, en la medida en la que han ido restringiendo el ámbito de la primacía nacional para hacerlo compatible con la fenomenología del derecho comunitario. En el caso del Tribunal de Justicia, véase el fallo en los asuntos acumulados *Keck* y *Mithouard*, C-267/91 y C-268/91 [1993] ECR I-6097. Vid. Miguel POIARES MADURO, *We the Court*, Oxford, Hart Publishers, 1998 y Norbert REICH, «Europe's Economic Constitution», 19 (1999) *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 337-344.

⁶ Protocolo 7 al Tratado de Maastricht, que trae causa de las dudas planteadas tras la sentencia en el asunto C-157/90, *Grogan*, [1992] ECR I-3525: El protocolo 7 anexo al Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca a la Unión Europea y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea contiene disposiciones similares aplicables a Malta; pero véanse las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto C-112/00 *Schmidberger*, [2003] ECR I-5659 par. 98.

En primer lugar, la teoría de los conflictos constitucionales europeos es una pieza clave de la teoría del derecho constitucional europeo, y en tal medida, su elucidación es necesaria no sólo a los efectos de resolver los conflictos constitucionales europeos, sino un buen número de cuestiones fundamentales en lo atinente a la relación entre derecho constitucional comunitario y derecho constitucional nacional. Así, la teoría que apliquemos a la resolución de los conflictos constitucionales europeos es pieza clave y determinante a la hora de resolver cuestiones tales como la competencia para controlar la constitucionalidad de las leyes nacionales de conformidad con el parámetro de constitucionalidad europeo (cuestión objeto de discusión en el famoso asunto *Simmenthal*)⁷, o las consecuencias que se derivan del principio de *res judicata* si las decisiones judiciales nacionales firmes infringen el derecho comunitario (objeto de discusión en el asunto *Köbler*)⁸. Distintas teorías de los conflictos constitucionales europeos conducen, o deben conducir si son aplicadas de manera consistente, a distintas soluciones a estos problemas. De igual forma, la teoría de los conflictos constitucionales europeos es determinante de la relación en que se encuentran las normas comunitarias «generales» (esencialmente aquellas incluidas en el llamado «primer pilar» cuyo marco normativo es el Tratado de la Comunidad Europea) y las normas comunitarias del segundo y tercer pilares (relativas a la política de seguridad y defensa, y a la cooperación judicial y policial en materia penal). Así, la teoría del derecho constitucional europeo que subyace a cada teoría de los conflictos constitucionales europeos implica distintas respuestas a cuestiones como la definición del ámbito de irretroactividad de las normas penales (cuestión central en el asunto *Pupino*)⁹, la competencia de la Unión para imponer sanciones penales (central en el asunto *Comisión c. Consejo*)¹⁰ o los criterios de resolución del conflicto entre derechos fundamentales individuales y el bien colectivo seguridad nacional (objeto de debate en el asunto *Segi* y en un número considerable de asuntos sucesivos)¹¹. Por tanto, no es exagerado afirmar

⁷ Asunto 106/77, *Simmenthal II* [1978] ECR 629.

⁸ Asunto C-224/01, *Köbler* [2003] ECR I-10239.

⁹ Asunto C-105/03, *Pupino* [2005] ECR I-5285. Vid. Catherine M. APPS en 12 (2006) *Columbia Journal of European Law*, pp. 625-37; Un análisis de conjunto de los problemas del tercer pilar en Steve PEERS, «Salvation outside the church: Judicial Protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi Judgments», 44 (2007) *Common Market Law Review*, pp. 883-929. Sobre el segundo pilar, véase Maria-Gisella GARBAGNATI KETVEL, «The Jurisdiction of the European Court of Justice in respect of the common foreign and security policy», 55 (2006) *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 77-119.

¹⁰ Asunto C-176/03, *Comisión c. Consejo* [2005] ECR I-7879; son interesantes los comentarios del Abogado General Léger ante el Senado francés, disponibles en http://www.senat.fr/europe/r22022006_1.html.

¹¹ Vid. sentencias del Tribunal de Primera Instancia (Asunto T-338/02), de 7 de junio de 2004, *Rec II-1647* y del Tribunal de Justicia (C-355/04 P), de 22 de febrero de 2007, pendiente de publicación. También las sentencias en los asuntos *Ocalan*,

que la teoría de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento constitucional nacional constituye una pieza clave del derecho constitucional europeo, cuya relevancia excede la inmediata de resolver los conflictos constitucionales¹².

En segundo lugar, la defensa de una u otra teoría de los conflictos constitucionales europeos implica distintos conceptos de la identidad de la comunidad política nacional y supranacional¹³. Si afirmamos que el derecho comunitario prima incluso sobre las normas constitucionales nacionales, necesariamente estaremos caracterizando a la Unión Europea como una comunidad política en un sentido no muy distinto al que empleamos cuando definimos de tal modo a los estados nacionales (o para ser quizá más preciso, una federación como puedan ser Canadá, o tal vez Suiza), y consecuentemente, le habremos de aplicar los estándares de legitimidad democrática de los que nos valemos al enjuiciar a los citados Estados. Si, por el contrario, negamos la primacía del derecho comunitario, estaremos rechazando que la Unión Europea pueda ser equiparada con los Estados nacionales o las federaciones propiamente dichas (y consecuentemente, estaremos sosteniendo que el estándar de legitimidad aplicable ha de ser distinto, *menos exigente* si se quiere que el característicamente aplicado a los estados). Lo que indudablemente tiene consecuencias inmediatas (aunque no siempre visibles) sobre las condiciones de legitimidad de cualquier ejercicio de reforma de los Tratados básicos de las Comunidades Europeas, como (quizás) demuestre en buena medida el fracaso del proceso constituyente iniciado con la Declaración de Laeken¹⁴. Es por ello que la teoría jurídico-constitucional de los conflictos constitucionales europeos es parte esencial de toda teoría política de la Unión Europea, y por tanto, sus consecuencias van mucho más allá de la resolución de conflictos concretos.

En tercer lugar, la ausencia de un marco teóricamente elaborado aumenta la posibilidad de que se planteen «falsos» conflictos constitucionales. O dicho de otro modo, que se «traduzcan» a la forma del

(T-229/02, de 15 de febrero de 2005, y C-229/05 P, de 18 de enero de 2007); *Sison I* (T-110/03, T-150/03 y T-405/03, de 26 de abril de 2005 y C-266/05 P, de 1 de febrero de 2007); *Ahmed Ali Yusuf*, (T-306/01, de 21 de septiembre de 2005), *Yassin Abdullah Kadi* (T-315/01, de 21 de septiembre de 2005); *Ayadi* (T-253/02, de 12 de julio de 2006); *Faraj Hassan* (T-49/04, de 12 de julio de 2006); *Sison II* (T-47/03, de 11 de julio de 2007); *Al Aqsa* (T-327/03, de 11 de julio de 2007).

¹² *Vid.*, por ejemplo, LENAERTS, Koen, y CORTHAUT, Tim, «Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU Law», 31 (2006) *European Law Review*, pp. 287-315.

¹³ Cuestión que ya apuntara Andrew Axline, «Legal Integration through Judicial Fiat», 7 (1969) *Journal of Common Market Studies*, pp. 217-42. Véase ahora ODDVAR ERIKSEN, Erik, y FOSSUM, John Erik, «Europe in search of legitimacy: strategies of legitimation», 25 (2004) *International Political Science Review*, pp. 435-59.

¹⁴ Al tiempo que abre plantea una buena serie de cuestiones acerca de las consecuencias constitucionales de la eventual ratificación del Tratado Simplificado que podría consensuar eventualmente el Consejo Europeo de octubre de 2007.

conflicto constitucional europeo disputas sustantivas acerca de cuál haya de ser el contenido del derecho, desde la limitación del poder estatal de regulación de la actividad económica a la definición de la institución de matrimonio de conformidad con una determinada creencia religiosa¹⁵. Esta tendencia es intrínseca a todas las comunidades políticas en las que existen varios niveles de gobierno; pero allí donde las relaciones entre los ordenamientos son más confusas, los defensores de posiciones minoritarias tendrán especial incentivo para probar suerte «traduciendo» sus reivindicaciones en conflictos constitucionales, y consecuentemente, aumentaran la presión sobre el derecho supranacional o federal como medio de integración social. Por otra parte, la ampliación a doce nuevos Estados Miembros aumenta estadísticamente las posibilidades de que se plantean conflictos constitucionales europeos, al tiempo que multiplica las posibles consecuencias de tales conflictos. Y ello en tanto que la carencia de una teoría mínimamente satisfactoria hace prácticamente inevitable que las soluciones que se den a los conflictos sean contradictorias. Tanto la tendencia a la «constitucionalización» de los conflictos como la multiplicación de los mismos necesariamente socavan la seguridad jurídica y amenazan la idea misma de igualdad ante la ley; además, tales fenómenos amenazan la capacidad de integración social de un ordenamiento jurídico caracterizado por el carácter incompleto de su estructura institucional, en la medida en la que no existen ni instituciones ni procedimientos específicos que puedan «reintegrar» el sistema una vez que se asienten las soluciones contradictorias.

El artículo se estructura en dos secciones. En la primera sección se describen y critican las tres principales teorías defendidas por las diversas concepciones de los conflictos constitucionales europeos: la teoría de la primacía del derecho comunitario, la teoría de la primacía del derecho constitucional nacional, y la teoría del pluralismo. En la segunda sección se exponen los principales elementos de una teoría constitucional del derecho comunitario europeo alternativa, la aquí denominada teoría de la síntesis constitucional. Tal teoría afirma la primacía del derecho comunitario europeo sobre el derecho constitucional nacional, pero ofrece un fundamento original de la misma (al anclarla en las propias constituciones de los Estados Miembros) al tiempo que especifica de forma también original las consecuencias que de ella se derivan. En concreto, se afirma que la supremacía del derecho comunitario no implica la primacía del derecho supranacio-

¹⁵ No es mi propósito discutir aquí cuáles sean las soluciones sustantivamente correctas. Sea como fuere, el riesgo al que me refiero aquí no radica en que se defiendan una u otra cosa, sino que se «fuerce» un conflicto constitucional europeo para defender una postura debilitada o minoritaria. La actitud del gobierno británico en relación con el derecho de huelga o del derecho polaco en lo relativo a los derechos civiles y políticos de las personas con una identidad u orientación sexual definida como «amoral» según una cierta concepción de la moral católica son ejemplos de ello.

nal sobre el derecho nacional, sino la prevalencia de las normas constitucionales comunes sobre las normas constitucionales nacionales «idiosincráticas», sustentadas en argumentos no «europeizables».

I. LAS TRES PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES EUROPEOS

1. La teoría de la primacía nacional

A) DEFINICIÓN

La primera de las grandes teorías de los conflictos constitucionales europeos afirma que la regla de conflicto prescribe la primacía de las normas constitucionales nacionales. Tal tesis implica en la abrumadora mayoría de los casos la afirmación previa de que la regla de conflicto es parte del ordenamiento constitucional nacional, no del ordenamiento comunitario¹⁶.

La teoría de la primacía nacional puede descomponerse en cinco tesis: 1) la tesis de los dos ordenamientos, es decir, una clara y neta distinción entre los ordenamientos nacionales y el ordenamiento comunitario; 2) la tesis de la prioridad jurídico-formal del ordenamiento comunitario; 3) la tesis de la prioridad histórica del ordenamiento comunitario; 4) la tesis de la prioridad normativa del ordenamiento comunitario; y 5) la tesis de la prioridad institucional del derecho comunitario. Estas cinco tesis se consideran a continuación con mayor detalle.

1) La primacía del derecho constitucional nacional presupone la afirmación de la *plena autonomía del ordenamiento jurídico comunitario y de cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales*. La igualdad formal de todos los ordenamientos se sustenta en la premisa de que la validez de las normas que forman parte de cada uno de ellos se asienta en una norma del propio sistema¹⁷: así, la validez de las normas nacionales deriva de una regla constitucional nacional, mientras que la validez de las normas comunitarias se fundamenta en una regla de derecho constitucional comunitario¹⁸. Ello implica que en el

¹⁶ Por razones de espacio, me limito a apuntar que si bien existe una estrecha relación entre ambas, un análisis completo nos llevaría a introducir algunas matizaciones.

¹⁷ En términos comparados, la tesis afirma que la relación entre el derecho comunitario y el derecho constitucional nacional no es cualitativamente distinta a la que existe entre los distintos ordenamientos de derecho internacional público y el derecho constitucional nacional. En este sentido, no habría una diferencia radical en las relaciones entre los Tratados Fundacionales de las Comunidades y el Tratado por el que se establece la Unión Postal Universal, por poner un ejemplo.

¹⁸ Esa igualdad formal explica en buena medida, como veremos al considerar la tesis de la primacía europea, la proclividad del Tribunal de Justicia a emplear un len-

territorio de cada Estado Miembro serán aplicables simultáneamente dos ordenamientos plenamente autónomos: el comunitario y el nacional (de ahí que denomine a esta primera tesis de los *dos* ordenamientos).

2) La tesis de la prioridad jurídico-formal del derecho constitucional nacional afirma que el derecho constitucional nacional ha de primar sobre el derecho comunitario dado una buena parte de las normas «materialmente» constitucionales del derecho comunitario presuponen la previa existencia de las normas constitucionales nacionales. No sólo la definición de todas y cada una de las instituciones comunitarias asume conceptos y procedimientos definidos exclusivamente por el derecho constitucional nacional (por ejemplo, los miembros del Consejo Europeo o del Consejo de Ministros son aquéllos que cada derecho constitucional nacional designa, respectivamente, como jefes de estado o presidentes de gobierno, o como miembros del gobierno)¹⁹, sino que las normas sustantivas del derecho constitucional comunitario se refieren constantemente al derecho nacional (es el caso de la definición de ciudadano comunitario²⁰ o del contenido sustantivo del principio general de protección de los derechos fundamentales)²¹.

3) La tesis de la prioridad histórica del derecho nacional afirma que el derecho constitucional nacional ha de primar sobre el derecho comunitario en la medida en la que este último es el fruto de la voluntad concordante de los seis Estados Miembros fundadores (y de los estados que desde entonces se han ido incorporado a la Unión) expresada de conformidad con las exigencias de cada una de las normas constitucionales nacionales. Es bien sabido que el ordenamiento jurídico europeo resulta de la ratificación de tres tratados internacionales por los seis estados fundadores de las Comunidades Europeas. Tal ratificación fue válida en la medida en la que autorizada por las constituciones de cada uno de los seis Estados Miembros. Cada una de las leyes fundamentales nacionales determinó el procedimiento concreto que había de seguirse (es decir, cómo había de formarse la voluntad general de cada Estado Miembro) y los parámetros sustantivos que habían de emplearse para determinar la validez del acto de ratificación. Ello se confirma al leer no sólo las constituciones nacionales de los Estados Miembros, sino los tres tratados fundacionales de las Comunidades Europeas, que exigen que la ratificación se produzca de

guaje que puedo conducir a concluir erróneamente que sostiene la tesis de los dos ordenamientos.

¹⁹ Cfr. por ejemplo el artículo 4, apartado segundo del Tratado de la Unión Europea: «El Consejo Europeo estará compuesto por los *Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros*, así como por el Presidente de la Comisión. Éstos estarán asistidos por los *Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros* y por un miembro de la Comisión» (la cursiva es mía).

²⁰ Cfr. artículo 17.1 del Tratado de la Comunidad Europea.

²¹ Cfr. asunto 11/70, *Internationale* [1970] ECR 1125, par. 4.

conformidad con las «respectivas normas constitucionales». Ello confirma la plena autonomía de cada uno de los Estados Miembros a la hora de escoger el procedimiento de ratificación, y consiguientemente, la conclusión de que la validez de toda norma de derecho comunitario deriva de la constitución nacional, y sólo de la constitución nacional. Consecuentemente, el derecho comunitario es la progenie de las constituciones nacionales, y en concreto, un orden jurídico creado en la plantilla del derecho internacional; de su génesis no se deriva rasgo «constitucional» alguno²². La prioridad histórica implica que la reconstrucción de la cadena de validez de cualquier norma comunitaria se retrotrae a las normas constitucionales nacionales en aplicación de las cuales se aprobaron las correspondientes leyes nacionales mediante las que se ratificaban los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (y en el caso de los países que se adhirieron con posterioridad, los correspondientes Tratados de Adhesión)²³.

4) La tesis de la prioridad normativa del derecho nacional afirma que el derecho constitucional nacional ha de prevalecer sobre el derecho comunitario dado que su legitimidad democrática es más intensa que la del derecho comunitario. El derecho constitucional nacional está respaldado por la más alta de las legitimidades democráticas, bien sea a resultas del procedimiento de elaboración de la ley fundamental (al haberse seguido un procedimiento en el que se verifica la existencia de una voluntad general constante a favor de las normas constitucionales *según el modelo de poder constituyente democrático*), bien sea como consecuencia de la adhesión de los ciudadanos a las normas constitucionales nacionales, con independencia de cómo hayan sido aprobadas, puesta a prueba en situaciones de crisis política y social, en las que se manifiesta una robusta voluntad general a favor de las normas constitucionales (lo que podríamos denominar como la *constitucionalización progresiva de una carta otorgada*)²⁴. Al tiempo que parece plausible atribuir una legitimidad democrática reforzada a las normas constitucionales nacionales de todos los Estados Miembros,

²² Dereck WYATT, «New Legal Order or Old?», 7 (1982) *European Law Review*, pp. 147-66; Theodor SCHILLING, «The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations», 37 (1996) *Harvard International Law Journal*, pp. 389-410.

²³ Si bien podría discutirse si la mejor reconstrucción posible del derecho comunitario no aconsejaría «romper» la cadena de validez en el momento inmediatamente anterior a la ratificación de los Tratados constitutivos. Ello guarda una cierta relación con la vieja disputa rossiana en torno a la posibilidad de reforma de la constitución de conformidad con las disposiciones de la propia constitución. Vid. José María SAUCA, «La reforma de la Reforma de la constitución. El puzzle constitucional de Alf Ross», en Francisco LAPORTA (ed), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

²⁴ Sobre el ejercicio no convencional del poder constituyente, la obra de referencia sigue siendo Ackerman, Bruce, *We the People*, Cambridge: Massachussets, 1991 (vol. 1); 1997 (vol. 2). El segundo «modelo» de legitimidad democrática reforzada da cuenta de la legitimidad democrática de la Ley Fundamental Alemana de 1949.

no es obvio que una legitimidad democrática de semejante intensidad de las normas comunitarias pueda justificarse. Y ello dado que no es posible identificar momento alguno en el que los sujetos al derecho comunitario hayan ejercido de forma colectiva su poder constituyente; y es dudoso que en situaciones de crisis, la voluntad colectiva general se incline del lado europeo, por lo que no es evidente que el derecho constitucional comunitario haya adquirido con el tiempo una legitimidad democrática reforzada.

5) La tesis de la prioridad institucional del derecho constitucional nacional se deriva del desequilibrio institucional entre la Unión Europea y sus Estados Miembros. Como ya se indicó, la validez de las normas de derecho comunitario y de cada ordenamiento nacional es autónoma. Pero esa autonomía formal implica subordinación sustancial toda vez que buena parte de los órganos que desempeñan funciones constitucionales básicas en la Unión Europea son órganos constituidos por el derecho de cada uno de los Estados Miembros a los que se asignan *funciones* comunitarias; órganos cuya identidad nacional resultará en la abrumadora mayoría de los casos en su aceptación de la teoría de la primacía nacional en situaciones de conflicto²⁵. Así, la aplicación efectiva del derecho comunitario depende en último extremo de instituciones nacionales que asumen funciones europeas sin perder su identidad nacional. Piénsese que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dicta un número muy reducido de sentencias que vinculen directamente a los particulares; en la mayor parte de los casos, se limita a determinar la legalidad de la actuación de las instituciones comunitarias o de los Estados Miembros en tanto que tales, o resuelve cuestiones prejudiciales, en relación con las que las sentencias vinculantes quedan en manos de los órganos judiciales nacionales. De forma semejante, los poderes ejecutivos de la Comisión Europea directamente obligatorias sobre los particulares son notablemente reducidos; en la abrumadora mayoría de los supuestos,

²⁵ No sólo es el caso que esas tareas europeas las asumen *porque así lo establece el el derecho constitucional nacional*, sino que su definición como tales órganos judiciales o ejecutivos sigue derivándose de las normas constitucionales nacionales, al tiempo que los recursos materiales de que disponen, así como la remuneración de los titulares de tales cargos públicos, sigue siendo esencial, sino exclusivamente, nacional. Con el paso del tiempo los titulares de algunos cargos nacionales pueden *européizar* sus identidades, e incluso *internalizar su identidad europea* (sobre los procesos de socialización europea, véase SHORE, Chris, *Building Europe: The Cultural Politics of European Integration*, Londres: Routledge, 2000; más recientemente, «Government without statehood. Anthropological perspectives on governance and sovereignty in the European Union», 12 (2006) *European Law Journal*, pp. 709-24). Pero tal proceso de europeización es probable tan sólo en aquellos casos en los que las *funciones europeas* se convierten en las funciones exclusivas o principales de tales órganos (sobre la europeización de los miembros del COREPER (Comité de Representantes Permanentes de los Estados Miembros, que desempeña tareas decisivas en el proceso legislativo, véase BEYERS, Jan, «Multiple Embeddedness and Socialization in Europe: The Case of Council Officials», 59 (2005) *International Organization*, pp. 899-936).

son las administraciones nacionales las que toman las decisiones reguladas por el derecho comunitario que vinculan directamente a los ciudadanos (o para ser más preciso, generalmente a las empresas). En tales circunstancias, la tesis de los dos ordenamientos supone asumir la igualdad formal de derecho comunitario y derecho nacional, pero el desequilibrio institucional implica que los efectos jurídicos que surten las normas comunitarias dependen en la práctica de que una institución nacional establezca de forma vinculante tal efecto jurídico, por lo que el carácter institucionalmente completo de los Estados Miembros implica la primacía sustantiva del derecho constitucional nacional.

B) LAS DOS PRINCIPALES VARIANTES DE LA TEORÍA DE LA SUPREMACÍA NACIONAL

La formulación de la regla de la primacía del derecho constitucional nacional ha variado sensiblemente con el tiempo. La concepción original afirmaba la primacía sustantiva y absoluta del derecho constitucional nacional; hoy es posible distinguir una segunda concepción, que se limita a afirmar la primacía estructural y limitada del derecho constitucional nacional. Como veremos a continuación, la nueva variante implica una revisión implícita no sólo de la tesis de los dos ordenamientos, sino de los méritos sustantivos de las cuatro razones por las que se acuerda primacía al derecho constitucional nacional.

La primera variante de la primacía constitucional nacional afirma la prioridad sustantiva y absoluta del derecho constitucional nacional sobre el derecho comunitario, y por tanto, la sujeción de la validez de todas las normas de derecho comunitario a su conformidad con el parámetro de constitucionalidad nacional en su conjunto. Partiendo de la plena autonomía de ambos ordenamientos, esta primera variante se limita a considerar el valor jurídico que haya de asignarse a las normas comunitarias en el ordenamiento nacional. Desde esta perspectiva, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas merecen la misma caracterización que cualquier otro tratado internacional, lo que suele traducirse en la asignación a los mismos del rango propio de las leyes ordinarias en el sistema de fuentes nacional. La principal peculiaridad de los Tratados deriva de la previsión expresa de un proceso normativo mediante el que se desarrollan y complementan las disposiciones contenidas en los mismos con normas de derecho derivado (esencialmente los reglamentos comunitarios)²⁶. A tales normas se les asigna rango reglamentario, correspondiente a la caracterización de la principal (¿única?) institución plenamente comunitaria (la Alta Autoridad en el caso de la Comunidad Europea del Carbón y el

²⁶ En la medida en la que la otra gran fuente del derecho derivado comunitario, la directiva, sólo se convierte en norma jurídica una vez traspuesta mediante una ley nacional. La teoría del efecto directo de las directivas es absolutamente extraña a la primera variante de la teoría de la primacía nacional.

Acero, la Comisión en caso de la Comunidad Económica Europea y el Euroatom) como una administración supranacional especializada, y por tanto competente para proponer la aprobación de *normas reglamentarias* que desarrollen los objetivos descritos en los Tratados²⁷. El carácter internacional de esta administración explica que el proceso de decisión tenga un carácter mixto, al combinar elementos propios del proceso reglamentario nacional y de la negociación diplomática de tratados internacionales²⁸.

A resultas de esta doble caracterización, la primera variante de la teoría de la primacía nacional descarta la posibilidad de que se produzca un conflicto de rango constitucional entre el derecho comunitario y el derecho nacional. No sólo los reglamentos comunitarios carecen de fuerza activa y pasiva frente a las leyes ordinarias nacionales (si bien puede interpretarse que las leyes nacionales mediante las que se ratifican los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas derogan implícitamente toda ley nacional anterior que contravenga lo dispuesto en los Tratados o en los reglamentos mediante los que se desarrollan los mismos) sino que se deniega a todas las normas comunitarias, incluidas las normas contenidas en los Tratados, fuerza pasiva frente a las leyes nacionales aprobadas con posterioridad a su entrada en vigor.

Esta primera variante de la supremacía nacional es la típicamente articulada por la dogmática constitucional de los Estados Miembros fundadores de las Comunidades Europeas en los años cincuenta y sesenta, y tiene su reflejo positivo en las primeras grandes sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional Italiano (*Costa*)²⁹ y Alemán

²⁷ Este modelo se vería complementado por razones puramente funcionales con la llamada «comitología» y (en cierta medida) con la creación de agencias independientes, algunas de las cuales cuentan con poderes normativos efectivos. El número de normas necesario para ejecutar algunas políticas comunitarias (y muy señaladamente, la Política Agrícola Común) desbordada la capacidad de toma de decisiones de un Consejo de Ministros compuesto efectivamente por los respectivos ministros nacionales. Véase Vos, Ellen, «EU comités: the evolution of unforeseen institutional actors in European Product Regulation», en JOERGES, Christian, and Vos, Ellen (eds.), *EU Committees*, Oxford: Hart University Press, 1999, pp. 19-47, especialmente página 19. Sobre las agencias, véase CHITI, Edoardo, «Decentralisation and Integration into the Community Administrations: A New Perspective on European Agencies», 10 (2004) *European Law Journal*, pp. 402-38. Sobre el sistema de fuentes del derecho comunitario, véase LOSADA, Fernando, y MENÉNDEZ, Agustín José, «Toma de Decisiones en la Unión Europea; El derecho y la política de la formación del derecho europeo», en prensa.

²⁸ En concreto, a la Comisión se le asigna un monopolio de iniciativa (éste sería el elemento «reglamentario» del proceso), mientras que la aprobación efectiva de las normas estaría subordinada al consentimiento unánime de los representantes de los Estados Miembros (como es típico en las negociaciones diplomáticas).

²⁹ Sentencia 14/64, *Costa* del Tribunal Constitucional Italiano, texto electrónico disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/ita/attivitacorte/pronunceemassime/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1> (página visitada el 1 de febrero de 2007).

(la *cebada alemana* y en buena medida *Solange I*)³⁰ sobre las relaciones entre los dos ordenamientos. Recientemente ha sido reprimada en dos sentencias del Tribunal Constitucional Polaco³¹.

Una segunda variante de la teoría de la primacía nacional afirma la primacía estructural y limitada del derecho constitucional nacional. De conformidad con esta segunda concepción, la primacía constitucional nacional se circunscribe a los principios que configuran la identidad constitucional de cada Estado Miembro, al tiempo que el objeto del control de constitucionalidad pasa a ser un conjunto de normas comunitarias que sistemáticamente entran en conflicto con el derecho constitucional nacional.

La fundamentación jurídica de este cambio se encuentra en la reconsideración de los mandatos constitucionales en juego. Mientras la primera variante asume que las relaciones entre derecho constitucional nacional y derecho comunitario han de articularse de modo y manera que se asegure la primacía de la constitución, inseparable de la idea misma de constitución democrática, la adopción de la segunda implica aceptar la necesidad de ponderar la primacía de la constitución con el mandato constitucional de integración en el ordenamiento constitucional supranacional, positivizado en las cláusulas constitucionales europeas o proto-europeas, sobre la base de las cuales se procedió a la ratificación de los Tratados básicos de la Unión³². Es decir,

³⁰ Asunto Cebada [1967] C.M.L.R. 302 y *Solange I* [1974] 2 C.M.L.R. 540. Véanse igualmente las conclusiones del Abogado General Lagrange en el Asunto 6/64, *Costa* [1964] ECR 585; véanse también las opiniones del gobierno holandés en el asunto 26/62 *Van Gend en Loos* [1962] ECR 1 y del gobierno italiano en *Costa*, al cuál acabo de referirme.

³¹ Véase la sentencia citada en nota 4, relativa a la euro-orden, y la sentencia de 11 de mayo de 2005 (K-18/04), sobre la ley nacional de ratificación del Tratado de Adhesión, un resumen de la cual está disponible en la página web del propio Tribunal; véase http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K_18_04_GB.pdf. Sobre la primera sentencia, véase LAZOWSKI, Adam, 1 (2005) *European Constitutional Law Review*, pp. 569-81; KOWALIK-BAŃCZYK, Krystyna, «Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law», 6 (2005) *German Law Journal*, pp. 1355-66; LECZYKIEWIC, Dorota, 43 (2006) *Common Market Law Review*, pp. 1181-91. Sobre la segunda sentencia, véase LAZOWSKI, Adam, 3 (2007) *European Constitutional Law Review*, pp. 148-62. Un análisis de la jurisprudencia polaca en el contexto de las decisiones de otros tribunales europeos en Zdeněk Kühn, «Constitutional Monologues, Constitutional Dialogues or Constitutional Cacophony? European Arrest Warrant Saga in Germany, Poland and the Czech Republic», ponencia presentada en el workshop «Integration or Absorption? Legal discourses in the enlarged Union?», Hannover, 28 al 30 de septiembre de 2006 y KOMÁREK, Jan, «European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In search of the limits of «contrapunctual principles», 44 (2007) *Common Market Law Review*, pp. 9-40.

³² Sobre las cláusulas europeas, véanse CLAES, Monica, «Constitutionalising Europe at its source», 24 (2005) *Yearbook of European Law*, pp. 81-125; GRABENWARTER, Christopher, «National Constitutional Law Relating to the European Union», in Armin Von Bogdandy and Jürgen Bast, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford: Hart Publishers, 2006, pp. 95-144; sobre las cláusulas de las constituciones de los nuevos Estados Miembros, ALBI, Anneli, *Europe Articles in the*

la segunda variante asume que es la propia constitución nacional la que requiere la transferencia de la titularidad o el ejercicio de competencias y poderes soberanos a la Unión Europea, y por tanto, reconoce el carácter constitucional del proyecto de integración supranacional. Si ello es así, el conflicto normativo no puede resolverse en el marco del sistema de fuentes, sino mediante la identificación del núcleo duro de cada una de las constituciones nacionales, o dicho de otro modo, de la *identidad constitucional* de cada Estado Miembro³³. El mandato constitucional de integración excluye una primacía absoluta y sustantiva de la constitución nacional, dado que tal primacía haría imposible la propia integración. Tal mandato exige redefinir en perspectiva europea la propia primacía constitucional, y limitarla a los elementos esenciales de la propia constitución nacional, entre los que se encuentran los procedimientos normativos de reforma constitucional, los principios constitucionales que subyacen al catálogo constitucional de derechos fundamentales, y las normas que articulan la división competencial entre la Unión Europea y los Estados Miembros. Al tiempo que se hace necesaria la transformación del control de constitucionalidad de las normas comunitarias, que deja de ser individual y absoluto (es decir, todas y cada una de las normas comunitarias deben ajustarse individualizadamente a todos y cada uno de los principios que conforman el canon de constitucionalidad nacional) y pasa a ser relativo y sistémico (es decir, se enjuicia el ajuste «sistémico» de conjuntos de normas comunitarias a los principios esenciales del ordenamiento constitucional). Ello se traduce en que ese control se reserva a los supuestos en los que el conflicto se haga endémico, o se estime que es indicativo de una involución de las garantías constitucionales ofrecidas por el ordenamiento jurídico comunitario³⁴. Por lo tanto, el objeto de la garantía dejan de ser los derechos subjetivos o facultades concretos que se derivan del derecho constitucional nacional, y pasa a ser la *identidad* misma de la constitución nacional.

Esta segunda versión de la doctrina de la primacía nacional es la predominante en la jurisprudencia constitucional alemana (claramente

Constitutions of Central and Eastern European Countries», 42 (2005) *Common Market Law Review*, pp. 399-423.

³³ Cfr. *Solange II* [1987] 3 *CMLR*. 225, par. 32.

³⁴ Cfr. *Solange II*, par. 48; *Bananas*, 2 BvL 1/97, versión electrónica disponible en http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20000607_2bv1000197en.html, par. 38; véase también Decisión -505 del Consejo Constitucional francés, disponible en castellano en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004505/esp.htm>, especialmente parágrafos 14 a 22, en los que se afirma la constitucionalidad (francesa) de ratificar el Tratado Constitucional si se mantiene una cierta interpretación de las normas iusfundamentales contenidas en el citado Tratado, como se afirma en Cahiers du Conseil Constitutionnel, número 18, disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc18/jurisp505.htm>; y la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional español, publicado en el *BOE* de 4 de enero de 2005, pp. 5-21, FJ 4.

desde *Solange II*)³⁵, italiana (desde la sentencia *Granital*)³⁶, y española (*Declaración 1/2004*)³⁷.

C) MECANISMOS DE GARANTÍA DE LA PRIMACÍA NACIONAL

Los mecanismos de garantía de la primacía nacional son esencialmente dos: 1) el control de constitucionalidad de las normas comunitarias, generalmente en manos de los tribunales constitucionales nacionales, que revoca la presunción de validez de concretas normas comunitarias o de los criterios sistemáticos de aplicación de las mismas, y 2) el poder de secesión de cada Estado Miembro de la Unión Europea, generalmente en manos de los parlamentos nacionales, salvaguarda última de los principios constitucionales nacionales ante la posible evolución contraria a los mismos del ordenamiento comunitario en su conjunto.

En primer lugar, la primacía nacional implica que el Tribunal constitucional nacional (o el Tribunal Supremo o equivalente en aquellas jurisdicciones en las que a éste compete el control de la constitucionalidad de las leyes) de declarar la inconstitucionalidad de la norma o normas comunitarias que entre o entren en conflicto con la norma constitucional nacional. El contenido preciso de tal garantía depende de la versión concreta de la regla de primacía nacional que se defiende, sobre lo que vuelvo *infra*.

En segundo lugar, la primacía nacional implica la afirmación del poder último de los órganos directamente representativos de los ciudadanos, sea el Parlamento o el Parlamento en conjunción con el jefe de gobierno o Estado directamente elegido por los ciudadanos. Algunos tribunales constitucionales (señaladamente el alemán en *Brunner*, el español en el Dictamen 1/2004, y el polaco en su sentencia sobre la euro-orden)³⁸ han afirmado expresamente que la facultad de decidir la secesión de la Unión Europea constituye la garantía última de la constitución nacional.

D) ANÁLISIS CRÍTICO

Hay tres razones que justifican la plausibilidad *prima facie* de la teoría de la primacía nacional, y que dan cuenta de su continuada

³⁵ Véanse las sentencias citadas en la nota 32.

³⁶ Sentencia 170/84, disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/ita/attivita-corte/pronunceemassime/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>.

³⁷ Además de la Declaración 1/2004, véase la Declaración 1/1991, de 1 de julio de 1992, disponible en http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=DECLARACION-1991-0001.

³⁸ En el caso alemán, *Brunner* [1994] 1 C.M.L.R. 57, par. 55; en el caso español, Declaración 1/2004, *op. cit.* 34; en el caso polaco, sentencia sobre la ley de ratificación del Tratado de Adhesión, *op. cit.* 31, FJ 13.

popularidad entre una buena parte de la dogmática constitucional y entre los tribunales constitucionales nacionales de los Estados Miembros. Tales razones no son otras que las que sustentan la plausibilidad de las tesis de la prioridad histórica y normativa del derecho constitucional nacional.

En primer lugar, la prioridad histórica del derecho constitucional es convincente a primera vista dada la inexistencia de un acto claro de ruptura constitucional. Como ya se indicó, las Comunidades Europeas fueron creadas mediante tratados internacionales, ratificados por leyes nacionales que desarrollaban las previsiones constitucionales nacionales relativas a la cesión del ejercicio de competencias a organizaciones internacionales y de conformidad con el procedimiento legislativo previsto por la ley fundamental en tales supuestos. Ello marca una diferencia entre la Constitución de la Unión Europea y la de otras comunidades políticas complejas «post-nacionales», como Canadá o los Estados Unidos de América³⁹. A ello se añade que ningún acto colectivo de los Estados Miembros de la Unión posterior a la creación de las Comunidades es susceptible de ser interpretado como un acto de ruptura constitucional⁴⁰. En tales circunstancias, parece sensato reconstruir la validez de cualquier norma comunitaria concreta mediante una cadena que necesariamente llega a la disposición constitucional en aplicación de la cual se ratificaron los tratados fundacionales de las Comunidades (o el tratado de adhesión, en el caso de los Estados Miembros que se adhirieron con posterioridad).

³⁹ Como es bien sabido, el texto de la Constitución de 1787 establecía un procedimiento de ratificación distinto al de reforma que prescribían los artículos de Confederación de 1781; ello implicaba una clara ruptura de la cadena de validez, que se «justificaba» normativamente al definir el procedimiento de ratificación constitucional de modo equivalente al procedimiento de reforma de las constituciones de los Estados federados. Véase Ackerman, *op. cit.*, 24, y REED AMAR, Akhil, *America's Constitution: A Biography*, New York: Random House, 2005. En el caso canadiense, la aprobación simultánea en 1982 del Canada Act por el parlamento británico y del Constitution Act (que incluye la Carta de Derechos Fundamentales de Canadá; véase http://laws.justice.gc.ca/en/const/annex_e.html) por el parlamento canadiense implica el reconocimiento formal por metrópoli y dominio de la ruptura en la cadena de validez del derecho canadiense. Véase especialmente artículo 2 del Canada Act: Sobre los aspectos más teóricos de la repatriación, véanse KNOPFF, Rainer, «Legal Theory and the "Patriation" Debate», 7 (1981) *Queen's Law Journal*, pp. 41-65 (sobre la coherencia de los argumentos a favor y en contra de la repatriación); HERMAN, Lawrence L., «International Aspects of Patriation», 31 (1982) *University of New Brunswick Law Journal*, 69-86 Sobre la repatriación y la reforma constitucional en Canadá, véase HURLEY, James Ross, *Amending Canada's Constitution: History, Processes, Problems and Prospects*, Ottawa: Canadian Government Publishing, 1996.

⁴⁰ Ni siquiera la eventual ratificación del proyecto de Tratado Constitucional hubiera requerido modificar tal conclusión, dado que no sólo se mantenía el requisito de ratificación por todos y cada uno de los Estados Miembros como condición previa a su entrada en vigor, sino que la disciplina y modalidades del proceso de ratificación seguían quedando determinados de forma exclusiva y plenamente autónoma por las leyes fundamentales nacionales. Cfr. MENÉNDEZ, Agustín José, «Between Laeken and the deep blue sea», 10 (2005) *European Public Law*, pp. 105-144.

En segundo lugar, la prioridad normativa del derecho constitucional nacional se fundamenta en su superior legitimidad democrática cuando se compara con el derecho constitucional comunitario. Y ello en tanto que los ciudadanos europeos se reconocen en mayor medida y con mayor intensidad como autores de las normas constitucionales nacionales que de los Tratados básicos de las Comunidades Europeas, bien sea porque hayan participado en el proceso de deliberación y toma de decisiones acerca de la ley fundamental nacional durante un proceso constituyente o reconstituyente; o bien porque consideren que la habrían apoyado si hubieran tenido la oportunidad de hacerlo (aunque no lo hayan hecho porque bien la constitución no sea resultado de un proceso constituyente suficiente plenamente democrático, como es el caso alemán, o porque la ley fundamental nacional es lo suficientemente antigua como para que la mayoría de los ciudadanos no hubieran adquirido derechos políticos o siquiera nacidos cuando se concluyó el proceso constituyente nacional, como puede ser el caso sueco). Por contra, es problemático afirmar que los Tratados de las Comunidades Europeas reflejan la voluntad general de los ciudadanos europeos, en la medida en la que es implausible afirmar que sean el resultado de un proceso constituyente, o que su legitimidad democrática haya sido puesta a prueba en situaciones de crisis, en las que los ciudadanos hayan afirmado su apoyo a las normas constitucionales europeas.

Las tres citadas razones contribuyen a la popularidad de la teoría de la primacía nacional. Sin embargo, es obvio que la plausibilidad *prima facie* no es equivalente a la corrección *tutto sommato* de una tesis. En concreto, la teoría de la primacía nacional presenta tres serias deficiencias que conducen necesariamente a concluir su insuficiencia manifiesta como teoría de los conflictos constitucionales europeos: 1) la incapacidad de dar cuenta de la práctica del derecho, y en concreto, de la primacía que se asigna en la misma a las normas comunitarias; incapacidad que deriva de 2) la implausibilidad de la tesis de los dos ordenamientos y de 3) las contradicciones que se derivan de la afirmación simultánea de la prioridad lógica y normativa del derecho constitucional nacional, en la medida en la que la coherencia nacional bajo la primacía del derecho constitucional nacional implica la afirmación del pluralismo jurídico a escala europea, que necesariamente conduce a vaciar de contenido las garantías iusfundamentales que se dice exigen afirmar la primacía constitucional nacional.

El primer grave defecto de la teoría de la primacía nacional es su incapacidad de dar cuenta de la fenomenología del derecho comunitario. En concreto, la aplicación práctica del derecho en la totalidad de los Estados Miembros no puede explicarse valiéndose de la teoría de la primacía nacional. Hay al menos tres grupos de prácticas que contradicen abiertamente la teoría de la primacía nacional: a) el reconocimiento del efecto directo de las normas comunitarias, en la medida en la que presupone la primacía de la norma comunitaria que afirma el

efecto directo de las restantes normas comunitarias, y por tanto, limita la primacía nacional en un modo inaceptable para cualquier variante de la teoría de la primacía nacional; b) los múltiples supuestos en los que normas comunitarias priman sobre normas constitucionales nacionales que constituyen parte integrante del «núcleo duro» del ordenamiento constitucional, c) la redefinición de la identidad constitucional del Estado, y en concreto, el anclaje de la validez de las normas nacionales a parámetros de constitucionalidad definidos supranacionalmente.

a) La doctrina comunitaria del efecto directo consiste en la afirmación de que una vez que las normas comunitarias son aprobadas y entran en vigor siguiendo el procedimiento legislativo establecido en el derecho comunitario, los derechos y obligaciones que de ellas se derivan quedan determinados por una regla comunitaria. Es importante observar que esta regla es aceptada pacíficamente en la práctica constitucional europea, pese a que la meta-regla de efecto directo prima incondicionalmente sobre el conjunto de las normas nacionales, incluidas las normas constitucionales nacionales. A diferencia de la consistencia de la doctrina del efecto directo en derecho internacional, los efectos jurídicos de la afirmación del efecto directo de una norma comunitaria no se circunscriben al ordenamiento comunitario, sino que se extienden a todos y cada uno de los ordenamientos nacionales⁴¹. Dicho de otro modo, la meta-regla comunitaria que fija los términos y condiciones del efecto directo de las normas comunitarias no es una mera norma interna del derecho comunitario, sino una regla europea que surte efectos en el interior de todos y cada uno de los ordenamientos nacionales, lo que contradice abiertamente la tesis de los dos ordenamientos.

b) A ello se añade que existe un buen número de supuestos en los que se acepta la primacía de las normas comunitarias sobre normas constitucionales nacionales que forman parte del núcleo duro del derecho constitucional nacional, y que por tanto, definen la identidad constitucional del Estado, en contra de lo que afirma incluso la versión más «ligera» de la primacía nacional. Así, la norma comunitaria que otorga a los jueces ordinarios la facultad de controlar la constitucionalidad europea de las normas nacionales, y eventualmente, el poder de dejar sin aplicación aquéllas que no superen tal control es radicalmente contraria a la asignación en régimen de monopolio de tal facultad a un órgano específico, generalmente a un tribunal constitucional. Sin embargo, la sentencia *Simmmenthal*⁴² y su generalizada aceptación implican que jueces, funcionarios y ciudadanos han aceptado que la primacía del derecho comunitario exige dejar sin efecto

⁴¹ Vid. BRUNO DE WITTE, «Retour à “Costa” - La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international», in (1984) *Revue trimestrielle de droit européen*, pp. 425-454.

⁴² Vid. nota 7.

una norma constitucional nacional (aquella en la que se fundamenta el monopolio del control de constitucionalidad en manos del Tribunal Constitucional nacional) de la que difícilmente puede negarse que forma parte del «núcleo duro» de la Constitución, en la medida en la que afecta decisivamente a la identidad constitucional del Estado⁴³. De forma más concreta, en los casos relativos a las *ayudas griegas*⁴⁴ y a la *cláusula constitucional luxemburguesa*⁴⁵, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ofrecido una interpretación del derecho comunitario que no dejaba lugar a dudas sobre la necesidad de dejar sin aplicar normas constitucionales nacionales; en ambos supuestos, la historia social y política deja pocas dudas acerca de la importancia y relevancia constitucional de las normas nacionales que ceden ante las comunitarias⁴⁶.

c) Por último, la teoría de la primacía nacional tiene graves dificultades para dar cuenta de la profunda transformación de la identidad constitucional de los Estados Miembros, que implica una redefinición supranacional de los principios constitucionales básicos del orden constitucional. No sólo algunos Estados se han identificado constitucionalmente como Estados Miembros de la Unión Europea (mediante cláusulas constitucionales europeas explícitas incluidas ahora varias leyes fundamentales nacionales, como es el caso alemán, francés o portugués), sino que el derecho comunitario contiene ya criterios sustantivos a los que condiciona la *adquisición* de la condición de Estado Miembro, y la *vigencia de tal condición* de los que ya son Estados Miembros. Así, la adhesión de un nuevo Estado se sujeta a la observancia de los principios constitucionales comunitarios, ex artículo 49 y 7 TUE, lo que implica que una vez que un Estado se convierte en miembro de la Unión (y deja de ser un Estado soberano en derecho internacional para convertirse en Estado Miembro de la Unión), su

⁴³ Sobre los cambios en la titularidad del control de constitucionalidad de las leyes, véase FERRERES COMELLA, Víctor, «Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional», 65 (2003) *Revista Vasca de Administración Pública*, pp. 73-122.

⁴⁴ Asunto C-183/91 [1993] ECR 3131; se deja sin aplicación el artículo 78.2 de la Constitución griega, que establece el principio de no retroactividad de los impuestos.

⁴⁵ Asunto C-473/93 [1996] ECR I-3207; se deja sin aplicación el artículo 11 de la Constitución luxemburguesa, relativo al acceso a la función pública. La ley luxemburguesa reservaba el acceso a la función pública en los sectores de la investigación, enseñanza, sanidad, transporte, correos y telecomunicaciones, y distribución de agua, gas y electricidad a quienes fueran ciudadanos luxemburgueses, supuestamente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 48(4), que permite excepciones en la función pública al principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

⁴⁶ Como es bien sabido, el Tribunal no es competente para determinar la validez de normas nacionales en el marco de una cuestión prejudicial, pero no es infrecuente que su fallo deje un nulo margen de discrecionalidad a los tribunales nacionales, lo que fue el caso en ambos supuestos.

identidad constitucional depende de la satisfacción de las condiciones sustantivas fijadas por el derecho comunitario⁴⁷.

Estas tres deficiencias reafirman la convicción de que la redefinición de la primacía nacional como primacía estructural y limitada es un intento (fallido) de recuperar la relevancia práctica de la teoría de la primacía nacional. Tal recaracterización de la primacía nacional no trae causa de cambios sustantivos en los textos constitucionales nacionales (posteriores, no anteriores, a la formulación de la primacía estructural y limitada)⁴⁸, sino de la reinterpretación de las leyes fundamentales nacionales a la luz de la consolidación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y los tribunales infraconstitucionales nacionales, que asignan primacía a las normas comunitarias sobre las normas constitucionales nacionales. Y sin embargo, ni siquiera esta versión mejorada y reducida de la primacía nacional es capaz de ofrecer un marco teórico capaz de explicar la fenomenología del derecho comunitario, y por ende, de ofrecer soluciones solventes a los conflictos constitucionales europeos.

La incapacidad de dar cuenta de la fenomenología del derecho comunitario guarda una estrecha relación con la defensa de la tesis de los dos ordenamientos. Tanto la tesis del efecto directo como la apertura supranacional del canon de constitucionalidad nacional contradi-

⁴⁷ Algo a lo que también apunta el citado artículo de RUBIO LLORENTE, «El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa», 16/48 (1996) *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 9-33, p. 19.

⁴⁸ Podría pensarse que una parte de esos cambios se explica por los cambios en el tenor literal de las normas constitucionales nacionales. Al fin y al cabo, pese a que la ratificación de los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas dio lugar a debates parlamentarios y judiciales que son testimonio de la importancia constitucional que se reconocía a la decisión, hasta fechas recientes eran pocas las constituciones que contaban con cláusulas específicas relativas a la integración europea que enunciaran o de las que pudieran derivarse reglas de conflicto concretas. Una vez que aumentan estas cláusulas en los años noventa, podríamos pensar que su tenor literal induce cambios en la definición de la regla de conflicto que los tribunales asumen al aplicar el derecho. Sin embargo, la cronología de buena parte de los cambios en la definición de la regla de conflicto nacional no justifica tal conclusión, en la medida en la que se producen en *ausencia* de reforma constitucional o *preceden* la misma. Los cambios se deben pues a alteraciones en la interpretación autorizada institucionalmente de la *regla de conflicto que se deriva de la lectura sistemática del texto constitucional*. La cronología de los cambios en la línea jurisprudencial reduce la plausibilidad de caracterizar tales sentencias como reflejo de los cambios en los contenidos de las leyes fundamentales nacionales; el cambio jurisprudencial, la sentencia *Solange II* del Tribunal Constitucional alemán, el fallo *Granital* de la Corte constitucional italiana o el dictamen sobre la constitucionalidad del Tratado Constitucional del guardián español de la constitucionalidad (por referirme sólo a algunos casos que nos son más familiares) no pueden sino caracterizarse como independientes o a lo sumo precursores de la reforma constitucional, en tanto que son anteriores a la reforma constitucional (*Solange II* se dicta en 1987, y la cláusula europea sólo se inserta en la ley fundamental alemana en 1992) o se han decidido en ausencia de la misma. Consecuentemente, no es aventurado afirmar mediante tales cambios los tribunales constitucionales han reconciliado la *práctica de la primacía comunitaria* con la *teoría de la primacía constitucional nacional*.

cen la distinción clara y nítida entre el ordenamiento comunitario y los veintisiete ordenamientos nacionales. La dificultad de cuadrar el círculo jurídico, y hacer compatible una concepción limitada y estructural de la primacía nacional con la tesis de los dos ordenamientos ha tenido reflejo en la jurisprudencia constitucional nacional. Sin embargo, los tribunales no han ido más allá de suavizar los contornos de la tesis de los dos ordenamientos, sin abandonarla, pese a que algunas de las intuiciones de los Tribunales alemán, italiano y español⁴⁹ probablemente exigirían su abandono si fueran llevadas a su conclusión lógica.

Finalmente, la solvencia de la teoría de la primacía nacional está puesta en entredicho por la tensión que subyace a la fundamentación de la teoría de la primacía nacional en la prioridad normativa del derecho constitucional nacional, en la medida en la que la primacía nacional, especialmente si se define en términos absolutos y sustantivos, pero también si se defiende en tanto que limitada y estructural, no conduce a reforzar, sino a debilitar, la vigencia de los propios principios constitucionales en nombre de los cuales se dice sustentar la primacía nacional. Y ello dado que: (a) se limita el cumplimiento del mandato constitucional de integración supranacional, considerada como necesaria e imprescindible para la plena realización de los principios constitucionales; (b) la afirmación de la primacía limitada y estructural del derecho constitucional nacional implica limitar drásticamente la efectividad de los mecanismos de garantía de la primacía nacional.

a) La teoría de la primacía nacional asegura la reducción de todas las normas aplicables en el interior de cada Estado a un sistema único de normas. Sin embargo, la «unidad nacional» no aumenta sino, antes al contrario, reduce las probabilidades, de la integración del sistema jurídico comunitario en su conjunto. Como tuvimos ocasión de indicar, la toma de conciencia de la necesidad de ponderar la primacía de la constitución con el mandato de integración supranacional ha conducido a reformular la teoría de la primacía nacional. Pero ni siquiera en su versión estructural y limitada está en condiciones de asegurar que la «unidad nacional» no tenga como contrapartida el pluralismo europeo. No sólo es obvio que la eventual fragmentación del derecho comunitario sólo tiene como límite lógico el número de Estados Miembros, sino que en ausencia de una estructura institucional europea completa, se pone en peligro la capacidad del ordenamiento comunitario de desempeñar un papel adecuado en la integración de la sociedad europea. Cuestiones sobre las que volveremos, en la medida en la

⁴⁹ Así, *Solange II*, *op. cit.* 33, FJ 31; *Granital*, *op. cit.* 36; *Declaración 1/2004 del TC español*, *op. cit.* 34, FJ 4; Véase también *Crotty v. An Taoiseach* [1987] IEHC 1 (de 12 de febrero de 1987), en la que se interpreta la cláusula de apertura de la constitución irlandesa como «permiso para unirse a una Comunidad dinámica» —«a licence to join a living dynamic Community».

que constituyen una parte esencial del argumento de la teoría de la primacía comunitaria (como veremos *infra*)⁵⁰.

b) Además, una vez que la primacía constitucional se define de forma limitada mediante referencia al «núcleo duro» de la constitución, los dos mecanismos de garantía de la primacía nacional pierden una buena parte de su efectividad.

aa) La reconceptualización de la primacía nacional como estructural y limitada implica que el Tribunal Constitucional deja de controlar la constitucionalidad de normas comunitarias concretas, y auto-limita su condición a custodia de la identidad constitucional nacional, *en beneficio*, por así decirlo, *de constitución*, y no *de derechos fundamentales concretos*, pese a que los tribunales se justifiquen, esencialmente, mediante referencia al catálogo nacional de derechos fundamentales. Además, la nueva identificación de sus funciones implica en realidad una transformación de su identidad, en la medida en la que cada tribunal constitucional nacional, al tiempo que guarda la identidad constitucional nacional, está contribuyendo a definir el canon de constitucionalidad europeo desde la perspectiva de cada ordenamiento constitucional nacional, y al hacerlo, actuando tanto como tribunal constitucional nacional como europeo. Esa transformación, a mi juicio legítima (como defiendo en la segunda parte de este artículo), deviene problemática cuando no se asume de forma expresa y explícita por los tribunales, y por ello conduce a una incorrecta división de trabajo entre los tribunales europeos y nacionales que puede poner en entredicho el derecho a la tutela judicial efectiva (en la medida en la que puedan surgir lagunas en la protección de los derechos individuales, y en la medida en la que se prolonguen innecesariamente los procesos, socavando la efectividad del derecho).

bb) Aún más dudosa es la garantía prestada por el derecho de secesión que se dice los Estados Miembros están facultados para ejercer sin sujeción alguna al derecho comunitario. Aunque pueda parecer una aseveración muy plausible a primera vista, no deja de ser notablemente paradójica, tanto en términos jurídico-formales como sustantivos. En términos jurídico-formales, la facultad de secesionarse, y los

⁵⁰ La teoría de la primacía nacional, sin embargo, es compatible con la afirmación de que en términos políticos, sociales y económicos el derecho comunitario europeo es diferente al derecho internacional público, y que, por tanto, el pluralismo europeo no es equivalente al pluralismo de concepciones acerca de qué sea el derecho internacional público. Sin embargo, la teoría de la primacía nacional no puede justificar esa diferencia en términos jurídicos, sino que tendrá que apelar a factores extra-jurídicos; por ejemplo la firme y constante voluntad política de los Estados Miembros de consolidar lazos económicos y sociales entre ellos, que explica la constante sumisión voluntaria a las decisiones adoptadas a través de las instituciones comunes (por lo demás, esencialmente intergubernamentales; Ése es el argumento central de la teoría constitucional de la Unión Europea de WEILER, Joseph, «Federalism Without Constitutionalism: Europe's Sonderweg», en HOWSE, Robert, and NICOLAIDIS, Kalypso, *The Federal Vision*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 54-71).

términos en los que la misma habría de ejercerse, no se rigen por normas constitucionales nacionales, sino por normas externas al derecho constitucional nacional⁵¹. Ello implica que si bien el derecho de secesión es una garantía de la primacía de la constitución nacional, sólo puede hacerse efectivo de conformidad con las normas internacionales o comunitarias que gobiernan la misma (en caso contrario, la secesión será inválida). Si esto es así, el derecho de secesión *no siempre* será una garantía de la primacía constitucional nacional (por ejemplo, si un partido racista consiguiera hacerse con una amplia mayoría política en un Estado Miembro, y pretendiera abandonar la Unión Europea, es dudoso que su pretensión fuera considerada legítima desde la perspectiva internacional o europea; en cuyo caso, el derecho a la secesión no sería garantía de la primacía constitucional nacional). A ello se añade que, en términos sustantivos, el grado de integración social y económica en la Unión Europea es tal que toda secesión afectaría a los derechos de todos los ciudadanos de la Unión, de modo más o menos intenso⁵². La secesión es por ello improbable, al menos si se mantiene la configuración socio-económica actual. Además, la posibilidad real de realizar los valores constitucionales nacionales después de la secesión no dependería exclusivamente de las decisiones adoptadas por las instituciones constitucionales en el marco constitucional nacional, sino de las decisiones de las restantes instituciones europeas.

2. La teoría de la primacía comunitaria

A) DEFINICIÓN

La segunda de las grandes teorías de los conflictos constitucionales europeos es la teoría de la primacía comunitaria, que defiende la primacía de las normas supranacionales. La primacía comunitaria

⁵¹ Puede discutirse si tales normas lo son de derecho internacional público o ya han sido positivizadas en el derecho comunitario. Así, KUMM, Mattias, «To be a European citizen? The Absence of Constitutional Patriotism and the Constitutional Treaty», 11 (2005) *Columbia Journal of European Law*, pp. 481-522, pp. 489 ss. Un estudio de la mecánica previsible de secesión, con un estudio comparado (esencialmente mediante referencia a Estados Unidos y Canadá) en FRIEL, Raymond J., «Secession from the European Union: Checking Out of the Proverbial «Cockroach Motel», 27 (2004) *Fordham International Law Journal*, pp. 590-641. El juicio que se emita dependerá de cómo valoremos tanto el hecho de que los Tratados fundacionales (con la excepción del extinto Tratado CECA) tengan una vigencia ilimitada en el tiempo como la existencia de procedimientos específicos de resolución de conflictos en la propia estructura institucional comunitaria. Sobre la relevancia del carácter indefinido de la Comunidad, véase KELSEN, Hans, «Withdrawal from the United Nations», 1 (1948) *Journal of Politics*, pp. 29-43.

⁵² Sobre el particular, véase BRUNKHORST, Hauke, «A polity without a state? European constitutionalism between evolution and revolution», en ODDVAR ERIKSEN, Erik, FOSSUM, John Erik, y MENÉNDEZ, Agustín José, *Developing a Constitution for Europe*, Londres, Routledge, 2004, pp. 88-105.

implica en la abrumadora mayoría de los casos la afirmación previa de que la regla de conflicto es una regla que pertenece al ordenamiento constitucional comunitario⁵³.

La teoría de la primacía comunitaria implica 1) la tesis de la progresiva integración en el ordenamiento supranacional europeo de los ordenamientos constitucionales nacionales; 2) la primacía lógica del derecho comunitario y 3) primacía normativa del derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades ha desempeñado un papel central en la forja de la teoría de la primacía comunitaria. No sólo el fallo en el asunto *Costa* es unánimemente considerado como el «leading case» en la materia, sino que sus sucesivas sentencias han sido probablemente los principales factores que han contribuido a precisar el contenido concreto de la misma. A tal respecto, es conveniente recordar que los fallos *Costa*, *Internationale* y *Simmenthal II*, a los que ya me he referido, han sido confirmados ulteriormente en diversas sentencias entre las que quizá son especialmente relevantes las dictadas en los asuntos *Factortame*⁵⁴, y *Köbler*⁵⁵, en la medida en la que obligan a los jueces nacionales a seguir procedimientos y tomar decisiones que aseguren la efectividad del derecho comunitario, incluso si el derecho nacional no los apodera para tomar tales decisiones y seguir tales procedimientos (*Factortame*); y se limitan los efectos del principio de *res judicata* (central en el diseño de la estructura institucional de todos los Estados Miembros) con el objeto de asegurar el pleno resarcimiento de los daños derivados de una infracción manifiesta del derecho comunitario (*Köbler*). Además, el Tribunal ha confirmado en los últimos años, la primacía de los instrumentos jurídicos del tercer pilar sobre las normas nacionales (a raíz del fallo en *Pupino*, ya citado).

1) La tesis de la progresiva integración de los ordenamientos constitucionales nacionales afirma que la Constitución de la Unión Europea es un acto de creación de un ordenamiento jurídico supranacional, compuesto sustantivamente por los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas y por las normas derivadas que se aprueben de conformidad con el procedimiento normativo previsto en los citados Tratados; y suplementado por el derecho constitucional común a los Estados Miembros. La creación del ordenamiento supranacional no implica de forma inmediata la sustitución de los ordenamientos constitucionales nacionales, o su completa subordinación al derecho supranacional, sino tan solo que el derecho comunitario fije los princi-

⁵³ Al igual que fuera el caso al exponer la teoría de la primacía nacional, me limito a apuntar que si bien existe una estrecha relación entre ambas, un análisis completo nos llevaría a introducir algunas matizaciones; análisis que he de obviar por razones de espacio.

⁵⁴ Asunto C-213/89 [1991] Rec I-2433, sobre la concesión de medidas cautelares pese a que existe una regla de *common law* que las excluye.

⁵⁵ *Köbler*, *op. cit.* 8, en el que se defiende una interpretación «autónoma» del principio de *res judicata*.

pios estructurales (efecto directo y primacía) en el marco de los cuales es posible el lento y progresivo proceso de integración normativa. De este modo, la tesis de la progresiva integración niega la plena autonomía de los ordenamientos nacional y comunitario, y afirma su paulatina reconstitución en un único ordenamiento, contexto en el que deja de tener sentido hablar de primacía a los solos efectos del derecho comunitario o del derecho constitucional nacional. Como indicó el Abogado General Lagrange en el famoso y determinante caso Costa:

«[E]l verdadero problema es la coexistencia de dos normas jurídicas (que asumamos por el momento) son incompatibles y pese a ello simultáneamente aplicables en un mismo ordenamiento, una derivada del Tratado o de las instituciones de la Comunidad, la otra una norma jurídica nacional; ¿cuál de ellas ha de prevalecer una vez resuelto el conflicto? Ése es el verdadero problema.»

El tenor literal de algunas de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas podría llevarnos a pensar que su defensa de la primacía comunitaria no se sustenta en la tesis de la progresiva integración de los ordenamientos nacionales en el ordenamiento supranacional, sino que por el contrario los magistrados europeos serían defensores de la tesis de los dos ordenamientos. Sin embargo, esa conclusión es precipitada. Si en algunas ocasiones (especialmente, en los primeros años de su actividad) el Tribunal parece defender la plena autonomía de los dos ordenamientos, esa falsa impresión se debe al énfasis que el Tribunal pone en refutar la caracterización del derecho comunitario como un ordenamiento derivado de derecho internacional público, o como mero conjunto de normas reglamentarias autorizadas por la ley nacional de ratificación. Para negar tales premisas, el Tribunal recurre a afirmar la condición *sui generis* del ordenamiento comunitario en términos que pueden conducir a confusión. Pero es importante observar que simultáneamente el Tribunal sentó las bases de la caracterización del derecho comunitario como ordenamiento supranacional en el que se integran los ordenamientos constitucionales nacionales desde sus primeros fallos. La fórmula del Abogado General Lagrange en Costa es no sólo la más temprana, sino quizá la que mejor sintetiza el pensamiento del Tribunal al respecto:

«Pero (y se trata de una mera constatación) el Tratado por el que se establece la Comunidad Económica Europea, así como los otros dos Tratados Europeos, constituyen un ordenamiento jurídico autónomo, separado del propio de cada Estado Miembro, pero al que reemplazan parcialmente de conformidad con las normas fijadas en el propio Tratado, y que implican la transferencia de poderes a las instituciones de las Comunidades Europeas.»

2) La prioridad jurídico-formal del derecho comunitario se sustenta en la interpretación sistemática del artículo 10 del Tratado de la Comunidad Europea y de los artículos 7 y 49 del Tratado de la Unión

Europea. En el citado artículo 10 del Tratado de la Comunidad Europea se dice que:

Los Estados Miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados Miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.

De esta norma se deriva una obligación de «lealtad constitucional» por parte de los Estados Miembros hacia la Unión Europea, que se concreta mediante referencia a los principios constitucionales básicos del derecho comunitario que «condicionan» la adquisición y mantenimiento de la condición de Estado Miembro, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 7 del Tratado de la Unión Europea. De ello se deriva la primacía lógica de los principios constitucionales básicos del derecho comunitario sobre el derecho constitucional nacional, en la medida que su cumplimiento viene exigido por el ordenamiento federal (ex artículo 10 del Tratado de la Comunidad Europea) y su incumplimiento puede dar lugar a la pérdida de la condición e identidad de Estado Miembro (ex artículos 49 y 7 del Tratado de la Unión Europea).

3) La tesis de la primacía normativa del derecho comunitario se sustenta en la relación necesaria que existe entre la idea misma de integración social mediante normas jurídicas y la primacía del derecho comunitario. Dicho de otro modo, si y sólo si la teoría de la primacía comunitaria rige las relaciones entre derecho comunitario y derecho constitucional nacional el derecho comunitario podrá contribuir a la integración de la sociedad europea mediante normas jurídicas comunes. A su vez, la efectividad del derecho comunitario depende de la recíproca aceptación de la primacía comunitaria por parte de todos los Estados Miembros, por lo que cualquier excepción a la primacía comunitaria podría desencadenar un proceso de desintegración jurídica, y consecuentemente, social. La tesis de la primacía normativa del derecho comunitario tiene su formulación jurídica más precisa en la llamada doctrina del *effet utile*. Su denominación parece poner en entredicho el carácter normativo del argumento⁵⁶. Sin embargo, es

⁵⁶ Como es bien sabido, la doctrina del *effet utile* es ampliamente utilizada por el Tribunal de Justicia, hasta el punto de que algunos autores lo caracterizan como un «mantra institucional» cuya función no es otra que «asegurar la replicación del estilo de argumentación del Tribunal en el ámbito nacional»; véase Ross, Malcolm, «Effectiveness in the EU legal order», 31 (2006) *European Law Review*, pp. 476-98. En términos sustantivos, la doctrina hace acto de presencia en la argumentación en prácticamente en casi todas las sentencias del Tribunal que han contribuido a perfilar el derecho constitucional de la Unión Europea. En este sentido, LENAERTS, Koen, y GUTMAN, Kathleen, describen al principio como un «overarching principle that pervades every instance of the Court's law-making», en «Federal Common Law in the

preciso observar que el Tribunal no defiende la primacía del derecho comunitario ni *sociológicamente* (basándose en la observación empírica de que una mayoría suficiente de jueces, funcionarios y ciudadanos interpretan las normas jurídicas que les son aplicables asumiendo la primacía del derecho comunitario sobre el derecho constitucional nacional) ni en base a un *cálculo de intereses* (afirmando que la primacía del derecho comunitario meramente aumente el bienestar social de los europeos). Antes al contrario, el Tribunal presta atención a efectos que son relevantes desde una perspectiva normativa. En particular, la eficacia del derecho comunitario es condición imprescindible para asegurar que la integración social en la Unión Europea queda garantizada por *normas jurídicas comunes*, y por tanto, que se hace efectivo el principio de igualdad. El argumento puede ser reconstruido de la forma siguiente. Primero, cualquier excepción a la primacía comunitaria, por aislada que sea, sentaría un precedente sobre el cual se podría justificar la *posibilidad estructural* de limitar la eficacia del derecho comunitario para asegurar la primacía de disposiciones concretas de la constitución nacional. Segundo, dado que es posible reformular cualquier conflicto entre el derecho comunitario y el derecho nacional en términos de un conflicto entre la norma comunitaria y el principio o principios constitucionales que subyacen a la concreta norma nacional en conflicto, la limitación de la primacía comunitaria incentivaría a la reformulación de todos los conflictos entre normas comunitarias y normas nacionales como conflictos constitucionales. Tercero, la falta de efectividad del derecho comunitario dejaría entonces de ser puntual y concreta para pasar a ser generalizada. Llegados al punto cuarto, es importante observar que la incompleta institucionalización de la Unión Europea, a la cual ya hemos hecho referencia al describir la tesis de la prioridad institucional del derecho constitucional nacional, implica que la eficacia del derecho comunitario depende de forma prácticamente exclusiva de la recíproca aceptación de la primacía de las mismas por parte de los órganos e instituciones nacionales. Pero una reciprocidad tal, que no se apoya en instituciones dotadas de medios concretos con los que reforzar la tendencia a cumplir con las normas jurídicas, es intrínsecamente frágil. Una vez que las normas alcanzan un cierto grado de ineffectividad, la reciprocidad pierde toda fuerza motivacional y normativa⁵⁷. Sexto, la conjunción de la reformulación de los conflictos en términos constitucionales y la debilidad motivacional de la reciprocidad dado el carácter incompleto de la estructura institucional de la Comunidad Europea implican que cualquier excep-

European Union: A Comparative Perspective», 54 (2006) *American Journal of Comparative Law*, pp. 1-121.

⁵⁷ Sobre los peculiares perfiles de la relación entre derecho y moralidad en la coordinación de acciones, véase HONORÉ, Tony, «The Dependence of Morality on Law». 13 (1992) *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 1-17; «The Necessary Connection Between Law and Morality», 22 (2002) *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 489-95.

ción a la primacía comunitaria inicia un proceso que puede acabar socavando las bases sociales y económicas de la *integración*. En cuyo caso nos enfrentaríamos a un proceso de *desintegración jurídica, social y económica*, derivado de la inefectividad del derecho comunitario como medio de integración social. Séptimo, si la desintegración se produce, se arruinarán no sólo los objetivos inmediatos del proceso de integración, sino también los objetivos mediatos e incluso los lejanos, tales como la preservación de la paz y la creación de las condiciones de disfrute pleno de los derechos civiles, políticos y sociales de los europeos, devolviéndonos al estado de conflicto caótico de normas nacionales cuyo ámbito de afectados excede en todos los casos el de aquellos con derecho a participar en los procesos nacionales de deliberación y toma de decisiones sobre normas jurídicas. La desintegración europea acabaría con el bosquejo de comunidad política europea, basada en la *igualdad* ante un derecho común producido mediante instituciones comunes, que a su vez viene exigido por el colectivo de cláusulas constitucionales que establecen un mandato y una facultad de integración (como tuvimos ocasión de considerar al analizar la variante estructural y limitada de la primacía comunitaria, y sobre lo que vuelvo *infra*).

B) EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA PRIMACÍA COMUNITARIA

Como acaba de apuntarse, el principal valedor de la teoría de la primacía comunitaria es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En la nutrida línea jurisprudencial abierta con la sentencia en el asunto *Costa*, los magistrados de Luxemburgo han transformado considerablemente los contornos de la tesis de primacía. Si bien es perfectamente plausible reconstruir la jurisprudencia como la progresiva expansión del ámbito de aplicación de la teoría de la primacía comunitaria, en la medida en la que el Tribunal fundamentó cada una de sus decisiones en una tesis general y abstracta de primacía del derecho comunitario que fue aplicando a un círculo de supuestos cada vez más amplio, es quizás necesario recordar que hasta el fallo en el asunto *Simmenthal II*, no era imposible reconciliar la teoría de la primacía nacional con el fallo de la sentencia *Costa*⁵⁸, circunscribiendo este último a la prevalencia del derecho comunitario (esencialmente, de las disposiciones de los Tratados) sobre las normas nacionales *infraconstitucionales*⁵⁹. Sin embargo, esa variante de la teoría de la primacía comunitaria perdió toda plausibilidad una vez que el Tribunal reconoció implícitamente en *Internazionale*⁶⁰, y expresamente en *Simmen-*

⁵⁸ Asunto 6/64, *Costa* [1964] ECR 585.

⁵⁹ De hecho, es significativo que en sus conclusiones, el Abogado General Lagrange caracteriza a los Tratados fundacionales como ley marco, y al derecho comunitario derivado como conjunto de reglamentos que desarrollan la citada ley.

⁶⁰ Asunto 11/70, *Internationale*, [1970] ECR 1125, §3.

*thal II*⁶¹, que «[c]ualquier tribunal nacional debe, en aquellos asuntos que caigan bajo su jurisdicción, aplicar el derecho comunitario en su conjunto y amparar los derechos que confiere a las personas físicas, por lo que debe consecuentemente dejar sin aplicación cualquier norma jurídica perteneciente al ordenamiento nacional que entre en conflicto con el derecho comunitario, sea anterior o posterior a la misma».

C) GARANTÍAS: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO MECANISMO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EUROPEA DEL DERECHO NACIONAL

Pese a que el Tribunal de Justicia no es formalmente ni un tribunal de casación ante el que los particulares puedan presentar recurso por violación de las normas de derecho comunitario; ni un tribunal constitucional que decida de forma vinculante acerca de la inconstitucionalidad de leyes nacionales, el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales han desarrollado un mecanismo alternativo de control de constitucionalidad europeo de las leyes, esencialmente a través del cauce de la cuestión prejudicial. Por una parte, el Tribunal de Justicia, aun formalmente limitándose a la interpretación del derecho comunitario, ha procedido recientemente a dictar fallos de los que se deriva concluyentemente la constitucionalidad o inconstitucionalidad europea de las leyes nacionales mediante referencia a las libertades económicas y/o al principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Por otra parte, al interpretar de forma amplísima la competencia de los tribunales nacionales para plantear cuestiones prejudiciales, ha conducido a la generalización de las mismas, y a que, especialmente ante las jurisdiccionales nacionales más activas, tal cauce adquiera rasgos no muy distintos al recurso de amparo. Al reconocer a los tribunales nacionales competencias en el control de constitucionalidad europea de las leyes nacionales, el Tribunal ha fomentado la identidad europea de los jueces ordinarios, y de este modo, ha reforzado las garantías de la teoría de la primacía europea⁶².

D) ANÁLISIS CRÍTICO

Los tres puntos fuertes de la teoría de la primacía comunitaria son
1) su capacidad de dar cuenta de aquellos aspectos de la práctica jurí-

⁶¹ Referencia en nota 7.

⁶² Cfr. entre otros, STEIN, Eric, «Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution», 75 (1981) *American Journal of International Law*, pp. 1-27; MANCINI, Giuseppe Federico «The Making of a Constitution for Europe», 26 (1989) *Common Market Law Review*, pp. 595-614; Joseph H. H. Weiler, «The Transformation of Europe» 100 (1991) *Yale Law Journal*, pp. 2403-2483; STONE SWEET, Alec, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford: Oxford University Press, 2004; Díez-Picazo, Luis María, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002.

dica europea que implican la primacía del derecho comunitario sobre el derecho constitucional nacional; 2) la reconstrucción de las relaciones entre las normas comunitarias y nacionales prescindiendo de la tesis de los dos ordenamientos, que se ve contradicha en la práctica jurídica europea; 3) la sensibilidad hacia las consecuencias normativas de la fragmentación del poder público en un sistema de estados nacionales.

1) La teoría de la primacía del derecho comunitario ofrece un marco teórico capaz de dar cuenta de la práctica jurídica europea en mayor medida que la teoría de la primacía nacional. Y ello en la medida en la que es perfectamente compatible con elementos claves en la concepción del derecho comunitario, como es la doctrina del efecto directo (que, como ya tuvimos ocasión de comentar, no sólo contradice la teoría de los dos ordenamientos, sino que implica afirmar que es una norma supranacional aplicable en todos los ordenamientos nacionales la que determina los efectos jurídicos de las normas comunitarias). Y dado que ofrece una explicación teórica de por qué jueces, funcionarios y ciudadanos asignan prevalencia a las normas comunitarias incluso sobre normas constitucionales nacionales que forman parte del núcleo duro de la Constitución.

2) Además, la superación de la tesis de los dos ordenamientos con la tesis de la progresiva integración en un ordenamiento supranacional hace innecesaria una buena parte de las construcciones teóricas a las que tienen que acudir los defensores de la teoría de la primacía nacional con el objeto de hacerla compatible con el hecho de que las normas comunitarias y las normas nacionales tengan un ámbito de aplicación concurrente, y que su aplicación efectiva esté confiada a los mismos órganos e instituciones. Jueces, funcionarios y ciudadanos no consideran el derecho comunitario como un ordenamiento especializado y externo que se inserta en el ordenamiento nacional, al modo como lo hace la *lex mercatoria* o la normativa FIFA, sino como una parte integrante de un ordenamiento federal o quasi-federal. Es curioso observar en tal sentido que el carácter incompleto de la estructura institucional de la Unión Europea, que la teoría de la primacía nacional consideraba como sustento de sus tesis, puede ser reinterpretada por los defensores de la teoría de la primacía comunitaria como prueba del carácter erróneo de la tesis de los dos ordenamientos. Si la Unión Europea y su ordenamiento jurídico son eficaces pese al carácter incompleto de su estructura institucional es porque en realidad el nivel comunitario es tan solo el nivel superior de la compleja estructura de gobierno que es la Unión Europea *en su conjunto*.

3) Finalmente, la teoría de la primacía comunitaria es sensible a los problemas democráticos derivados del ámbito (inadecuado) de los procesos democráticos nacionales: la teoría de la primacía del derecho comunitario refleja los argumentos normativos que dan cuenta de la existencia de cláusulas constitucionales de apertura en las constituciones europeas de post-guerra, y que permiten la transferencia de poderes soberanos a organizaciones supranacionales. Esas cláusulas son

reflejo de la convicción de que la realización del principio democrático, objetivo al que aspiran las constituciones de todos los Estados Miembros, no sólo no puede lograrse plenamente en un solo país, sino que la fragmentación del poder público en Estados nacionales pone en peligro las condiciones sociales y económicas en las que se asientan las democracias nacionales. Ello, como veremos *in extenso* en la sección tercera, es el resultado inmediato de las graves deficiencias en el ámbito de las democracias nacionales. Mientras que muchas decisiones nacionales tienen efectos considerables más allá de las fronteras nacionales, simplemente no existían (antes de la creación de las Comunidades Europeas) ni procesos de toma de decisiones ni instituciones que pudieran asegurar que todos los afectados por tales decisiones podían participar en el proceso de deliberación y toma de decisiones acerca de las mismas. Dicho de forma breve, la teoría de la primacía comunitaria es una respuesta a las deficiencias democráticas de la estructura institucional estatal desde la perspectiva del ámbito de la democracia.

Pese a ello, existen dos razones de peso que me llevan a desechar la teoría de la primacía comunitaria. La primera es la incapacidad de dar cuenta de la importancia jurídica, política y simbólica de las reglas constitucionales nacionales en la compleja constitución de la Unión Europea. La segunda, la incapacidad de ofrecer una explicación normativamente satisfactoria de la afirmación de la teoría de la primacía comunitaria, entendida como primacía de un ordenamiento de nuevo cuño sobre los ordenamientos constitucionales nacionales.

1) La caracterización de las relaciones entre derecho constitucional comunitario y derecho constitucional nacional en términos meramente jerárquicos no permite dar cuenta de las relaciones de influencia mutua entre ambos ordenamientos, y muy especialmente, del papel central de las reglas constitucionales nacionales en la configuración del derecho constitucional comunitario. En concreto, la teoría de la primacía comunitaria no tiene recursos teóricos con los que rebatir la tesis de la prioridad jurídico-formal del derecho constitucional nacional, y por tanto, es incapaz de dar cuenta de las reglas de asignación de competencias legales y de definición de los procesos de toma de decisiones comunitarias que dependen de las normas constitucionales nacionales⁶³. A ello se añade la incapacidad de reconciliar la primacía comunitaria con el papel central de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros en la definición sustantiva del derecho constitucional comunitario. Así, el principio general de protección de los derechos fundamentales es uno de los pilares del ordenamiento constitucional comunitario y como tal define la identidad constitucional de los Estados en tanto que Estados Miembros (lo que ponía en

⁶³ MACCORMICK, Neil, *Questioning Sovereignty*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 117.

entredicho, como vimos, la plausibilidad de la teoría de la primacía nacional). Sin embargo, la primacía de tal principio en tanto que derecho constitucional comunitario viene acompañado de la definición de su contenido sustantivo mediante referencia a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros, lo que implica que piezas clave del derecho constitucional europeo se definen mediante referencia a los derechos constitucionales nacionales; pero si esto es así, no es lógicamente posible que su validez derive del derecho constitucional europeo⁶⁴.

2) A ello hemos de añadir que la teoría de la primacía comunitaria carece de una explicación satisfactoria acerca de su propio fundamento normativo. En términos históricos, afirmar la primacía del derecho comunitario implica defender que en un determinado momento temporal se produce una reconfiguración constitucional de los Estados Miembros, a consecuencia de la cual la primacía de la Constitución nacional es sustituida por la primacía del derecho constitucional comunitario. Para que tal reconfiguración sea constitucionalmente correcta, debe ser posible justificarla normativamente. Pero como se indicó ya reiteradamente, la creación de la Unión Europea y de su sistema jurídico no es el resultado ni de una revolución que socavara los cimientos del poder público en Europa, ni de un acto o momento constituyente en el que los ciudadanos decidieran darse una ley fundamental europea, de la que pueda derivarse la primacía del derecho comunitario. En tales circunstancias, es pertinente preguntarse cuál puede ser el fundamento normativo de la primacía de las normas comunitarias. La explicación causal que suele ofrecerse implica que habrían sido los jueces, o los jueces en cooperación con los ejecutivos nacionales, quienes habrían alterado la identidad constitucional tanto de la Unión Europea como de sus Estados Miembros. El Tribunal de Justicia en *Van Gend en Loos*, *Costa*, *Internationale* y *Dassonville*, y los tribunales nacionales al aceptar esa línea jurisprudencial, se habrían arrogado el poder constituyente, aunque por un período relativamente breve⁶⁵. Pero si esas decisiones no pueden fundamentarse en decisiones portadoras de legitimidad democrática, ¿podemos calificar tales sentencias de modo distinto a un golpe de estado judicial, a un *coup* que altera las reglas secundarias del ordenamiento comunitario y las integra en los ordenamientos nacionales?⁶⁶ En ausencia de un proceso que cuente con la legitimidad democrática característica y propia de un proceso constituyente, la teoría de la primacía europea implica un

⁶⁴ *Ibid.*, p. 116

⁶⁵ Véase Alter, Karen, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001, y la bibliografía citada en la nota 62.

⁶⁶ La doctrina no solía referirse al problema en estos términos, pero el reciente artículo de STONE SWEET, Alec, quizá contribuya a la popularización del concepto; véase «The Juridical Coup d'État and the problem of authority», 8 (2007) *German Law Journal*, pp. 915-27.

cambio de identidad constitucional de la Unión Europea y de los Estados Miembros que contradice los principios constitucionales básicos tanto de los Estados como de la Unión Europea (al presuponer el divorcio entre validez y legitimidad democrática). Eso hace que la teoría de la primacía comunitaria sea implausible en la medida en la que presupone un criterio de validez inaceptable tanto por el derecho constitucional nacional como por el derecho constitucional comunitario.

3. Pluralismo constitucional

A) DEFINICIÓN

La teoría *del pluralismo constitucional* afirma que la regla de conflicto varía en función del punto de vista desde el que analicemos la cuestión: el nacional, el europeo, o bien uno externo a ambos⁶⁷. Qué regla de conflicto sea aplicable, y consecuentemente, qué norma haya de primar es algo relativo precisamente al punto de vista que se adopte. Desde la perspectiva interna al derecho comunitario europeo (y al derecho constitucional holandés, dicho sea *en passant*)⁶⁸ la primacía ha de corresponder al derecho comunitario. Desde la perspectiva interna al derecho constitucional alemán, italiano, danés, español o polaco, y prácticamente la totalidad de los ordenamientos nacionales, la primacía corresponderá a la norma constitucional nacional. Consecuentemente, la tesis pluralista afirma que existen veintiocho reglas de conflicto diferentes, que pueden conducir a veintiocho respuestas jurídicas distintas.

La teoría del pluralismo constitucional tiene dos componentes principales: 1) la tesis de los dos ordenamientos; 2) la tesis del particularismo de la asignación de primacía, que depende de la tesis sociológica de la pluralidad de reglas de conflicto. A la luz de la enumeración de sus componentes, se puede intuir que la tesis del pluralismo tenga sus principales defensores entre los teóricos del derecho y los politólogos y juristas que analizan el derecho interdisciplinariamente, y más concretamente, en su contexto politológico (y no entre tribunales y juristas de derecho público, como es el caso de las otras teorías de los conflictos constitucionales europeos)⁶⁹.

⁶⁷ Sólo en este último caso seremos conscientes del pluralismo jurídico que caracteriza al derecho europeo. Aunque quizá también lo fuéramos si adoptamos un punto de vista interno *crítico* a uno de los dos ordenamientos.

⁶⁸ *Vid.* referencias en nota 2.

⁶⁹ MacCormick, Neil, *Beyond the Sovereign State*, 56 (1993) *Modern Law Review*, pp. 1-18, especialmente pp. 8-9: «The Hartian counter to this is to point out that it holds good, if at all, only from one point of view. From an international law point, the laws of the UK, or the USA, of the Federal Republic of Germany, may be viewed as deriving authority from international law; but this is unlikely to be accepted from the point of view of the national legal systems, and it is indeed not impossible that from that point of view, norms of international law are deemed as binding as law

1) De forma semejante a la teoría de la primacía nacional, la teoría del pluralismo constitucional europeo afirma la plena autonomía del ordenamiento comunitario y de cada uno de los ordenamientos constitucionales nacionales. A diferencia de esta última, sin embargo, la teoría del pluralismo constitucional europeo niega las cuatro tesis basándose en las cuales se defiende la primacía del derecho constitucional nacional, y muy particularmente, la teoría de la primacía institucional del derecho constitucional nacional.

2) El elemento identificador de la teoría de la primacía constitucional europea es la tesis sociológica de la pluralidad de reglas de conflicto. Tal tesis deriva de la caracterización *plural* de la validez en un ordenamiento jurídico, que tiene su origen en el pensamiento filosófico y jurídico de H. L. A. Hart, y muy especialmente, de su definición de la *regla de reconocimiento*⁷⁰. Como es bien sabido, un elemento central en la teoría del derecho hartiano es la distinción entre normas primarias y normas secundarias; entre estas últimas, Hart afirma que la *regla de reconocimiento*⁷¹ reconduce a sistema las normas jurídicas de un ordenamiento. Tal regla, a diferencia de la norma fundante básica kelseniana, no es puramente hipotética, sino una norma jurídica que es parte integrante del ordenamiento positivo. Su naturaleza, con todo, no es exclusivamente jurídico-formal. Lo es desde la perspectiva de los jueces, funcionarios y ciudadanos que adoptan una *perspectiva interna al ordenamiento jurídico*⁷². Pero al mismo tiempo es un *hecho*⁷³, en la medida en la que la regla de reconocimiento es aquella que aquellos llamados a aplicar el derecho de forma efectiva, y a movilizar sanciones en casos de incumplimiento (i.e. los jueces) *aceptan* como tal. Es precisamente este componente «sociológico» de la regla de reconocimiento sienta el que convierte la teoría del derecho hartiana en una teoría del pluralismo jurídico. El carácter parcialmente fáctico de la regla de reco-

only so far as constitutionally authorised internally». See also Democracy, Subsidiarity and Citizenship in the «European Commonwealth», 11 (1997) *Law and Philosophy*, pp. 331-56, at p. 342. Es importante dejar constancia de que en *Questioning Sovereignty*, (Mac Cormick, *op. cit.* 63), el filósofo escocés limita su «pluralismo» (ahora redefinido como pluralismo moderado bajo la primacía del derecho internacional público) Véase también DOWRICK, F. E., «A Model of the European Communities Legal System», 3 (1983) *Oxford Yearbook of European Law*, pp. 169-237, especialmente pp. 230-1; WALKER, Neil, «The Idea of political pluralism», 65 (2002) *Modern Law Review*, pp. 317-359; POIARES MADURO, Miguel, «Contrapunctual Law» en WALKER, Neil, *Sovereignty in Transition*, Oxford: Hart Publishers, 2003, 501-37, especialmente pp. 524-5; BESSON, Samantha, «From European Integration to European Integrity: Should European Law Speak with Just One Voice?», 10 (2004) *European Law Journal*, p. 257-81

⁷⁰ Deuda explícitamente reconocida por «Beyond the Sovereign State», *op. cit.* 69.

⁷¹ HART, Herbert H.L.A., *El Concepto de Derecho*, México, Editora Nacional, 1980, p. 117.

⁷² *Ibid.*, p. 144.

⁷³ *Ibid.*, pp.137-8.

nocimiento posibilita una pluralidad de interpretaciones válidas del derecho en función de la regla de reconocimiento a la que se adhiera la práctica de cada operador del derecho⁷⁴. El pluralismo implícito en la teoría haitiana se hace explícito al analizar las «situaciones patológicas», es decir, aquéllas en las que las reglas primarias reconocidas como válidas por jueces y funcionarios no son obedecidas de forma general por los ciudadanos. Tales son los supuestos de revolución, ocupación enemiga o quiebra del orden jurídico, en los que es posible que co-existan, al menos durante un cierto período de tiempo, dos o más reglas de reconocimiento⁷⁵. No parece excesivamente aventurado añadir que el proceso de integración europea hubiera sido probablemente considerados como un supuesto patológico (cuando menos en un sentido descriptivo, sino evaluativo) por el propio Hart.

B) MECANISMOS DE GARANTÍA DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL EUROPEO

En tanto que tesis sociológica, la tesis del pluralismo constitucional europeo afirma y contribuye a especificar los límites del derecho como medio de integración social. Pero en tanto que teoría jurídica (y sus defensores son bien juristas bien teóricos del derecho, bien políticos que asumen el punto de vista interno del derecho) tiene que ocuparse de responder a la cuestión de cómo es posible la integración social mediante el derecho si no es posible reducir el derecho aplicable a un único sistema, y por tanto puede darse el caso de que a un mismo supuesto concreto sean aplicables normas contradictorias, siendo ambas simultáneamente válidas. Las respuestas que se dan son principalmente dos: 1) la coherencia como criterio para juzgar la corrección de las decisiones jurídicas, con independencia de cuál sea la perspectiva que se adopte, o lo que es lo mismo, desde el interior de qué ordenamiento se adopten; 2) los meta-medios de integración jurídica, y en concreto, el arbitraje.

La coherencia ha sido defendida como un medio de integración jurídica en un contexto de pluralismo constitucional. Los defensores del pluralismo parecen asumir que dado el carácter esencialmente formal de la coherencia como ideal regulador de la argumentación jurídica, la apelación a la misma ha de surtir idénticos efectos sea cuál sea el *punto de vista* desde el que se pretenda resolver el conflicto. Al mismo tiempo, la coherencia implica no sólo la reducción

⁷⁴ Pese a ello, HART insiste en la necesidad de reducir las normas a sistema; lo que implica necesariamente que la teoría hartiana asume una serie de condiciones sociales en las que es posible mantener la unidad jurídica pese al carácter estructural del pluralismo jurídico, condiciones que esencialmente remiten a la existencia de un código cultural compartido entre los jueces.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 151.

a sistema de las normas jurídicas aplicables, sino la toma en consideración de todos los elementos normativos relevantes, por lo que la misma evitaría que el pluralismo jurídico condujera al autismo jurídico, a no tomar en consideración las decisiones adoptadas sobre aspectos relevantes de la cuestión *desde el punto de vista interno al «otro» sistema*, sin que ello exigiría aceptar como ideal regulador la existencia de una única solución correcta (y por tanto, de un único ordenamiento jurídico y un único punto de vista interno). Quizá la teoría más explícita al respecto es la «teoría del derecho contrapuntual»⁷⁶, de conformidad con la cual no sólo la totalidad de los operadores del derecho europeos han de asumir el objetivo de reducir a sistema todo el derecho aplicable en el ámbito territorial de la Comunidad, sino que han de aceptar dos principios estructurales de interpretación y aplicación del derecho en el territorio europeo: 1) la universalidad de las decisiones⁷⁷; y 2) la «conciencia» institucional, o lo que es lo mismo, la disposición a sopesar las consecuencias que se derivan tanto en el ordenamiento comunitario como en el nacional de adoptar una decisión concreta («each legal order and its respective institutions must be fully aware of the institutional choices involved in any request for action in a pluralist legal community»)⁷⁸. La «conciencia» institucional reduciría exponencialmente el número de conflictos efectivos, de sentencias contradictorias acerca de la solución normativa en casos concretos.

El arbitraje es defendido como un meta-medio de integración jurídica en un contexto de pluralismo constitucional⁷⁹. La jurisdicción voluntaria, en cierto modo a medio camino entre el derecho y la mediación social como medio de integración, podría ofrecer soluciones viables y evitar no sólo la existencia de soluciones contradictorias en casos concretos, sino también que se desencadene una dinámica desintegradora, cuyas consecuencias fueron consideradas al estudiar el fundamento de la teoría de la primacía comunitaria.

C) ANÁLISIS CRÍTICO

En primer lugar, es difícil de negar que *de hecho* hay una pluralidad de concepciones acerca de cómo haya de reconstruirse el ordenamiento jurídico europeo. A la vista de la jurisprudencia analizada en los dos apartados anteriores, parece obvio que el derecho vigente en

⁷⁶ Maduro, *op. cit.* 69.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 530

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ Schmid, Cristoph, «From Pont d'Avignon to Ponte Vecchio. The Resolution of Constitutional Conflicts between the European Union and the Member States through Principles of Public International Law» 18 (1998) *Yearbook of European Law*, pp. 415-476 and «The neglected conciliation approach to the "final arbiter" conflict», 36 (1999) *Common Market Law Review*, pp. 509-14.

Europa se reconstruye de forma distinta desde Luxemburgo a cómo se hace desde Karlsruhe, Madrid o Roma. La tesis pluralista no solo es plausible, sino muy convincente *en tanto que descriptiva de la realidad sociológica* del derecho europeo en el momento presente, que trae causa del carácter institucionalmente incompleto de la Unión Europea, una de cuyas manifestaciones es precisamente la ausencia de una norma que resuelva los conflictos constitucionales europeos de forma unívoca, y asigne la última palabra jurídica sobre los mismos a una única institución.

En segundo lugar, la tesis pluralista contribuye a matizar el papel que corresponde al derecho en el proceso de integración social; a diferencia de lo que suele asumirse por los juristas, el derecho no es el único medio de integración social, por lo que la satisfactoria resolución de conflictos y la coordinación de conductas no exige necesariamente que el derecho sea eficaz siempre y en todo caso. Además, la «fábrica» de la integración social no se ve dañada necesariamente si los conflictos y la descoordinación se mantienen *dentro de ciertos límites*. O dicho de otro modo, el proceso de integración social es viable incluso en situaciones de conflicto acerca del contenido del derecho válido. A juicio de los pluralistas, la Unión Europea está muy lejos de haber alcanzado una situación en la que los niveles de conflicto y de desajuste sean excesivos y puedan conducir a una quiebra del ordenamiento social y jurídico.

Sin embargo, el *pluralismo* es estructuralmente problemático una vez que asumimos la *perspectiva* interna a cualquiera de los dos ordenamientos; el reconocimiento de que *ambas perspectivas* pueden ser correctas *al mismo tiempo* presupone evidentemente la adopción de una *perspectiva externa* a ambos ordenamientos. Al fin y al cabo, si la cuestión es de gran relevancia y calado es porque las opiniones en conflicto no reconocen que la contraparte puede tener razón (y difícilmente pueden hacerlo, dado que cualquier enunciado normativo requiere que quien lo formula lo acompañe de una pretensión de validez del mismo). El pluralismo es, pues, una teoría *prominentemente sociológica*, no una teoría normativa, y consecuentemente, no una teoría *jurídica*. La crítica se puede articular en tres rubros: el pluralismo 1) no da cuenta de la integración de los ordenamientos nacionales en el comunitario; 2) contribuye en escasa medida a guiar la argumentación jurídica y práctica en general sobre los conflictos constitucionales europeos; 3) no presta suficiente atención a sus propios límites en tanto que teoría jurídica.

La tesis pluralista tiene que explicar porque las reglas de conflicto nacionales y europea se solapan excepción hecha de las situaciones en las que entra en conflicto una norma constitucional nacional; como hemos observado, la teoría de la primacía comunitaria asume que la creciente homogeneidad práctica de ambas reglas de conflicto deriva de la primacía de la regla de conflicto europea, a la que se ajustan las reglas nacionales de conflicto de

forma paulatina; pero tanto la teoría de la primacía nacional como la tesis pluralista no pueden valerse de esta hipótesis, y tienen que dar cuenta del proceso de convergencia en ausencia de una regla de conflicto última y suprema. Dicho de otro modo, si en un conflicto en el que está en juego una norma constitucional nacional la pluralidad de reglas de conflicto es normal, ¿por qué no lo es en las restantes situaciones de conflicto, es decir, en lo que concierne a los conflictos infraconstitucionales? ¿Qué conduce a que tanto la regla de conflicto nacional como la europea afirmen resultados prácticos idénticos en ausencia de la disciplina homogeneizadora del sistema europeo?⁸⁰

Como era el caso con la teoría de la primacía constitucional nacional, la tesis *pluralista* tiene que justificar la tesis de los dos ordenamientos. Como ya quedó indicado, jueces, funcionarios y ciudadanos aceptan sistemáticamente la validez de normas que la contradicen abiertamente o el control descentralizado de la constitucionalidad europea, como predice necesariamente la teoría pluralista.

La teoría pluralista contribuye poco o nada a la teoría de las relaciones entre los dos ordenamientos si el objetivo de la misma es la construcción de un marco que sirva de guía al razonamiento jurídico sobre la cuestión. Y ello en tanto que la cadena de argumentación jurídica se quiebra una vez que asumimos que un mismo supuesto puede estar gobernado por normas *contradictorias* entre sí. Dicho de otro modo, la afirmación de una pluralidad de posibles reglas de conflicto dependiendo de la perspectiva que se adopte es sencillamente una conclusión imposible desde una *perspectiva interna* a la argumentación jurídica⁸¹. Si afirmamos la existencia de dos soluciones contradictorias y simultáneamente válidas, estamos presuponiendo no sólo que hay dos ordenamientos jurídicos, sino que los jueces pueden asumir que a una misma situación de hecho le sean aplicables dos normas contradictorias, dependiendo del ordenamiento jurídico desde el que se resuelva la cuestión. Pero la argumentación jurídica no puede sino pretender reducir a sistema la totalidad de las normas que sean aplicables a un mismo territorio y en un mismo momento temporal. Esa pretensión no es resultado del nacionalismo o estatismo metodológico, sino de la propia gramática, si se me permite la expresión, de la argumentación jurídica. En tanto que argumentación normativa, la argumentación jurídica no

⁸⁰ Los defensores de la primacía comunitaria podrían argüir que una vez que esclarezcamos los factores que explican esa convergencia, y las razones por las que está justificada normativamente, tendríamos que concluir que esos factores y esas razones hacen posible y justifican la adopción de una regla de conflicto única también en las situaciones de conflicto constitucional límite, lo que constituiría una razón adicional para la crítica a la tesis pluralista.

⁸¹ No se quiere decir con ello que esa afirmación sea absurda o irrelevante; es, por decirlo brevemente, esencialmente correcta desde la perspectiva de la sociología del derecho europeo. Pero de ella no se deriva ningún argumento jurídico válido.

puede concluir que dos normas pueden ser simultáneamente válidas si sus contenidos normativos se contradicen. Si así lo hiciera, no podría desempeñar eficazmente sus funciones sociales, ni mantener la pretensión de corrección que distingue a todo ordenamiento jurídico⁸².

Una condición esencial para que el derecho pueda desempeñar sus tareas como medio de integración social es que las normas jurídicas determinen de forma no contradictoria lo que hemos de hacer, nos está prohibido o permitido⁸³. Si concluimos que de conformidad con el derecho vigente, una acción está permitida y prohibida al mismo tiempo, el derecho no resolverá, sino que agravará, nuestros problemas cognitivos; al tiempo que desincentivará su propio cumplimiento, al generar incertidumbre acerca de la conducta previsible de los demás sujetos al derecho; no sólo nos sentiremos tentados a «elegir» cumplir con la interpretación en conflicto más ajustada a nuestros propios intereses, sino que tendremos dudas más que legítimas acerca del curso de acción que seguirán los demás. En tal caso, es dudoso que tenga sentido cumplir con lo mandado por el derecho, dado que el derecho muy probablemente no será un medio eficaz de integración social, al demostrarse incapaz de lograr sus objetivos sociales (muy especialmente en lo relativo a la coordinación de acciones). En suma, si no es posible reducir a sistema el derecho en su conjunto, si no es posible interpretar de forma coherente los contenidos normativos que se consideran vigentes en un sistema, si las contradicciones no son meros fenómenos marginales, sino que son frecuentes, o afectan a normas centrales del sistema, la capacidad integradora del derecho se verá seriamente mermada, cuando no arruinada.

Además, en la medida en la que aceptemos que la integración social depende en último extremo «de la aceptabilidad de pretensiones de validez»⁸⁴, y consecuentemente, de que los sujetos al derecho puedan reconciliar su autonomía personal con el cumplimiento de lo establecido por las normas jurídicas, tendremos que concluir que las normas jurídicas han de ser reducidas a sistema. Por la sencilla razón

⁸² ALEXY, Robert, «The Special Case Thesis», 12 (1999) *Ratio Juris*, pp. 374-84.

⁸³ Con ello no se quiere negar que no existan casos difíciles, en los que pueden existir dudas más que legítimas acerca de cómo hemos de reconstruir o interpretar el derecho, que en algunos supuestos las normas jurídicas *a priori* aplicables no parezcan en modo alguno haber sido pensadas para supuestos de hecho como el que nos ocupan (las llamadas «lagunas del derecho») o incluso que las normas jurídicas entren en conflicto. Pero las penumbras jurídicas, a las que no es ajeno el lenguaje natural en el que formulamos las normas, no son un problema estructural en la medida en la que el derecho cuenta con mecanismos institucionalizados para arrojar luz sobre su propio significado.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1999, p. 148; ALEXY, Robert, «Discourse Theory and Human Rights», 9 (1996) *Ratio Juris*, pp. 209-35 y BOROWSKI, Martin, «Discourse Theory in International Law: Human Rights through discourse», 44 *German Yearbook of International Law*, pp. 38-71.

de que es imposible reconciliar la autonomía personal con la prescripción simultánea de normas de acción contradictorias de manera sistemática, a menos que asumamos la irracionalidad de la obligación política también de manera sistemática⁸⁵. Al mismo tiempo, el carácter normativo del derecho simplifica la tarea de reducir el ordenamiento jurídico a sistema, especialmente cuando ese carácter normativo se operacionaliza en un sistema jurídico constitucionalizado, en el que las normas constitucionales se convierten en parámetro de constitucionalidad de las restantes normas, y por tanto, irradian su fuerza normativa sobre el conjunto del mismo, lo que predetermina y simplifica la tarea de reducción a sistema⁸⁶.

Que los juristas seamos conscientes de que el derecho no se cumplirá en todos y cada uno de los casos, o de que persistirán discrepancias acerca de la regla que haya de resolver un conflicto normativo, no justifica que prescindamos del concepto de validez jurídica como dependiente de la reducción a sistema de las normas jurídicas (algo a lo que conduce inexorablemente la tesis pluralista). En ese caso no sólo abriremos la puerta a las contradicciones lógicas y haremos difícil el conocimiento mismo del derecho, sino que estaremos contradiciendo un principio implícito en la forma del derecho, es decir, el principio de igualdad ante el derecho.

El derecho comunitario no perderá su efectividad social porque ocasionalmente se produzcan conflictos constitucionales europeos que bien no sean resueltos o lo sean mediante medios distintos al derecho. Pero si los conflictos socio-económicos en torno al contenido de determinadas normas comunitarias se traducen sistemáticamente al lenguaje de los derechos fundamentales, y se reformulan en términos de un conflicto entre derecho comunitario y derecho constitucional nacional, la posibilidad de que la capacidad de integración del derecho comunitario se quiebre aumentara exponencialmente, precisamente por las razones aducidas por los defensores de la primacía comunitaria (cfr. § 25). El pluralismo contribuye a nuestra comprensión del derecho en general y del derecho comunitario en particular al recordarnos los límites del medio en la integración social. Pero es pertinente que nos preguntemos si *convertir esos límites en parte central de la argumentación jurídica* no conduce inexorablemente a aumentar la proporción y tamaño de tales límites, y en concreto, a reducir la capacidad integradora del propio derecho.

⁸⁵ BESSON, *op. cit.* 69, p. 272.

⁸⁶ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; véase también KUMM, Mattias, «Who is Afraid of the Total Constitution?», en MENÉNDEZ, Agustín José y ODDVAR ERIKSEN, Erik, *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht, Springer, 2006, pp. 113-38.

II. UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL ALTERNATIVA: LA TEORÍA DE LA SÍNTESIS CONSTITUCIONAL

1. Definición

La teoría de la síntesis constitucional afirma, de modo semejante a la teoría de la primacía comunitaria, que los conflictos constitucionales europeos deben ser resueltos aplicando una regla de conflicto comunitaria que asigne prioridad al derecho comunitario frente al derecho constitucional nacional. Ello presupone 1) la afirmación de la unidad estructural de todas las normas comunitarias y nacionales, y por tanto, el rechazo de la tesis de los dos ordenamientos característica de la teoría de la primacía nacional; pese a ello, la teoría de la síntesis constitucional comparte con esta última las dudas acerca de la asignación de prioridad normativa *tout court* al derecho constitucional comunitario en la medida en la que tal primacía sólo es justificable si 2) se eluciden las bases normativas del proceso de integración en sí mismo, y en concreto, el papel que desempeña el colectivo de cláusulas constitucionales de integración como *mandato de integración supranacional*, y se caracteriza 3) el derecho constitucional comunitario como derecho constitucional común a los Estados Miembros, parcialmente positivizado en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas; y 4) se afirma el método crítico comparado como criterio para determinar cuál sea la norma común a las citadas tradiciones constitucionales comunes; los pasos 3) y 4) implican reformular los conflictos constitucionales europeos como conflictos horizontales en los que las normas constitucionales nacionales mutuamente incompatibles compiten por convertirse en *la* norma de derecho constitucional común. Afirmar la primacía del derecho comunitario es lo mismo que defender la primacía de las tradiciones constitucionales nacionales sustentadas en mejores razones «europeas», capaces de trascender los valores éticos del propio ordenamiento jurídico, frente a una o varias tradiciones constitucionales nacionales idiosincráticas. A ello se añade que 5) la teoría de la síntesis constitucional sostiene que una de las razones que justifican la premisa de que la estructura institucional de la Unión Europea es incompleta es precisamente la ausencia de una norma incontrovertida que asigne a una institución, y solo a una, el poder último de resolver los conflictos constitucionales europeos; de ello no se deriva, tal y como afirma la teoría del pluralismo, que la regla de conflicto aplicable depende de la perspectiva desde la que se contemple el conflicto, sino que la teoría de la síntesis constitucional es meramente una teoría incompleta, en la medida en la que sus necesarias implicaciones institucionales no han sido positivizadas. En tales circunstancias no puede ser sino una teoría estructural acerca del contenido sustantivo del derecho constitucional europeo.

La teoría de la síntesis constitucional afirma que la totalidad de las normas válidas del ordenamiento comunitario y de los ordenamientos nacionales han de ser reducidas a un único sistema. El fundamento de tal conclusión es similar al ya referido al describir la teoría de la primacía comunitaria.

La primacía comunitaria tiene dos fundamentos principales, estrechamente relacionados entre sí: 1) el mandato constitucional de integración supranacional contenido sea explícita, sea implícitamente en las leyes fundamentales de todos los Estados Miembros y 2) que la integración supranacional es una condición necesaria para la realización del principio democrático en las presentes condiciones sociales y económicas.

1) En primer lugar, la primacía comunitaria deriva del mandato constitucional de integración supranacional contenido de forma expresa o implícita en todas las leyes fundamentales nacionales. El punto de partida de este argumento son las innovadoras *cláusulas de apertura* de las constituciones nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea. Las leyes fundamentales de tres de los seis Estados fundadores de la Comunidad del Carbón y del Acero, y cinco de los seis de los Estados fundadores de la Comunidad Económica Europea y del Euroatom contenían disposiciones radicalmente novedosas en el panorama constitucional comparado acerca de la relación entre el Estado y la comunidad internacional⁸⁷. Una vez creada la estructura institucional europea, las cláusulas generales de integración han sido progresivamente sustituidas por cláusulas «europeas» específicas, las cuáles han sido también progresivamente adoptadas por los Estados

⁸⁷ Cfr. Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946, artículo 11 de la Constitución Italiana de 1947 y artículo 24 de la Ley Fundamental Alemana de 1949; la Constitución Holandesa fue reformada en 1953, siendo las cláusulas relevantes los entonces artículos 67 y 63; la Constitución de Luxemburgo fue reformada en 1956, fecha en la que se insertó un nuevo artículo 49a que contenía una cláusula de integración. Podría objetarse que las citadas disposiciones contienen meras referencias genéricas a «instituciones supranacionales» y no, como es el caso de las cláusulas específicamente europeas, al proceso de integración derivado de los tres tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Sin embargo, lo decisivo no es la referencia nominal a las Comunidades Europeas, sino el modelo constitucional que subyace a estas cláusulas. Es obvio que en el caso francés, italiano y alemán, la alusión específica era simplemente imposible en la medida en la que las leyes fundamentales nacionales fueron escritas antes de que se crearan las Comunidades Europeas, y mucho antes de que existiera constancia de que el proyecto surgido de los Tratados de París y de Roma se convertiría en *el* proyecto de integración europea de entre los numerosos candidatos (sobre la proliferación de organizaciones supranacionales orientadas a la integración, cfr. HAAS, Ernst, «The United States of Europe», 48 (1948) *Political Science Quarterly*, pp. 528-550). Si, y solo si, las cláusulas de apertura eran suficientemente abstractas y generales podrían servir para ratificar todos los tratados que fuera menester, a la búsqueda de un marco institucional y sustantivo con capacidad de convertirse en *el* proyecto integrador de Europa. De hecho, la referencia a organizaciones «internacionales» o «de derecho internacional público» es testigo de la esperanza de que la integración pudiera articularse a través de las Naciones Unidas o una organización similar.

Miembros que han ido accediendo a la Unión Europea⁸⁸. La novedad de estas cláusulas radica en que no se limitan a regular la posición del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno (esencialmente, del modo en que los tratados internacionales han de ser negociados, firmados y ratificados, y de la posición que ocupan los mismos en la jerarquía normativa nacional), tal y como hacen las típicas cláusulas internacionales que pueden encontrarse en todas las constituciones modernas. Antes al contrario, las cláusulas de apertura supranacional requieren la participación activa del Estado en instituciones internacionales *multilaterales*, algo que implica el *ejercicio colectivo* de los poderes públicos, y por tanto, la trascendencia del carácter *exclusivamente nacional* del poder político constituido y regulado por la propia ley fundamental. Constituyen pues la positivización de la obligación de establecer instituciones internacionales y producir normas comunes con el objetivo de resolver conflictos y coordinar acciones de modo que sea posible la satisfacción del interés común más allá de las fronteras nacionales. Estas cláusulas son el fruto tardío de las concepciones democráticas (y cosmopolitas) elaboradas en el período de entreguerras⁸⁹, por lo que guardan una estrecha relación con el segundo fundamento de la primacía comunitaria de conformidad con la tesis de la síntesis constitucional: la realización del principio democrático.

2) En segundo lugar, la teoría de la síntesis constitucional defiende que la primacía comunitaria deriva de la necesidad de crear instituciones y procedimientos de toma de decisiones de ámbito supranacional para asegurar la realización del principio democrático en las condiciones sociales y económicas actuales. La primacía comunitaria es condición necesaria para trascender el paradigma de la *democracia en un solo país* a favor de la *democracia supranacional que haga posible la democracia nacional*. Los cambios sociales, económicos y tecnológicos que tuvieron lugar en los siglos XIX y XX aumentaron el grado de interdependencia en Europa. Paradójicamente, a medida que los europeos se vieron crecientemente afectados por las acciones y decisiones de los nacionales de otros Estados, y consecuentemente, a medida que aumentaba la dependencia de la efectividad del poder público de cada estado en la coordinación de su ejercicio con los demás estados, se reafirmó con mayor contundencia la pretensión de

⁸⁸ Véase bibliografía referida en nota 32.

⁸⁹ KELSEN, Hans, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit internationale public» 14 (1926) *Recueil des Cours*, pp. 227-331; STARKE, Joseph Gabriel, «Monism and Dualism in the Theory of International Law», 17 (1936) *British Yearbook of International Law*, pp. 66-81; MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, «Droit International et droit constitutionnel», 38 (1938) *Recueil des Cours*, pp. 311-463; CAMPAGNOLO, Umberto, *Nations et Droit*. Paris, ALCAN, Felix, 1938. Sobre la propuesta Briand de Unión Europea, véanse los documentos contenidos en MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, y SCALLE, Georges (eds.). *L'Union Européenne*, Paris, Librairie Delagrave, 1931.

auto-suficiencia (económica, social y también jurídica) de los Estados nacionales. A consecuencia de ello, los ciudadanos de cada Estado Miembro se vieron directamente afectados no sólo por las leyes nacionales, sino cada vez más por las leyes de los Estados vecinos. O dicho de otro modo, el sistema de Estados nacionales estaba caracterizado por un *déficit democrático* estructural al propio concepto de Estado absolutamente soberano. Un sistema europeo de Estados soberanos implicaba un agudo desajuste estructural entre aquellos con derecho a participar en el proceso de deliberación y toma de decisiones sobre las leyes, y aquellos cuya vida diaria se veía afectada directamente por las mismas. En muchos ámbitos de la regulación social y económica, la cacofonía de leyes nacionales ocultaba la impotencia de los Estados nacionales. Impotencia que quedó demostrada primero en lo relativo a la gestión macroeconómica, tras la crisis de 1929, y posteriormente en lo atinente a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. No sólo las débiles democracias fueron presa de movimientos políticos autoritarios *nacionales*, sino que la agresividad de las pujantes dictaduras acabó sumergiendo a Europa en una guerra de consecuencias catastróficas⁹⁰. De la experiencia histórica de la primera mitad del siglo xx en Europa, se deriva claramente que en ausencia de instituciones supranacionales en un contexto de intensa interdependencia, es imposible realizar los objetivos afirmados en las constituciones nacionales, y muy especialmente, el principio democrático. La democracia no es posible en un solo país, con independencia de lo avanzada o perfecta que sea su constitución; es necesaria una estructura institucional y un proceso de toma de decisiones supranacional que permita decidir democráticamente las cuestiones supranacionales. Una vez que existen intereses comunes, las instituciones comunes y los procesos comunes de adopción de normas son una obligación, no una posibilidad sobre la que los ciudadanos hayan de pronunciarse⁹¹. El cumplimiento de esta obligación es una condición necesaria, pero no suficiente, para la realización del principio democrático⁹². Su pleno cumplimiento depende de las características de la estructura institucional y el ordenamiento jurídico supranacional, cuestiones de las que me ocupo en los párrafos siguientes.

⁹⁰ Cfr. SPINELLI, Altiero, «The Growth of the European Movement since World War II», in Charles Grove Haines (ed.), *European Integration*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1957, pp. 37-63, p. 53.

⁹¹ Cfr. KANT, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 139-40: «El derecho público (...) es, por tanto, un sistema de leyes para un pueblo, es decir, para un conjunto de hombres, o para un conjunto de pueblos que, encontrándose entre sí en una relación de influencia mutua, necesitan un estado jurídico bajo una voluntad que los unifique, bajo una constitución (*constitutio*) para participar de aquello que es derecho».

⁹² RAWLS, John, *A Theory of Justice*. Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 115.

La teoría de la síntesis constitucional afirma que el componente principal («the deep constitution», en los términos del juez Lenaerts)⁹³ del derecho constitucional europeo es el derecho constitucional común de los Estados Miembros (en la jerga del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros). Además, que el fundamento de validez del derecho comunitario derive colectivamente de las constituciones nacionales implica que el derecho constitucional comunitario no ha de ser concebido como un derecho autónomo de nuevo cuño, sino como la síntesis de los derechos constitucionales nacionales.

La definición del derecho constitucional europeo como derecho constitucional común a los Estados Miembros es la condición necesaria para la simultánea satisfacción 1) del mandato de primacía de la constitución nacional en tanto que expresión última del principio democrático y 2) del mandato de integración. En ausencia de un proceso en el que los ciudadanos europeos ejerzan democráticamente sus facultades constituyentes, ambos mandatos han de ser reconciliados satisfactoriamente.

La primacía de la constitución nacional tiene su equivalente funcional en un contexto de integración supranacional en la exigencia de *identidad sustancial* de las normas constitucionales del ordenamiento supranacional y las normas constitucionales de cada uno de los ordenamientos nacionales, de lo que se deriva la definición del derecho constitucional europeo como derecho constitucional común a los Estados Miembros. Tal identidad es el fundamento explícito de la legitimidad democrática del derecho constitucional comunitario. El argumento se construye en tres pasos. En primer lugar, las normas constitucionales de cada uno de los Estados Miembros cuentan con una *legitimidad democrática reforzada*, bien sea por ser expresión de la voluntad constitucional nacional forjada a través de procesos constituyentes, o bien por haber adquirido el respaldo de la voluntad constitucional nacional con el paso del tiempo, habiendo sido la misma puesta a prueba en diversas situaciones de crisis de la comunidad política nacional. En segundo lugar, la identidad sustancial entre derecho constitucional comunitario y derecho constitucional común a los Estados Miembros implica que la validez de toda norma comunitaria dependerá de su compatibilidad e interpretación conforme con las normas constitucionales europeas (es decir, con el derecho constitucional común europeo). En tercer lugar, la conformidad de las normas comunitarias con el canon de constitucionalidad europeo implica que las normas constitucionales nacionales que componen tal canon de constitucionalidad irradian su legitimidad democrática a todas las normas comunitarias. Y ello en la medida en la que la validez de todas y cada una de las normas de derecho comunitario derivado dependerá

⁹³ LENAERTS, Koen, «Le droit compare dans le travail du juge communautaire», 37 (2001) *Revue Trimestrelle du Droit Européen*, pp. 487-527, p. 492.

de que se ajusten a las normas constitucionales de derecho comunitario (es decir, a las normas comunes a las constituciones nacionales), lo que asegura que las normas de derecho comunitario derivado se beneficien de un módico de legitimidad democrática en la medida en la que se interpreten y apliquen de conformidad con los principios básicos del derecho constitucional comunitario; esos principios *irradiarán* en tal caso su legitimidad democrática a las normas de derecho comunitario en su conjunto. De este modo, la teoría de la síntesis constitucional identifica una alternativa en términos de legitimidad democrática al constitucionalismo democrático (sea mediante un proceso constituyente o mediante la evolución constitucional): la síntesis constitucional. En términos negativos, la teoría de la síntesis constitucional descarta la existencia de un fundamento de la legitimidad y validez del derecho comunitario externo a las constituciones nacionales. Por una parte, es inviable buscar el fundamento de la primacía comunitaria en un acto constituyente democrático, porque los ciudadanos europeos no han ejercido colectivamente su poder constituyente. Por otra parte, la asignación de un papel constituyente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal y como ha sido aplicada por los tribunales nacionales infraconstitucionales, es implausible por la total carencia de legitimidad democrática de tal opción.

Al mismo tiempo, el mandato de integración exige la definición de un canon de constitucionalidad europea único que haga posible la realización de los valores constitucionales nacionales en una escala supranacional. En términos negativos, la teoría de la síntesis constitucional implica descartar la consideración del derecho constitucional europeo como expresión del principio de respeto mutuo (de lo que Weiler ha denominado el principio de «tolerancia constitucional»)⁹⁴, y por tanto, la definición concreta del derecho constitucional común como un derecho constitucional de mínimos. Tal caracterización frustraría los objetivos constitucionales que subyacen a las cláusulas nacionales de integración supranacional (la integración en un ordenamiento supranacional, y no el respeto mutuo, es la condición necesaria para la realización supranacional de los objetivos constitucionales nacionales)⁹⁵, y es incapaz de dar cuenta de la fenomenología del derecho comunitario, de forma semejante a lo que es el caso con la teoría de la primacía nacional. En términos positivos, la teoría de la síntesis cons-

⁹⁴ WEILER, *op. cit.* 50.

⁹⁵ Ésta es la intuición clave que subyace a la disciplina contenida en la ley fundamental holandesa, al preverse un procedimiento específico de ratificación en los supuestos en los que se prevea que el desarrollo del ordenamiento internacional exigirá dejar sin aplicación algunas disposiciones de la propia constitución. O al procedimiento que tanto la Constitución luxemburguesa de 1956 como la francesa de 1958 contemplan para los supuestos en los que se estime que existe un conflicto entre el derecho comunitario y la ley nacional. De hecho, las sucesivas enmiendas de los Tratados han dado lugar a varias reformas de las constituciones nacionales *con el objetivo de hacerlas conformes* con el derecho comunitario.

titucional pone de relieve que la verdadera naturaleza de lo que formalmente es un conflicto «vertical» entre derecho constitucional comunitario y derechos constitucionales nacionales es la de un conflicto «horizontal» entre normas constitucionales nacionales mutuamente incompatibles entre sí, que entran en competición por definir *cuál sea el contenido concreto del derecho constitucional común europeo*. Tal conflicto ha de ser resuelto favoreciendo la norma constitucional cuya consistencia o coherencia con el ordenamiento comunitario en su conjunto sea superior. Ello requiere considerar los argumentos a favor y en contra de las distintas normas constitucionales nacionales, prefiriendo los argumentos de consistencia y coherencia con el ordenamiento supranacional a aquellas meramente nacionales. Ello implica que el conflicto habrá de ser resuelto mediante una comparación crítica de las normas nacionales concurrentes, en atención a los principios constitucionales comunitarios y los objetivos del proceso de integración comunitaria.

La conciliación de ambos mandatos resulta en un número reducido de conflictos constitucionales dada la afinidad estructural entre los ordenamientos de los Estados Miembros. En primer lugar, las Comunidades Europeas se definieron desde su fundación como una comunidad de la que sólo podrían ser miembros los Estados con un sistema político democrático, y en los que estuviera garantizada la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos⁹⁶. Ello no implica mecánicamente el respeto efectivo de los derechos, pero sí reduce las diferencias estructurales entre las leyes fundamentales de los Estados Miembros. En segundo lugar, la Convención Europea de Derechos Humanos, y muy especialmente, las instituciones creadas para asegurar su efectividad, la (hoy extinta) Comisión y el Tribunal, han contribuido a la elaboración de un conjunto preciso y detallado de normas iusfundamentales comunes a todos los Estados Miembros; esa tarea ha sido liderada por algunos tribunales constitucionales nacionales, y ha sido complementada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, especialmente en lo relativo a la ponderación de los derechos fundamentales de carácter patrimonial con los bienes colectivos fundamentales realizados mediante políticas regulatorias.

La tesis de la síntesis constitucional ha de especificar la relación en la que se encuentran el derecho constitucional común de la Unión Europea y los tratados fundacionales de las Comunidades Europeas, en la medida en la práctica habitual se considera a estos últimos como la «constitución» de la Unión Europea⁹⁷.

⁹⁶ Cfr. MENÉNDEZ, Agustín José, «Human Rights: The European Charter of Fundamental Rights» en CARLSNAES, Walter; SJURSEN, Helene, y WHITE, Brian (eds.), *Contemporary European Foreign Policy*, London, Sage Publishers, 2004, pp. 239-51.

⁹⁷ Así, el Abogado General Lagrange afirmó que el Tratado CECA había de caracterizarse como «the Charter of the Community from the material point of view (...) even though concluded in the form of a Treaty» [Conclusiones en el asunto 8/55,

La identificación de los Tratados fundacionales con la constitución de la Unión Europea es la formulación errónea de una intuición correcta, a saber, que desde su constitución en 1951, el derecho comunitario forma un sistema jurídico constitucional en el que se integran los ordenamientos nacionales. Pese a ello, es erróneo identificar el derecho constitucional comunitario con los Tratados. Por una parte, los Tratados no enuncian todas las normas constitucionales comunitarias; no sólo no enuncian la mayoría cuantitativa de las mismas, sino que hasta fechas relativamente recientes, ni siquiera las más importantes sustantiva y axiológicamente. Así, 1) los principios estructurales que gobiernan las relaciones con los ordenamientos nacionales (las doctrinas del efecto directo y de la supremacía) no sólo no se recogían en la primera versión de los Tratados, sino que siguen sin recogerse en el texto de los mismos; 2) un principio sustantivo esencial, como al protección de los derechos fundamentales, sólo contó con un reflejo (si bien muy limitado) en el texto de los Tratados a partir del Acta Única, y con un enunciado expreso a partir del Tratado de Maastricht. Por otra parte, es obvio que los Tratados contienen una multitud de normas cuya caracterización como constitucionales es más que dudosa. El uso de la forma del tratado internacional hizo inevitable la acumulación en los Tratados fundacionales de normas de muy variado rango legal. Pese a ello, sería un error negar que los Tratados constituyen una parte importante de la constitución material de la Unión Europea. En concreto, la tesis de la síntesis constitucional considera que los Tratados son una elucidación parcial del derecho constitucional común de la Unión Europea especificado en el contexto concreto del proyecto de integración europea, en el que los estados se integran sin renunciar a su propia identidad constitucional y política. Las Comunidades

Federation Charbonnière de Belgique v. High Authority, (1954-56) ECR 292]. El Tribunal Constitucional alemán fue de una opinión semejante en 1967, al afirmar que las Comunidades Europeas tendrían una constitución propia contenida en los Tratados [Cf. 22 BVerfGE 293, p. 296. Cito de MANFRED ZULEEG, «The European Constitution under Constitutional Constraints: the German scenario», 22 (1997) *European Law Review*, pp. 19-29]. El Tribunal de Justicia defendió explícitamente la lectura de los Tratados en clave constitucional en 1986: «[T]he European Community is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter of the Treaty» (Cfr. Asunto 294/83, *Parti écologiste «Les Verts» v European Parliament*, sentencia de 23 de abril de 1986, (1986) ECR 1357, par. 23). Los académicos han anticipado y se han hecho eco de esta caracterización (así, VAN GERVEN, Walter, «Toward a Coherent Constitutional Order within the European Union», in *Die Verfassung der Europäischen Union*, Bonn, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 1995, pp. 11-62, pp. 12 y 25ff.), con tal intensidad que WEILER, Joseph, afirmó ya hace años que «one of the great perceived truisms, or myths, of the European Union legal order is its alleged rupture with, or mutation from, public international law and its transformation into a *constitutional legal order*» (WEILER, Joseph, «The autonomy of the Community legal order», ahora recogido en WEILER, Joseph, *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 295).

Europeas son un intento de trascender el sistema de Estados nacionales autistas en el ejercicio de sus poderes sin crear un Estado federal europeo, sino un nuevo orden constitucional europeo, cuyo contenido se *presumirá* derivado de las tradiciones constitucionales nacionales, si bien no se procederá a su codificación completa. Sólo los principios y reglas necesarios para la realización de los objetivos inmediatos de las Comunidades fueron *positivizados* en los Tratados fundacionales (o en las sucesivas rondas de reforma de los Tratados). La destilación de las tradiciones constitucionales comunes, y de sus implicaciones concretas, se dejó en manos de los tribunales encargados de asegurar el respeto del derecho comunitario y nacional.

Dado el carácter institucionalmente incompleto de la Unión Europea, y dado que el derecho constitucional europeo no asigna de forma conclusiva el poder de decisión último al Tribunal de Justicia (ni tampoco a los tribunales constitucionales nacionales), la teoría de la síntesis constitucional determina la estructura del razonamiento mediante el que han de resolverse los conflictos constitucionales europeos, pero no predetermina a quién haya de corresponder la autoridad última de resolver los conflictos constitucionales europeos.

Pero, a diferencia de la teoría de la primacía comunitaria *estándar*, la tesis de la síntesis constitucional se ocupa de esclarecer las razones y las implicaciones de esa primacía. En primer lugar, es conveniente observar que el conflicto entre una norma comunitaria de rango legal y una norma de rango constitucional nacional implica un conflicto entre la norma constitucional nacional y la norma o normas constitucional/es comunitaria/s sobre la que se fundamenta la norma comunitaria de rango legal. En segundo lugar, el derecho constitucional de la Unión Europea no es en modo alguno un conjunto de normas *autónomas e independientes* de las normas constitucionales nacionales. Antes al contrario, el componente sustantivo de mayor importancia normativa no es otro que *el derecho constitucional común de los Estados Miembros*. Siendo esto así, el conflicto entre una norma constitucional comunitaria y una norma constitucional nacional es un conflicto entre una norma constitucional nacional y el derecho constitucional común de los Estados Miembros, que vendrá definido bien por la norma contenida en una amplia mayoría de las constituciones nacionales, o bien por la norma contenida en algunas constituciones nacionales, pero que esté respaldada por argumentos convincentes en el contexto de la integración supranacional. En tercer lugar, la afirmación de una regla de primacía del derecho comunitario en tanto que primacía del derecho constitucional común no sólo ha de interpretarse como *permitida* por las cláusulas de apertura de las constituciones nacionales, sino *exigida* por las mismas.

Como he defendido en este artículo, la teoría de la síntesis constitucional identifica un equivalente normativo a la constitución de una comunidad política mediante el ejercicio del poder constituyente democrático. La definición del canon de constitucionalidad europeo

mediante referencia al derecho constitucional de los Estados que se integran supranacionalmente permite conciliar el mandato de primacía de la constitución y de creación de instituciones y procesos de toma de decisiones supranacionales. Al mismo tiempo, la teoría de la síntesis constitucional predice que la legitimidad democrática de la comunidad supranacional así creada tenderá a reducirse con el paso del tiempo, a menos que se produzca un ulterior ejercicio del poder constituyente democrático de los ciudadanos. Y ello porque la legitimidad democrática que proporciona la síntesis constitucional es, necesariamente, provisional, y su fuerza se debilita con el paso del tiempo, dado 1) el carácter no escrito, o cuando menos no explícito, del canon colectivo de constitucionalidad europea y 2) las diferencias estructurales y sustantivas del proceso de elucidación del derecho constitucional común.

1) La primera razón reside en la naturaleza no escrita (o cuando menos no explícita) de las tradiciones constitucionales comunes en cuanto canon colectivo de constitucionalidad, que aumenta la discrecionalidad de los operadores del derecho a la hora de tomar decisiones. El hecho de que el derecho constitucional común europeo sea una fuente alternativa de legitimidad democrática en ausencia de un proceso constituyente a escala europea implica necesariamente que el contenido preciso de tal derecho constitucional común no haya sido positivizado durante el proceso de constitución de las Comunidades Europeas. Ciertamente, las normas constitucionales de cada Estado Miembro son, con una sola excepción –en si misma discutible–⁹⁸ normas escritas (aunque en más de un supuesto será necesario reconstruir, a partir de la práctica constitucional, legislativa y jurisprudencial nacional las normas materialmente constitucionales de cada ordenamiento); y la idea misma de derecho constitucional común conduce a definir un método de conformidad con el cual han de seleccionarse las normas comunes de entre las normas nacionales en conflicto (§ 45). Ello no es óbice para que sea necesario determinar de forma precisa en cada caso concreto el contenido de las normas constitucionales comunes. Si se me permite emplear una metáfora, jueces, funcionarios y ciudadanos europeos tendrán a su disposición las piezas del puzzle constitucional europeo, así como las instrucciones del puzzle; pero aún les quedará por efectivamente resolver el puzzle.

2) A ello se añade que existen razones estructurales y sustantivas que aumentan la discrecionalidad de los operadores del derecho al elucidar el contenido del derecho constitucional común, tanto en términos estructurales como sustantivos.

⁹⁸ Sobre el particular, véase la sentencia *John MacDonald MacCormick vs. Lord Advocate*, 1953 S.C. 396 (Court of Session) y el argumento de MACCORMICK, Neil D., en «Does the United Kingdom have a Constitution? Reflections on MacCormick vs. Lord Advocate», *Northern Ireland Legal Quarterly* 29 (1978) pp. 1-20.

1. Por lo que se refiere a los primeros (los términos estructurales):

a) las posibles diferencias sustantivas entre las tradiciones constitucionales nacionales obligan al operador del derecho a determinar el contenido del derecho constitucional europeo recurriendo al método comparado crítico, favoreciendo la solución propuesta por algunas constituciones en detrimento de otras, o combinando las soluciones nacionales.

b) las normas constitucionales nacionales, aún si son semejantes o cuando menos equivalentes, habrán sido formuladas con el objetivo de servir de marco constitucional *nacional*; pero al aplicar el derecho comunitario, lo que se hace es determinar el contenido del derecho constitucional común en tanto que marco constitucional *del proceso de integración*, lo que hace inevitable la adaptación de las soluciones constitucionales nacionales.

2. Y en términos sustantivos:

a) el carácter *parcialmente no escrito* de las tradiciones constitucionales comunes, que deriva de la ausencia de un proceso constituyente a escala europea, obliga al operador del derecho a realizar toda interpretación constitucional sin poder referirse a los debates constituyentes, que en el ámbito constitucional nacional son un instrumento interpretativo clave;

b) la *debilidad* del proceso político europeo elimina un segundo referente esencial en el proceso de interpretación de las constituciones nacionales; tal debilidad se debe al diseño constitucional del proceso ordinario de toma de decisiones, que no sólo desincentiva la europeización de las esferas públicas nacionales, sino que fragmenta o elimina la publicidad de los debates legislativos.

Estas características estructurales y sustantivas del derecho constitucional común aumentan considerablemente el riesgo de que la interpretación de las tradiciones constitucionales comunes que hagan los legisladores, y muy especialmente, los jueces, erosione las capacidades legitimadoras de las tradiciones constitucionales comunes. Ello sucederá cuando la interpretación que se ofrezca de tales tradiciones constitucionales comunes sea *incompatible* con la lectura sistemática de las normas constitucionales nacionales⁹⁹. Ciertamente, es habitual

⁹⁹ Así, por ejemplo, en el caso C-196/04, *Cadbury*. El grupo Schweppes impugnó la liquidación del impuesto de sociedades del fisco británico alegando que la inclusión de los beneficios de una de las filiales irlandesas era contraria a la libertad de establecimiento (pese a que la existencia misma de esas filiales tenía una motivación esencialmente fiscal). El Tribunal determinó en su fallo que tan sólo en el supuesto de que se tratara de «montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado» era imposible exigir el pago del impuesto de sociedades sobre los beneficios de las filiales controladas (§ 55). No habrá tal montaje si «la citada sociedad controlada está implantada realmente en el Estado miembro de acogida y ejerce en él actividades económicas efectivas» (§ 65), tal y como atestigüen, «elementos objetivos y verificables por terceros» (§ 67), con independencia de que «existan motivos de índole fiscal» para constituir la filial (§ 63). Obsérvese el contraste con las conclusiones del Abogado General Léger, que concluía que «los

que la jurisprudencia constitucional nacional se haga, con el paso del tiempo, *auto-referencial*, en la medida en la que los jueces tengan tendencia a fundamentar sus decisiones actuales en sus decisiones pasadas. Pero aun en ese caso, la legitimidad de sus fallos sigue dependiendo de que puedan presentarse ante los ciudadanos como custodios de la voluntad del poder constituyente frente a los poderes constituidos del Estado¹⁰⁰. Incluso una jurisprudencia formalmente auto-referencial tiene que acrecentar su legitimidad democrática mediante referencia el reconocimiento de la autoridad constitucional de los debates constituyentes y los debates de rango constitucional en los públicos institucionalizados (esencialmente, los parlamentos). Los tribunales europeos, y muy especialmente el Tribunal de Justicia, simplemente carecen de tales referentes, y por ello el riesgo es mayor de que sus decisiones *agoten* la legitimidad democrática de las tradiciones constitucionales comunes, simplemente porque *se equivoquen* al determinar que se derive de esas tradiciones constitucionales comunes. Una cadena de errores conducirá a una formulación de una norma constitucional europea *abiertamente contraria* a las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros (*vid.* las observaciones en la nota 100).

De por sí, el carácter implícito de las normas constitucionales implica que la legitimidad democrática derivada de las tradiciones constitucionales comunes disminuya con el paso del tiempo, *a medida que los principios generales sean sustituidos por normas constitucionales concretas*; y ello en tanto que la autoría de las mismas estará mediada por órganos judiciales que no actúan en tanto que representantes directos de los ciudadanos, sino a lo sumo en tanto que órganos elegidos por los representantes de los ciudadanos¹⁰¹. La luz que ema-

artículos 43 CE y 48 CE no se oponen a una legislación fiscal nacional que prevé la inclusión en la base imponible de una sociedad matriz residente de los beneficios obtenidos por una SEC establecida en otro Estado Miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en este Estado a un nivel impositivo muy inferior al vigente en el Estado de residencia de la sociedad matriz, si dicha legislación se aplica únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir la ley nacional. Tal legislación debe, pues, permitir al contribuyente quedar exento justificando que la filial controlada está realmente implantada en el Estado de establecimiento y que las transacciones que tuvieron por efecto una disminución de la carga impositiva de la sociedad matriz corresponden a prestaciones efectivamente realizadas en dicho Estado y que no carecían de interés económico con respecto a la actividad de la referida sociedad» (§ 151).

¹⁰⁰ Cfr. ACKERMAN, Bruce, «The Political Case for Constitutional Courts», en YACK, Bernard (ed.) *Liberalism without illusions. Essays on Liberal Theory and the Political vision of Judith N. Shklar*. Chicago y Londres: The University of Chicago Press, 1996, pp.205-19; SANTIAGO NINO, Carlos, «A Philosophical Reconstruction of Judicial Review», 14 (1993) *Cardozo Law Review* pp. 799-846; ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principi e voti*, Torino: Einaudi, 2005.

¹⁰¹ En tal sentido, conviene tener presente que el método de elección de los miembros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es un tanto peculiar cuando se compara con el de designación de los jueces de la mayor parte de los Tribunales Constitucionales nacionales. Aunque formalmente la designación corresponde al Consejo de Ministros de forma colegiada, en la práctica cada Estado Miembro desig-

nan las tradiciones constitucionales comunes necesariamente se apaga si y en la medida en la que el proceso de integración avanza. En tales circunstancias, la legitimidad democrática de la Unión Europea no puede reestablecerse mediante ampliaciones modestas de los poderes de los representantes directos de los ciudadanos, sino que exige el reapoderamiento constitucional de la Unión Europea por parte de los ciudadanos. Sin entrar a analizar en detalle las condiciones en las que es posible y democráticamente legítima la escritura de una constitución para la Unión Europea, es obvio que los juegos nominales y las operaciones cosméticas pueden agravar, y no resolver el problema¹⁰².

2. Mecanismos de garantía

Al igual que la teoría de la primacía europea, la aplicación efectiva de la tesis de la síntesis constitucional depende de la colaboración efectiva entre jueces comunitarios y jueces nacionales. La diferencia fundamental radica en que la teoría de la síntesis constitucional depende esencialmente de que los jueces nacionales, muy especialmente los tribunales constitucionales en los Estados en los que existen, participen de forma activa en el proceso de definición del derecho constitucional común europeo. Esto requiere que asuman su doble identidad, como guardianes de la constitución nacional, pero también de la constitución europea. En lugar de limitarse a controlar la constitucionalidad de las normas comunitarias de conformidad con el canon de constitucionalidad nacional, los jueces nacionales deberían proceder simultáneamente a definir el canon de constitucionalidad europeo a partir de la lectura *européizante* de su canon de constitucionalidad nacional, y viceversa, es decir, ofrecer una lectura *européizante* de su canon de constitucionalidad nacional¹⁰³.

na a un juez, sin que existan filtros institucionales que garanticen la idoneidad de los designados. Aunque no parece haber sido la regla habitual en la historia del Tribunal (en la medida en la que la toma en cuenta de la reputación como criterio de selección parece haber favorecido la elección de candidatos de «reconocido prestigio»), la normativa actual hace posible la designación de jueces por razones y motivos puramente instrumentales, incluso de candidatos con un escaso conocimiento del derecho constitucional nacional o europeo. Pero más allá de eventualidades que aún no parecen haberse verificado, el sistema actual reduce el perfil público de los jueces, lo que debilita aún más los mecanismos a través de los cuales los magistrados podrían contextualizar sus decisiones.

¹⁰² Sobre el poder constituyente democrático en la Unión Europea, véase FOSSUM, John Erik, y MENÉNDEZ, Agustín José, «The Constitution's Gift», 11 (2005) *European Law Journal*, pp. 380-410; y «Democratic Constitution-Making. Reflections on the European Experiment», 34 (2005) *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft*, pp. 249-62.

¹⁰³ Quizá el ejemplo más claro sea el fallo del Tribunal Constitucional Alemán sobre la ley alemana que organizaba las elecciones directas al Parlamento Europeo [1980] 1 *CMLR* 497.

Pero la teoría de la síntesis constitucional afirma que la legitimidad democrática que se deriva de la definición del derecho constitucional común mediante referencia a las tradiciones constitucionales comunes ofrece una legitimidad democrática *limitada* sustancialmente y en el tiempo. Por ello, la única garantía efectiva no es otra que el ejercicio del poder constituyente por parte de los ciudadanos, que permita la *repolitización* del derecho constitucional europeo, y sienta las bases de una interpretación constitucional anclada en los debates constituyentes y en los debates políticos «ordinarios» acerca del modo y manera de desarrollar el programa constitucional.

3. Comparación con las tres principales teorías de los conflictos constitucionales europeos

La teoría de la síntesis constitucional permite evitar los tres principales problemas que se plantean en las tres teorías de los conflictos constitucionales europeos descritas en la primera sección de este artículo:

Da cuenta de la validez y eficacia de las normas que de manera prácticamente unánime se consideran como válidas y eficaces, a diferencia de la teoría de la primacía nacional (que tiene serias dificultades para explicar el contenido sustantivo y los mecanismos de control de constitucionalidad europeos); todo ello sin necesidad de incurrir en la negación ni de la *unidad básica* del ordenamiento jurídico comunitario (como es el caso de la solución pluralista), ni de la posición central que corresponde a las normas constitucionales nacionales (como es el caso de la teoría de la primacía europea).

Explica la transformación del fundamento de validez del derecho aplicable en Europa sin contradecir los principios normativos que subyacen a las constituciones nacionales; y al hacerlo, da cuenta de la base de legitimidad democrática de la Unión Europea, y por tanto de la validez del derecho comunitario, sin necesidad de recurrir a la existencia de un momento constituyente explícito en la Unión.

Da cuenta del pluralismo sustantivo de la Unión Europea, desentrañando el contenido concreto de su pluralismo constitucional, sin por ello negar la unidad funcional del derecho comunitario. El derecho constitucional de la Unión Europea es el resultado de la síntesis de los ordenamientos constitucionales nacionales. Tiene un componente supranacional, pero cuya identidad refleja el contenido de las normas constitucionales nacionales; de esta manera, la *supremacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional*, especialmente en el ámbito constitucional, es *formalmente* la primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional, pero al mismo tiempo es *sustantivamente* la primacía de los ordenamientos constitucionales nacionales que pueden ofrecer razones «europeizables» para sus normas frente a aquellos que ofrecen soluciones «idiosincráticas», que no pueden exportarse al ámbito supranacional.