

Derecho constitucional en la Unión Europea: el “constitucionalismo multinivel” como alternativa al problema de la jerarquía normativa

POR CALOGERO PIZZOLO (*)

Sumario: I. La integración regional de tipo supranacional y el problema de la jerarquía. — II. La primacía como principio fundante del ordenamiento jurídico de la UE. — III. Las corrientes del pluralismo jurídico: el constitucionalismo multinivel. — IV. La decisión Nr. 2004-505 DC del Consejo Constitucional francés y la declaración Nr. 1/2004 del Tribunal Constitucional español. — V. Conclusiones.

I. La integración regional de tipo supranacional y el problema de la jerarquía

La Europa devastada —material y humanamente— por el conflicto bélico más intenso que soportó su territorio, apostó entonces a la integración como futuro. El final de la Segunda Guerra mundial, no solo enterró a una buena parte de los nacionalismos autoritarios y totalitarios sino que, al mismo tiempo, significó la *apertura* de los ordenamientos jurídicos. Se olvida rápidamente el lenguaje soberanista, y las constituciones que van cobrando vida hablan de la posibilidad —hasta entonces no solo inadmisible sino impensable— de *transferir derechos de soberanía*.

Un buen ejemplo del abandono del encierro nacionalista lo representan las constituciones que se sancionan en Francia (1), Italia (2) o Alemania (3). Estos textos que hacen a un lado las formas

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, donde además es catedrático de Derecho de la integración.

(1) El preámbulo de la constitución de 1946 —parte de la constitución de 1959 actualmente vigente— afirma que “bajo reserva de reciprocidad, Francia consiente las limitaciones a su soberanía necesarias [limitazioni de souveraineté nécessaires] para la organización y defensa de la paz” (sin resaltar en el original). Sucesivas reformas incorporaron nuevas normas constitucionales que habilitan la atribución de competencias (cfr. nuevo título XV “De las Comunidades Europeas y de la Unión Europea art. 88-1 a 88-5).

(2) El artículo 11 de la constitución (1948) mantiene que Italia “consiente, en condiciones de paridad con los otros Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias [limitazioni di sovranità necessarie] para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones, y favorece a las organizaciones internacionales dirigidas a tal fin” (sin resaltar en el original). Las palabras pronunciadas por Corsanego en la Asamblea Constituyente donde la citada norma se concibió despejan cualquier duda: “hacer una Constitución moderna que finalmente rompa el actual cerco de soberbia y de nacionalismo, y sea una mano extendida hacia los otros pueblos, en el sentido de aceptar, de un lado, las limitaciones de soberanías en interés de la paz internacional y, del otro, reconociendo una autoridad superior que dirima todas las controversias (...) sería ubicar a la República italiana entre los pioneros del derecho internacional” (citado por CASSESE, Antonio, *Lo Stato e la comunità internazionale*, en BRANCA, Giuseppe, “Commentario della Costituzione”, Nicola Zanichelli Editore, Bologna — Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1982, pág. 578). Sacerdoti, por su parte, sostiene que las normas constitucionales italianas en materia internacional dejan ver, más específicamente, una apertura notable hacia la colaboración internacional la cual comprende, entre otras cosas, la potencial renuncia a la soberanía estatal en el cuadro de las organizaciones supranacionales (SACERDOTI, Giorgio, *L’Italia e la comunità internazionale*, en “La costituzione italiana. Il disegno originario e la realtà attuale”, Dott. A. Giufré Editore, Milano, 1990, pág. 132-133).

(3) En ninguna otra constitución alemana son tan estrechas las conexiones con el orden jurídico internacional como en la Ley Fundamental de Bonn (1949). Desde el preámbulo se leen frases como “alentado por la voluntad de servir a la paz del mundo como miembro en igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán ha adoptado la presente Ley Fundamental en virtud de su poder constituyente” (sin resaltar en el original). En el mismo sentido, el artículo 24 —que carece de precedentes en el derecho constitucional alemán y fuera parcialmente

dogmáticas asociadas a una visión de la soberanía estatal emparentada al absolutismo monárquico, contienen el *germen de la supranacionalidad*. Son las propias constituciones —máxima expresión de la soberanía de un pueblo— las que autorizan mediante *fórmulas de atribución* la salida de competencias propias del Estado, en dirección de organizaciones e instituciones producto de la integración regional. En la actualidad, fórmulas de este tipo es común hallarlas en las distintas constituciones a lo largo del mundo (4).

Sobre la base de las competencias atribuidas (5), comenzó a consolidarse —por fuera del Estado-Nación— una nueva estructura organizativa, sin territorio o población propia pero que, sin embargo, exhibe un poder de decisión en materia legislativa y judicial así como un poder de gobierno que le son propios, al punto de convertirse en el *armazón* de un ordenamiento jurídico. Ello permitirá que la clásica cooperación y asociación entre Estados, mute en una nueva forma de integración regional: el tipo supranacional.

Las dimensiones que este ordenamiento irá alcanzando, especialmente por un claro activismo judicial del antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sumado a la defensa por parte de la Comisión europea, en especial en los años setenta del siglo pasado, del ejercicio de competencias implícitas vinculadas al desarrollo de los objetivos de la integración. Contribuirá al crecimiento de toda un *área crítica* hacia donde convergen tanto competencias aún bajo el dominio estatal como las que han sido objeto de atribución. Dicha área sería un *área de reserva* creada a favor del Derecho de la UE, si fuera posible establecer con cierta precisión el ámbito de aplicación de cada competencia. Pero del mismo modo que ocurre en los ordenamientos estatales —especialmente los de organización federal— la cuestión resulta cuanto menos compleja en lo que hace a la cuestión de la *última autoridad*.

El momento de mayor tensión se presenta cuando el área crítica involucra a normas constitucionales —o bien los mandatos nacidos de éstas—, por una parte, y al Derecho de la UE, por la otra. Frente

reformado en ocasión de la ratificación del Tratado de la Unión Europea (1992)— en su primer párrafo establece claramente que la Federación “podrá transferir derechos de soberanía [Übertragung von Hoheitsrechte], mediante ley, a organizaciones internacionales” (sin resaltar en el original). La misma expresión aparece en la constitución austríaca (art. 9.2). Reflexiona Stern que el citado artículo 24.1 faculta “a abandonar la concepción estricta de la soberanía”. Se trata de una clara opción por la supranacionalidad. Acompañado por otras normas concordantes como el artículo 23.1, permite crear organizaciones internacionales dotadas de un “propio poder de soberanía” que despliegan eficacia jurídica inmediata vinculante para el poder estatal nacional y para sus nacionalidades. De este modo, para el nombrado autor, la barrera del poder estatal nacional “queda destruida o, lo que es igual, el filtro de derecho público intraestatal, que hasta ahora debía pasar el Derecho convencional (Derecho internacional general), desaparece. Con el abandono de la concepción tradicional acerca de la eficacia de los tratados internacionales (colectivos) acompañados siempre de transformación autónoma, el enormemente resistente panzer de la soberanía nacional ha sufrido una brecha” (STERN, Klaus, Derecho del Estado de la República Federal alemana, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 867-868, sin resaltar en el original). Para Simson y Schwarze, la opción constitucional por la cooperación internacional, desplegada en el Preámbulo y en el artículo 24.1, otorga a la República Federal el fundamento constitucional suficiente para participar en la creación de organizaciones internacionales dotadas de potestades soberanas, cuyas decisiones puedan vincular jurídica y directamente a los Estados miembros y sus ciudadanos. Con esta apuesta por las relaciones internacionales, la Ley Fundamental ha sentado internamente las bases para desarrollar fórmulas especiales de cooperación supraestatal, las cuales van más allá de la mera colaboración en tradicionales organizaciones internacionales (SIMSON, Werner von y SCHWARZE, Jorge, Integración europea y Ley Fundamental. Maastricht y sus consecuencias para el Derecho Constitucional alemán, en “Manual de Derecho Constitucional”, Instituto vasco de administración pública — Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S. A., Madrid, 1996, pág. 32).

(4) Entre las constituciones que podemos citar, además de las europeas, encontramos la de nuestro país (art. 75 inc. 24), Paraguay (art. 145), Colombia (arts. 150 inc. 16 y 227), Venezuela (art. 153) entre muchas otras (ver un análisis detallado de estas fórmulas en nuestro Derecho e integración regional, Buenos Aires, EDIAR, 2010, cap. II).

(5) Este desplazamiento de competencias llegara hacer del Euro la moneda común de diecisiete Estados soberanos, o actividades tan sensibles como la agricultura una “política común”, o a los nacionales de veintisiete países a la par ciudadanos de la Unión Europea que integran.

a frente queda el principio de primacía de este derecho con el clásico principio de supremacía constitucional. La disputa es por el cetro del ordenamiento jurídico.

El conflicto se presenta en la forma de un conflicto entre jurisdicciones pues la *defensa* de la constitución está la mayoría de las veces a cargo de su *guardián*: el tribunal o corte constitucional (Rodríguez Iglesias: 1993, 1179). Así como la *interpretación final y homogénea* del Derecho de la UE corresponde al TJUE. La cuestión determinante es, por tanto, establecer los *parámetros* —normas básicas de referencia— a seguir en el ejercicio del control de legalidad: serán las normas constitucionales las que condicionen a las normas de la UE, o éstas a las primeras.

Como se puede apreciar, lo que llamamos problema de la jerarquía normativa surge —dentro de un enfoque monista— al integrar en un mismo *sistema normativo* dos ordenamientos con pretensión de validez. Lo que está entredicho aquí es *quién* tiene la última palabra o decide en última instancia, o sea la llamada *competencia de la competencia*.

Ahora bien, en la última década del siglo pasado ha ido tomando cuerpo una corriente denominada pluralista que, en lo que aquí es objeto de análisis, auspicia un constitucionalismo multinivel como propuesta a la relación entre el Derecho de la UE y los ordenamientos jurídicos de los Estados partes. Lo relevante en esta corriente es que propone, como una forma de diluir las citadas áreas críticas, una solución al problema de la jerarquía normativa *dejando a un lado* el problema mismo. Esto es, promoviendo la “naturaleza dialogante” del Derecho de la UE y, en consecuencia, ubicando la relación entre este derecho y los derechos nacionales, por fuera de una relación de orden jerárquico, en el plano de la cooperación entre actores integrantes de una comunidad jurídica (Poiars Maduro: 2003, 26).

La trascendencia que el constitucionalismo multinivel alcanzado en el debate constitucional contemporáneo no debe sorprendernos pues, la dialéctica entre la justicia constitucional y el proceso de integración nos conduce, seguramente, a los grandes problemas del constitucionalismo contemporáneo en Europa (Bárcena, 2008, 85).

II. La primacía como principio fundante del ordenamiento jurídico de la UE.

La forma de enfocar la cuestión de la *autoridad última* tiene repercusiones, entre otras, sobre la epistemología del Derecho de la UE: en qué consiste este ordenamiento jurídico y cómo podemos conocerlo. No es una cuestión menor, pues, las tesis del constitucionalismo multinivel van a poner en duda la *autonomía* misma reconocida por el antiguo TJCE desde sus primeras sentencias —tendencia continuada por el hoy TJUE— como uno de los principios fundantes del entonces Derecho comunitario europeo, actual Derecho de la UE después de la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa* (2007) el 1 de diciembre de 2009. (6)

En el célebre asunto *Flaminio Costa* (1964), por caso, el TJCE afirmó que “a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la C.E.E. [Comunidad Económica Europea] ha instituido un *ordenamiento jurídico propio* integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, desde la entrada en vigor y que se impone a sus órganos jurisdiccionales”. (7)

Un año antes, en el también recordado asunto *Van Gend and Loos* (1963), el TJCE había dicho que el citado tratado de la C.E.E “es más que un acuerdo que crea obligaciones recíprocas entre las partes pues *la comunidad constituye un ordenamiento jurídico de un nuevo género, en virtud del cual los Estados han renunciado, en sectores limitados, a su poder soberano*; por lo demás, ese ordenamiento reconoce como sujetos no solo a los Estados miembros, sino también a sus ciudadanos”. (8)

(6) Los otros principios reconocidos con tal entidad son el de aplicabilidad inmediata, efecto directo y aplicación del Derecho de la UE por los jueces nacionales.

(7) TJCE, sentencia de 15 de julio de 1964, asunto 6/64. Sin resaltar en el original.

(8) TJCE, sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62. Sin resaltar en el original.

La construcción de este ordenamiento jurídico autónomo que alcanza a una multiplicidad de Estados es posible, como ya se dijo, en base al principio de atribución de competencias y éste, porque previamente existe una habilitación constitucional en tal sentido. En caso de un conflicto entre una norma perteneciente a este ordenamiento y otra de Derecho nacional, la primacía de la primera hace que se imponga su validez a la segunda, quedando así esta última *desplazada*. Precisamente, en este desplazamiento, o sea en la no aplicación de la norma interna, se expresa la primacía del Derecho de la UE. Primacía que permite su aplicación uniforme y garantiza su efecto directo.

El principio de primacía no surge expresamente de los Tratados fundacionales de las pretéritas Comunidades europeas, sino que ha sido desarrollado por una activa jurisprudencia del TJCE a propósito, fundamentalmente, de dos situaciones conflictivas bien concretas y conocidas. Una, el ex Derecho comunitario debía prevalecer sobre cualquier norma interna, cualquiera que fuera su rango, incluso constitucional. Otra, el mismo Derecho comunitario debía ser aplicado por el juez común, sin poder supeditar los ordenamientos internos dicha aplicación a procedimientos previos de derogación o declaración de inconstitucionalidad de la normativa nacional con el incompatible (Alonso García: 1989, 46).

Volvamos a la jurisprudencia del TJCE. En el asunto *Humblet* (1960) (9), el Estado belga alegaba que el asunto en cuestión versaba, en realidad, sobre la correcta aplicación de leyes internas facultad ésta no atribuida a la Comunidad. El TJCE rechazó dicha tesis con el argumento de que:

“Si la Corte determina que un acto legislativo o administrativo de los órganos de un Estado miembro es opuesto al derecho comunitario, tal Estado está obligado en virtud del artículo 86 del Tratado CECA [Comunidad Europea del Carbón y el Acero], a revocar dicho acto como a reparar los efectos ilícitos que de él pudieran derivarse. Tal obligación deriva del Tratado y del Protocolo los cuales, luego de su ratificación, tienen fuerza de ley en los Estados miembros y prevalecen sobre el derecho interno (párrafo 2)”.

El TJCE es parco en sus conceptos iniciales sobre el principio de primacía y sólo menciona que aquél prevalece sobre el “derecho interno”. No se hace ninguna referencia expresa o directa a la prevalencia sobre “todo” el derecho interno, ni mucho menos a los casos de conflicto con las normas constitucionales y las leyes posteriores de los Estados miembros. Esto último sería abordado finalmente en el ya aludido asunto *Flaminio Costa* (1964), donde el TJCE ratifica la primacía en estos términos:

“Esta integración en el derecho de cada Estado miembro de disposiciones que provienen de fuente comunitaria (...) *tiene como corolario la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, frente a un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad una medida unilateral ulterior que no puede, por lo tanto, serles opuesta. En efecto, la eficacia del derecho comunitario no puede variar de un Estado a otro, en función de las legislaciones internas posteriores (...)* Las obligaciones contraídas en el Tratado constitutivo de la Comunidad no serían absolutas, sino solamente condicionales, si las partes signatarias pudieran eludirlas mediante actos legislativos posteriores” (10)

En este nuevo paso, el TJCE avanza firmemente sobre una de las cuestiones más conflictivas relacionadas con la primacía: el conflicto de *los Tratados fundacionales con leyes posteriores a su ratificación*. Este conflicto alcanzó altos grados de polémica en países como Italia —donde se originó el asunto que tratamos— debido a que los tratados de adhesión a las Comunidades fueron ratificados por leyes ordinarias del Parlamento y, en consecuencia, dichas leyes podrían ser derogadas —como de hecho se pretendía— por leyes futuras opuestas a las mismas. El TJCE optó, dada la trascendencia del asunto para la supervivencia del orden jurídico comunitario, por dejar bien en claro la primacía del nombrado orden sobre cualquier ley posterior que lo contradiga.

Del asunto *Flaminio Costa* (1964) surgen cuatro elementos esenciales relacionados con la primacía: a) es una condición existencial del Derecho comunitario; b) surge de la propia naturaleza espe-

(9) TJCE, *Humblet* sentencia de 16 de diciembre de 1960, asunto 6/60.

(10) Sin resaltar en el original.

cífica original del Derecho comunitario; c) se aplica en su integridad (el derecho nacido del tratado), y frente a todas las normas nacionales, cualesquiera sean su rango y materia y; d) se aplica no sólo en las relaciones entre la Comunidad y los Estados miembros y en las relaciones jurisdiccionales, sino también es válida para los ordenamientos jurídicos internacionales (Diez-Moreno:1996,155).

Pero el razonamiento del TJCE en el asunto *Flaminio Costa* (1964) había sido incompleto o, si se quiere, prudente. No se resolvía expresamente el destino de la ley posterior contraria al Derecho comunitario. Esto es, la norma comunitaria ejercía un efecto de bloqueo contra dicha ley, en la medida que neutralizaba sus efectos pero *no podía derogarla*. Esta situación de indefinición se prolongaría durante varios años mientras, paradójicamente, el TJCE seguía consolidando lo ya enunciado en materia de primacía.

En el asunto *Simmenthal II* (1978), el TJCE incorpora un nuevo elemento propio del principio de primacía al sentenciar que:

“en virtud del principio de la primacía del derecho comunitario, las disposiciones del tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen como efecto, en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros, no sólo hacer inaplicable de pleno derecho (...) toda disposición contraria de la legislación nacional existente, *sino también impedir la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con normas comunitarias*”. (11)

La solución dada por el TJCE al conflicto entre la norma comunitaria y una ley posterior contraria a favor de la primacía de la primera, se completa aquí con la prohibición expresa de los órganos legislativos locales de sancionar normas de contenido adverso al Derecho comunitario.

Con todo, quedaba pendiente para la jurisprudencia comunitaria europea, una solución clara y precisa para el caso de conflicto entre el Derecho comunitario y la Constitución de un Estado parte. Hasta el momento, la prevalencia del primero se infería de la frase “derecho interno” bajo la cual el TJCE agrupaba a todo el derecho infra-comunitario incluyendo la misma constitución. No existía ninguna indicación expresa del Tribunal en este sentido hasta que en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft* (1970) (12), le toca entender en un conflicto directamente planteado entre disposiciones de unos reglamentos comunitarios y los principios de la Ley Fundamental de Bonn (1949). Sobre dicho conflicto se sostiene que:

“recurrir a reglas o nociones jurídicas de derecho nacional, para la apreciación de la validez de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad, tendría por efecto atentar contra la unidad y la eficacia del derecho comunitario; que la validez de tales actos no puede ser apreciada sino en función del derecho comunitario (...) que, en consecuencia, *la invocación de atentados, sea a los derechos fundamentales tal como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, sea a los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto sobre el territorio de este Estado*”. (13)

En el asunto *Nold II* (1974) (14), el TJCE interviene nuevamente en un conflicto entre normas del Derecho comunitario y principios constitucionales:

“En el ordenamiento jurídico comunitario, aparece como legítimo subordinar tales derechos [se refiere a los consagrados por las normas constitucionales alemanas] a algunos de los límites justificados en los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, de modo que no se lesionen la sustancia de los mismos derechos (párrafo 14)”.

(11) TJCE, *Simmenthal II*, sentencia de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77. La bastardilla me pertenece.

(12) TJCE, *Internationale Haudelsgesellschaft*, sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70.

(13) TJCE, sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70. Sin resaltar en el original.

(14) TJCE, *Nold II*, sentencia de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73. La bastardilla me pertenece.

El principio de primacía, se observa, no solo es un principio fundante sino de *carácter absoluto*. El TJCE mantuvo este criterio en asuntos posteriores, así en el asunto *Comisión c. Italia* (1978) (15) y en el asunto *Comisión c. Bélgica* (1980) (16). En este último se afirmó que:

“Los Estados miembros no pueden invocar dificultades internas o normas de su orden jurídico nacional, incluso de naturaleza constitucional, para justificar la falta de observancia de las obligaciones y de los plazos resultantes de directivas comunitarias (párrafo 15)”.

Quedaba aún pendiente de solución por el TJCE —como ya se dijo— qué hacer con el Derecho nacional contrario al Derecho comunitario que no había sido aun derogado. Esta situación provocaba no pocos conflictos generando un caos normativo al coexistir, en un mismo ámbito de aplicación, normas con efectos no sólo diversos sino contradictorios. Finalmente, el TJCE establece la obligación de los poderes legislativo y ejecutivo, de *transformar la legislación nacional de acuerdo al Derecho comunitario*. En el asunto *Comisión c. Italia* (1986) (17) se afirma, por primera vez con claridad, la obligación de los Estados parte de derogar las normas internas contrarias a la norma comunitaria. No basta dejar inaplicada la ley o disposición reglamentaria nacional —jurisprudencia comunitaria habitual en la materia—, sino que hay obligación de eliminarla:

“el hecho de mantener sin cambios, en la legislación de un Estado miembro, un texto incompatible con una disposición del Tratado, aun directamente aplicable en el orden jurídico de los Estados miembros, *da lugar a una situación de hecho ambigua, manteniendo a los sujetos de derecho afectados en un estado de incertidumbre en cuanto a las posibilidades que tienen de acudir al Derecho comunitario. Dicha situación constituye, por tanto, para el Estado en cuestión, una infracción de las obligaciones derivadas del Tratado (párrafo 11)* (18).

III. Las corrientes del pluralismo jurídico: el constitucionalismo multinivel

La consagración de la primacía del Derecho de la UE en términos absolutos nos coloca frente a un escenario donde actúan dos actores centrales: por una parte, los jueces constitucionales nacionales quienes hablan en esencia el lenguaje del derecho constitucional estatal, por lo tanto, hablan un lenguaje parcial; por la otra el TJUE —sucesor del TJCE— quien habla con la pretensión de un lenguaje transnacional esto es defendiendo la aplicación uniforme del Derecho de la UE según su propia interpretación. El *punto de ruptura* se presenta cuando la jurisprudencia constitucional, siempre desde una perspectiva teórica, niega —como de hecho sucede con algunos Tribunales— la posibilidad que el principio de supremacía constitucional pueda ser *desplazado* por el de primacía.

La situación de ruptura expuesta apunta a ser superada por una *dogmática constitucional pluralista*. Las teorías que aparecen en este ámbito se alejan sustancialmente de la *alternativa jerárquica* que impone una autoridad monista del Derecho de la UE y sus instituciones jurisdiccionales sobre el Derecho nacional, y viceversa. En este contexto el Derecho de la UE vendría a ser el producto del *diálogo* entre los actores de una amplia comunidad jurídica europea en la cual la opinión de algunos de esos actores puede incluso oponerse al TJUE. ¿Está este diálogo relacionado con una forma de pluralismo jurídico sobre el cual ha de basarse el ordenamiento jurídico europeo? O, ¿debe estar este ordenamiento jurídico sujeto a una organización jerárquica que garantice bien al TJUE bien a los Tribunales nacionales el papel de autoridad última a la hora de decidir los conflictos jurídicos en el seno de la comunidad jurídica europea? Los partidarios del pluralismo no dudan en la

(15) TJCE, *Comisión c. Italia*, sentencia de 11 de abril de 1978, asunto 100/77, especialmente párrafo 21. En este caso, frente al incumplimiento demandado por la Comisión, el gobierno italiano alegaba problemas internos tanto de orden político como jurídicos para adoptar las medidas necesarias para la transposición de las Directivas sobre unificación de unidades de medidas.

(16) TJCE, *Comisión c. Bélgica*, sentencia de 6 de mayo de 1980, asunto 102/79.

(17) TJCE, *Comisión c. Italia*, sentencia de 15 de octubre de 1986, asunto 168/85. El mismo criterio se repite en *Comisión c. Grecia*, sentencia de 14 de julio de 1988, asunto 38/87, especialmente párrafo 17.

(18) Sin resaltar en el original.

respuesta: la integración europea *ataca* esta concepción jerárquica del derecho (Poiars Maduro: 2003, 33-34).

Dentro del apuntado movimiento pluralista pueden distinguirse tres tendencias más o menos diferenciadas: el pluralismo radical abanderado por los defensores de la *teoría de la soberanía compartida*; la escuela del *contextualismo jurídico* encabezada por Weiler; y en tercer y último lugar, el *constitucionalismo multinivel* propuesto por Pernice. Observemos someramente que propone cada una de ellas.

La *teoría de la soberanía compartida* tiene su origen en un importante sector doctrinal del mundo anglosajón que ve en la actual forma de poder de la UE de soberanía mancomunada o compartida, un modelo de articulación constitucional para solucionar los conflictos nacionales y regionales de algunos Estados miembros. En sentido, Neil MacCormick, promueve que *la relación natural entre ordenamientos jurídicos dentro de un mismo sistema es la coexistencia no jerárquica, superpuesta e interactiva* (MacCormick: 1996, 25-31). En este esquema, los Tribunales Constitucionales nacionales y el TJUE tienen la última palabra a la hora de interpretar las cuestiones claves de sus respectivos ordenamientos, pero a la vez asumen que hay una cierta *indeterminación jurídica* en el conjunto que les obliga a tener en cuenta los discursos jurisprudenciales de otros actores y los principios constitucionales comunes del sistema del que forman parte. En cierto modo, cada ámbito constitucional e institucional, y esto también vale para cada Estado miembro en cuanto a su organización territorial interna, es materialmente soberano porque la cuestión de quién decide sobre la competencia de la competencia se deja *voluntariamente sin resolver*, algo que en la práctica parece ocurrir en los modelos federales que han precedido al proceso de integración europea (v. gr. EE.UU y Alemania).

Se ha hecho una reflexión crítica a lo anterior al afirmar que, colocar la solución a problemas jurídicos en el ámbito del *pragmatismo político*, que es lo que hace al fin y al cabo este enfoque, supone en realidad desplazar la legitimidad autónoma del proceso de integración europea hacia el ámbito intergubernamental y el consenso entre las partes interesadas, es decir, los Gobiernos nacionales (Bárcena, 2008, 99-100), con la consiguiente lesión al carácter supranacional del proceso.

El *contextualismo jurídico* patrocinado por Weiler sostiene, entre sus tesis centrales, que en la UE *ya funciona una forma concreta de constitucionalismo, aquel vinculado con la limitación del poder, y que por lo tanto no es necesario adoptar una Constitución formal. Esta teoría de sobre la constitución mínima* para Europa, al igual que el punto de vista de MacCormick, también está influido por el pensamiento político y jurídico anglosajón.

El supranacionalismo es aquí la expresión del proyecto comunitario de la integración europea, el principio normativo que limita los excesos del Estado-Nación y sus tradicionales abusos con respecto a la frontera. Por lo tanto, en el puro nivel estatal, el supranacionalismo sustituye la premisa de una mera sociedad internacional, por una comunitaria (Weiler: 1995, 184).

El *principio de tolerancia constitucional* es aquí el elemento explicativo de la disciplina constitucional europea, disciplina que no cuenta con el mismo tipo de autoridad que puede encontrarse en los Estados federales constitucionales sujetos al orden constitucional clásico (Weiler: 2002, 52). Cuando las normas del Derecho de la UE se imponen a las normas del Derecho nacional en conflicto, esta jerarquía no se basa en una jerarquía de autoridad legislativa, ni en una jerarquía del poder real: en efecto, el federalismo europeo —para esta tesis— está construido *con una jerarquía formal de normas que va de arriba abajo, pero con una jerarquía de autoridad y poder real que por el contrario iría de abajo a arriba*.

Que los Estados miembros hayan aceptado dejar sin valor real la supremacía formal y material de sus constituciones, sólo puede entenderse, según Weiler, por la existencia implícita del principio de tolerancia constitucional (Weiler: 2002, 65 y 67). Principio que en apretada síntesis sostiene que los *agentes constitucionales* del Estado miembro aceptan la disciplina constitucional europea “no porque al ser ésta materia de doctrina legal, como podría ser el caso del Estado federal, tengan que subordinarse a un órgano soberano y a una autoridad superior que aplican normas validadas por el pueblo

federal, el demos constitucional. Lo aceptan como un acto autónomo y voluntario de subordinación, en los distintos territorios gobernados por Europa, a una norma que es expresión de la suma de otras voluntades, otras identidades políticas, otras comunidades políticas” (Weiler: 2002, 69).

No muy lejos de las coordenadas teóricas del contextualismo jurídico, se sitúa la tendencia de más éxito del pluralismo jurídico europeo, el *constitucionalismo multinivel*. La mayor diferencia estriba en que para éste último la UE ya cuenta con una *constitución material*.

Para Pernice, principal exponente del enfoque multinivel, la UE y los Estados miembros son ante todo *comunidades constitucionales* (Pernice: 1999, 724). Partiendo de esta premisa se considera que el entretreído de los ordenamientos estatal y de la UE ha alcanzado una dimensión tan profunda que el único concepto que puede responder adecuadamente a los problemas derivados de la falta de unidad, es el de *ordenamiento constitucional múltiple o constitución compuesta* (Pernice y Mayer: 2003). Esta concepción, como vemos, *entierra* —además de la clásica noción de poder constituyente y de la cuestión de legitimidad del poder que ella misma representa—, la caracterización de los ordenamientos jurídicos nacional-UE como ordenamientos autónomos.

La unión de constituciones se presenta como la reunión de los *Tratados fundacionales* y las constituciones de los Estados miembros en una *única constitución europea*. Ello implica que, a pesar de contar con dos niveles de intervención política y jurídica que se pretenden *autoreferenciales*, la constitución compuesta funda sus relaciones internas en el *principio de jerarquía funcional*, cuya interpretación y proyección procede siempre de la instancia común, es decir, el derecho y las instituciones europeas. Esta perspectiva lleva implícita un alto grado de construcción federal, expresión al mismo tiempo de una creciente homogeneidad de principios jurídicos y de valores democráticos en el espacio europeo.

El constitucionalismo multinivel entiende que si existe una constitución europea derivada de la complementariedad de los tratados y de las normas fundamentales de los Estados miembros, la defensa y la interpretación de esa Constitución corresponde a un *Tribunal Constitucional multinivel europeo*, formado por los Tribunales Constitucionales nacionales y el TJUE (Mayer: 2003, 60). En la estructura del constitucionalismo multinivel, el conflicto entre la supremacía de la constitución y la primacía del derecho de la UE, *se reconduce a través de la distinción entre la validez y la preferencia del derecho en sede comunitaria*: la primacía del derecho constitucional de la UE, implica relevancia, no suprallegalidad, por lo tanto debe de ser relacionada con el principio de competencia. En la medida en que los posibles conflictos entre ordenamientos se resuelven a través de criterios de aplicación preferente, la cuestión de la supremacía puede ser *eludida*, mantenida en el limbo de la dinámica autónoma del Derecho comunitario (Mayer: 2003, 61).

Las tesis del constitucionalismo multinivel han encontrado recepción en la jurisprudencia constitucional de algunos países en razón de su promovida cualidad de dejar a un lado el problema de la jerarquía normativa. A continuación analizamos puntualmente los casos de Francia y España.

IV. La decisión Nr. 2004-505 DC del Consejo Constitucional francés y la declaración Nr. 1/2004 del Tribunal Constitucional español

Quizás pocas oportunidades hayan sido tan propicias para que los jueces constitucionales saldaran, de una vez por todas, sus querellas con el TJUE como cuando tuvieron que resolver —en sendas consultas que activaron un control de constitucionalidad *a priori* del *non nato* Tratado constitucional europeo— sobre la compatibilidad del artículo I-6 de dicho tratado con el principio de supremacía constitucional. La norma preveía el siguiente texto:

“La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”.

La sangre, sin embargo, no llegó al río y ninguno de los Tribunales intervinientes optó por rechazar dicho artículo. En algunos Estados de la UE como Portugal, incluso, se llegó a reformar la constitución introduciéndose —mediante Ley Constitucional Nr. 1/2005 de 12 de agosto de 2005— al actual artícu-

lo 8.4 que dispone que las disposiciones de los tratados vigentes en la UE y las normas emanadas de sus instituciones, “son aplicables en el orden interno, en los términos definidos por el Derecho de la Unión, con respeto a los principios fundamentales del Estado de derecho democrático”.

La doctrina portuguesa se ha apurado en descartar que el citado legitime una concepción de *primacía supraconstitucional* que convertiría en irrelevante desde el punto de vista jurídico cualquier situación de ofensa a la norma o principios constitucionales (Duarte: 2008, 288). Un límite similar de raíz constitucional lo encontramos en el artículo 94.3 de la constitución finlandesa, según el cual ninguna obligación internacional puede poner en peligro “los fundamentos democráticos de la Constitución”. Este artículo actúa como una *cláusula de limitación* que pareciera desempeñar una doble función: por un lado cumpliría la función de límite a la derogación de normas constitucionales —admitida en el ordenamiento finlandés a través de una ley aprobada con el mismo procedimiento previsto para la reforma constitucional (cfr. art. 73)— y, por el otro, constituiría un parámetro mediante el cual valorar la constitucionalidad del derecho supranacional.

Volviendo al citado artículo 6-1, al analizar su contenido el Consejo Constitucional francés (19) concluyó en que el mismo “no implica revisión de la Constitución”. Ello en virtud de que “no modificaba el alcance del principio de primacía del derecho de la Unión”, tal como resulta del artículo 88-1 (constitución francesa). Dicho en otras palabras, para el Consejo Constitucional el fundamento de la primacía del Derecho de la UE reposa en la propia fórmula constitucional de habilitación y tiene, por tanto, toda la fuerza de un mandato originado en el poder constituyente.

La doctrina francesa ha puesto de manifiesto que la jurisprudencia citada no hace otra cosa que consagrar la tesis de la *igualdad normativa* entre Constitución y Derecho supranacional. De modo que se pregunta sí, no es paradójico, afirmar que un tratado que sanciona la primacía del Derecho de la UE sobre las normas nacionales no contradice de ningún modo la constitución francesa, siendo así que, por una parte, y siempre según el Consejo Constitucional “la existencia y el lugar de la Constitución en la cima del orden jurídico interno no están afectados de ningún modo por este Tratado” y, por otra parte, precisamente de esta misma constitución, se desprende “el alcance del principio de primacía del derecho de la Unión” (Alberton: 2008, 212-215).

En España, por su parte, el Tribunal Constitucional declaró que la primacía consagrada por el citado artículo I-6 “no se afirma como superioridad jerárquica sino como una “exigencia existencial” de ese Derecho [se refiere al de la UE], a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados”. (20) Aludiendo a continuación a que el ámbito de aplicación de dicha primacía reconocida en el tratado en cuestión no es ajeno a las categorías constitucionales propias del derecho constitucional español, y concluye en una ingeniosa distinción entre “supremacía” y “primacía” propia del constitucionalismo multinivel.

Ambos conceptos —razona— son categorías que se desenvuelven en órdenes “diferenciados”. La primera, en el de la “aplicación de normas válidas”; la segunda, en el de los “procedimientos de formación”. La supremacía, se sustenta así en el “carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla”. La primacía, en cambio, “no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía, salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, *su propio desplazamiento o inaplicación*”. (21)

(19) Consejo Constitucional francés, Tratado mediante el cual se establece una constitución para Europa, decisión de 19 de noviembre de 2004, Nr. 2004-505 DC.

(20) Tribunal Constitucional español, declaración Nr. 1/2004 de 13 de diciembre de 2004, fundamento jurídico 3.

(21) Sin resaltar en el original.

La supremacía de la constitución española es, pues, concluye el Tribunal constitucional, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional “siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto”, que es lo que ocurre exactamente con la fórmula habilitante contenida en el artículo 93 (constitución española). En suma, la “Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio” (22)

La cuestión clave, ha expresado la doctrina española, es la de garantizar la convivencia armónica de los niveles, sin renunciar al principio de autonomía constitucional propio de la condición de todo Estado. La realidad es que en la articulación de la Constitución nacional con la Constitución europea, el Tribunal constitucional ha optado por un modelo de Constitución residual en que las garantías últimas se buscan, no en la propia Constitución nacional (autonomía constitucional), que no las contiene, sino en la Constitución europea que, en definitiva, se convierte en la garantía última de nuestra constitucionalidad. El resultado de este modelo “lleva a la aplicación de la Constitución sólo allí donde no se ve desplazada, lo cual no es tan grave por sí mismo, sino porque las garantías no están en la propia Constitución” (Cascajo Castro: 2005, 7475).

En el constitucionalismo multinivel, tanto el derecho nacional como el europeo asumen en su lógica interna el *papel de derecho superior*. En este sentido, la cuestión de la competencia de la competencia tiene respuestas distintas en los ordenamientos jurídicos nacionales y en el europeo, y cuando se contempla desde una perspectiva externa a los ordenamientos jurídicos nacionales y de la UE, “requiere una concepción del derecho que no dependa de una estructura jerárquica y una concepción de la soberanía como única e indivisible” (Poiars Maduro: 2003, 34).

En la actualidad, el *Tratado de Lisboa* (2007) reconoce expresamente la primacía en la Declaración Nr. 17 titulada “Declaración relativa a la primacía” (23) dando continuidad a la cuestión planteada. (24)

V. Conclusiones

El constitucionalismo multinivel no desconoce el problema de la jerarquía normativa, simplemente promueve dejarlo de lado. Paradójicamente, actuando de este modo, cabe preguntarse si no propone una solución a un problema en el mismo momento que se decide ignorar su existencia. Si no existe el problema ¿es necesaria una solución? Si constitución y Derecho de la UE pertenecen a niveles distintos, no es posible entonces que entre en conflicto. Sin embargo, la práctica de la integración europea demuestra lo contrario.

Existe un determinado elemento voluntarista en el razonamiento que “pretende casar la idea de una norma constitucional suprema pero potencialmente inaplicable, intangible pero desplazable, con rango político del poder último de los Estados y a la vez integrada. Así formulada, parece una cuestión semejante a la de la cuadratura del círculo, sobre la que todos están de acuerdo en que se debe resolver” (Cascajo Castro: 2005, 75).

Bibliografía

ALBERTON, Ghislaine, “Francia”, en *Justicia constitucional y Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, 179-215.

(22) Tribunal Constitucional español, declaración Nr. 1/2004 de 13 de diciembre de 2004, fundamento jurídico 3.

(23) Allí se expresa que la Conferencia Intergubernamental: “recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia”.

(24) Véase, entre otros, Tribunal Constitucional polaco, Decisión marco sobre la euro orden, sentencia de 11 de abril de 2005, y Tratado de adhesión, sentencia de 11 de mayo de 2005; o bien Tribunal Constitucional Checo, Tratado de Lisboa I, sentencia Nr. 19/08 de 26 de noviembre de 2008.

ALONSO GARCIA, Ricardo, Derecho comunitario, derecho nacionales y derecho común europeo, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1989.

BARCENA, Josu de Miguel, "Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo", en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Núm. 9, enero junio 2008.

CASCAJO CASTRO, José Luis, "Integración europea y constituciones nacionales", en Revista d'estudis autonòmics federals, Núm. 13, 2005.

DIEZ-MORENO, Fernando, Manual de la Unión Europea, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1996.

DUARTE, María Luisa, "Portugal", en Justicia constitucional y Unión Europea, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, 259-286.

MAYER, F., "The European Constitution and the Courts. Adjudicating European constitutional law in a multilevel system", Harvard Jean Monnet Chair Working Papers, n° 9, 2003, <http://www.jeanmonnetprogram.org>

PERNICE, I. y MAYER, F. C., "La costituzione integrata. dell'Europa", Walter Hallstein Institut Paper, 7/03, 2003, <http://www.whi-berlin.de>

PERNICE, I., "Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?", Common Market Law Review, vol. 36, n° 4, 1999.

PIZZOLO Calogero, Derecho e integración regional, Buenos Aires, Ediar, 2010.

PIZZOLO Calogero, Globalización e integración. Ensayo de una Teoría General, Buenos Aires, Ediar, 2002.

POIARES MADURO, M., "Las formas del poder constitucional de la Unión Europea", en Revista de Estudios Políticos, n° 119, 2003.

RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, "Tribunales constitucionales y derecho comunitario", en Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez De Velasco, Madrid, Tecnos, 1993.

WEILER, J.H.H., "Federalismo y constitucionalismo: el Sonderweg de Europa", en Revista de Occidente, n° 249, 2002.

WEILER, J.H.H., Europa, fin de siglo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995.