

# EL PLURALISMO CONSTITUCIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿UNA CONSTRUCCIÓN ARTIFICIAL?

**JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE**

*Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia.*

*Investigador, UNED*

## **Extracto:**

**E**N Europa vivimos inmersos dentro de una pluralidad de sistemas constitucionales: tanto los sistemas estatales como el sistema de la Unión Europea. Esto podía llevar a ciertas situaciones de conflicto, al menos en una perspectiva teórica en principio, y por ello se ha tratado de explicar y solucionar la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea mediante la teoría llamada «pluralismo constitucional». Sin embargo, se plantean dudas que pueden llevarnos a considerar dicha teoría como una mera «construcción artificial» que no haría sino ocultar los verdaderos problemas de la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

**Palabras clave:** pluralismo constitucional, constitucionalismo, Derecho de la Unión Europea, Derecho constitucional europeo.

# PLURAL CONSTITUTIONALISM IN EUROPEAN UNION: AN ARTIFICIAL CONSTRUCTION?

**JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE**

*Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia.*

*Investigador, UNED*

## **Abstract:**

**I**N Europe we live immersed in a plurality of constitutional law systems: state and European Union systems. This could conduce to conflict situations, almost in a theoretical perspective. Because of that, we try to explain and resolve the fundamental rights protection in European Union with the theory called «plural constitutionalism». However, we can feel doubts about this theory, that we can see like an «artificial construction» that would hide real problems in the protection of fundamental rights in the European Union.

**Keywords:** constitutional pluralism, constitutionalism, European Union Law, European Constitutional Law.

# Sumario

1. Introducción.
2. Concepto de pluralismo constitucional y problemas que plantea.
3. Necesidad de la teoría del pluralismo constitucional.
4. Fracaso del proyecto constitucional y supervivencia del constitucionalismo europeo: ¿dónde queda el pluralismo constitucional?
5. Ventajas del pluralismo constitucional y su intento de extensión fuera de las fronteras de la Unión.
6. Peligros y problemas de la teoría del pluralismo constitucional.
7. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

En Europa vivimos dentro de una pluralidad de sistemas jurídicos, tanto a nivel estatal como también europeo, que están llamados a interrelacionarse de una forma progresivamente mayor. La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea (UE) encuentra una serie de problemas que derivan de la inexistencia de reglas claras de jerarquía entre los tribunales llamados a salvaguardar la tutela de dichos derechos <sup>1</sup>.

La relación entre Cortes, entendemos, se puede ordenar jerárquicamente o no ordenarse de esta manera. No cabe otra disyuntiva. Si se opta por ordenar la relación de forma jerárquica, este orden dependerá de la posición que ocupe el ordenamiento sobre el que se sustenta el tribunal, en relación a los otros ordenamientos. Cabe atribuir la primacía al Derecho nacional; o bien al Derecho comunitario, hoy Derecho de la UE <sup>2</sup>. Si no hay orden jerárquico, habría convivencia y sería necesario encontrar una teoría que pudiera explicar y regir las relaciones intraordinamentales y consecuentemente interjurisdiccionales.

Lo cierto es que, dejando de lado la perspectiva de una primacía del Derecho nacional, tanto para una construcción de relaciones jerárquica basada en la primacía del Derecho de la UE como para una construcción basada en la ausencia de dicha primacía, es necesario partir de la atribución del carácter constitucional a los Tratados constitutivos del orden legal europeo. El proceso por el que los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas han adquirido dicho carácter constitucional, protagonizado en gran parte por el Tribunal de Justicia y aplaudido por gran parte de la doctrina comunitarista, se conoce como «constitucionalización» <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Hablamos de derechos fundamentales, en la medida en que, entendemos, se puede hablar de derechos humanos o derechos fundamentales en función del ordenamiento jurídico que los reconoce y tutela, cuando se trata de un ordenamiento interno; cuando se trata de un ordenamiento internacional, hablaremos de derechos humanos. Sin embargo, y si bien el ordenamiento de la UE es de carácter internacional, viene siendo reconocido el uso de la expresión «derechos fundamentales» sobre todo por el proceso de constitucionalización que ha vivido la Unión, y que luego comentaremos.

Sobre la cuestión conceptual de derechos «humanos» o «fundamentales», *vid.* DIEZ PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005, pág. 38; ALONSO DE ANTONIO, A.L.: «Aproximación al marco constitucional de los derechos fundamentales», *Anuario de Derechos Humanos*, 2001, núm. 2, págs. 35-69; BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

<sup>2</sup> Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, el sistema jurídico comunitario evoluciona notablemente todo, la estructura de pilares se desvanece, y podemos hablar ya de Derecho de la UE y de sistema jurídico de la Unión.

<sup>3</sup> El tema de la naturaleza constitucional de los Tratados constitutivos deriva de la afirmación que el Tribunal de Justicia realiza por primera vez en la famosa Sentencia *Partie Ecologiste Les Verts c. European Parliament*, C-294/83; ha sido también muy debatida y se enmarca en el llamado proceso de constitucionalización europeo. Este proceso podría verse como una premisa del pluralismo constitucional, pero en modo alguno «constitucionalización» y «pluralismo constitu-

En este sentido, a partir de dicha constitucionalización se podrían desarrollar teorías que asuman el criterio jerárquico a favor del Derecho de la Unión, como otras que entiendan que debe existir una relación de diálogo en el ámbito de una pluralidad de sistemas constitucionales. En este segundo grupo es donde entra en juego la teoría llamada «pluralismo constitucional».

En este trabajo pretendemos estudiar si la misma aporta soluciones a los problemas prácticos que se plantean en la tutela de los derechos fundamentales en un sistema multinivel como en el que vivimos, o si estamos ante una mera construcción artificial que enmascara la realidad jurídica a la que tenemos que enfrentarnos en la defensa de los derechos fundamentales y, por tanto, sería más conveniente dejarla de lado.

Este va a ser el objetivo de este pequeño esbozo sobre la teoría del «pluralismo constitucional», esto es, estudiar el concepto y características de la teoría, su necesidad, cómo le afectó el fracaso del proyecto constitucional europeo y su supervivencia tras el Tratado de Lisboa, sus ventajas e intento de extensión de la teoría fuera del sistema jurídico de la UE y, finalmente, los peligros y retos que plantea respecto a los verdaderos problemas prácticos derivados de un sistema de tutela multinivel de los derechos fundamentales.

## 2. CONCEPTO DE PLURALISMO CONSTITUCIONAL Y PROBLEMAS QUE PLANTEA

El concepto de «pluralismo constitucional» se difumina en una nebulosa conforme gana adeptos en la doctrina y se hace más difícil su delimitación. Quizá este es el precio que ha debido pagar por la popularidad y fascinación que ha generado <sup>4</sup>. Tal ha sido el éxito de esta teoría doctrinal que ha llegado a ser calificada por uno de sus más reputados críticos como de un movimiento <sup>5</sup>.

---

cional» constituyen teorías idénticas. Sobre la constitucionalización de la UE, permítaseme remitir a SARRIÓN ESTEVE, J.: «La constitucionalización sustantiva del Derecho comunitario y sistema de fuentes», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 2007, págs. 631-646; ŠIŠKOVÁ, N. (Ed.): *The Process of Constitutionalisation of the EU and Related Issues*, Europa Law Publishing, Groningen, 2008; DELLAVILLE, S.: «Constitutionalism Beyond the Constitution: The Treaty of Lisbon in the Light of Post-National Public Law», *Jean Monnet Working Papers*, núm. 02, 2009, [www.JeanMonnetProgram.org](http://www.JeanMonnetProgram.org).

Por otro lado, hay que reconocer que el término «constitucionalización» es multifacético, y puede utilizarse tanto desde una perspectiva estatal como no estatal. Vid. al respecto SHAW, J.: «Postnational Constitutionalism in the European Union», *Journal of European Public Policy*. Vol. 6, núm. 4, 1999, pág. 579; BURCA, G. de y ASCHENBRENNER, B.: «European Constitutionalism and the Charter», en PEERS, S. y WARD, A. (Ed.): *EU Charter and Fundamental Rights*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pág. 9; ŠIŠKOVÁ, N. «Actual Issues of the Creation of Constitutionalism in the Field of Human Rights at the EU Level and its Prospects», en ŠIŠKOVÁ, N. (Ed.): *The Process of Constitutionalisation of the EU and Related Issues*, págs. 3 y ss.

<sup>4</sup> Vid. AVBELJ, M. y KOMÁREK, J. (Eds.): «Four Visions of Constitutional Pluralism-Symposium Transcript», *European Journal of Legal Studies*, Vol. 2, 2008, págs. 325-370.

<sup>5</sup> Vid. BAQUERO CRUZ, J.: «The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralism Movement», *European Law Journal*, Vol. 14, núm. 4, 2008, pág. 389.

Quizá por eso lo más apropiado para poder delimitar el «pluralismo constitucional» es acudir a los orígenes del mismo. Este planteamiento doctrinal se ha atribuido, al menos en sus principios, a MACCORMICK, que lo definía de la siguiente manera:

«Where there is a plurality of institutional normative orders, each with a functioning constitution (at least in the sense of a body of higher-order norms establishing and conditioning relevant governmental powers), it is possible that each acknowledge the legitimacy of every other within its own sphere, while none asserts or acknowledges constitutional superiority over another»<sup>6</sup>.

Es decir, entendía que la existencia en un ámbito de una pluralidad de órdenes normativos constitucionales, lo que podríamos denominar un sistema multinivel constitucional, podía conllevar que cada uno de ellos basara la legitimidad de los otros sistemas en su propio ámbito, mientras ninguno reconoce la superioridad de los otros. Pero al no reconocer ningún sistema una jerarquía foránea, y todos basarse en su propio ámbito normativo, nos encontraríamos ante la ausencia de una jerarquía.

Este planteamiento ganó pronto seguidores en la doctrina, y fue objeto de discusiones y debates<sup>7</sup>. Su fundamento se concretaría en la falta de una jerarquía entre las normas fundamentales o constitutivas de los sistemas jurídicos que interactúan entre sí, de tal forma que lo que MACCORMICK apuntaba como una mera posibilidad se convierte en algo existente<sup>8</sup>, podríamos decir que en una realidad doctrinal «tangible».

Esta falta de relación jerárquica, de jerarquía, no sería superable. Las resistencias nacionales imposibilitan la construcción de una identidad y un Estado supranacional, a la vez que carecen de la fuerza suficiente como para reconstruir el poder soberano perdido<sup>9</sup>. Incluso, podría afirmarse, no se desea superar dicha ausencia de jerarquía<sup>10</sup>, pues se encuentran en la teoría del pluralismo constitucional los instrumentos necesarios para limitar el poder mediante un nuevo modelo jurídico-normativo, no basado en el tradicional esquema estatista<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> MACCORMICK, N.: *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, OUP, Oxford, 1999, pág. 104

<sup>7</sup> WALKER, N.: «The Idea of Constitutional Pluralism», *The Modern Law Review*, vol. 65, núm. 3, 2002, págs. 317 y ss.; POIARES MADURO, M.: «Las formas del poder constitucional en la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 119, 2003, págs. 11-54, y del mismo autor «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», en WALKER, N. *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oregon, 2003; BUSTOS GIBBERT, R.: *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, IVAP, Oñati, 2005; TORBISCO, N.: «Beyond Unity and Coherence: the Challenge of Legal Pluralism in a Post-National World», *Revista Jurídica UPR*, núm. 77, 2008; KRISCH, N.: «The Case for Pluralism in Postnational Law», *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, núm. 12, 2009.

<sup>8</sup> HABERSTAM, D.: «Constitutional Hierarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States», en DUNOFF, J.L. y TRACHTMAN, J.P.: *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, New York, 2009, pág. 328.

<sup>9</sup> TORBISCO, N.: «Beyond Unity and Coherence...», *op. cit.*, pág. 548; KRISCH, N.: «The Case for Pluralism...», *op. cit.*, pág. 548.

<sup>10</sup> TORBISCO, N.: «Beyond Unity and Coherence...», *op. cit.*, págs. 541-549.

<sup>11</sup> POIARES MADURO, M.: «Contrapunctual Law...», *op. cit.*, págs. 522-523.

En esencia estaríamos en un modelo donde no existe una fuente última de validez de todas las normas, sino donde coexisten diversos sistemas jurídicos, cada uno de los cuales tiene una norma suprema.

No habría, por tanto, relación jerárquica entre las normas supremas de los distintos sistemas que componen el modelo. La Constitución sería la norma suprema de cada uno de los sistemas jurídicos nacionales; y los Tratados constitutivos serían la norma suprema en el sistema jurídico de la UE.

En esta teoría, los Tratados constitutivos adquirirían naturaleza constitucional (constitucionalización de los Tratados) como hemos anticipado. Además, esta lógica conduce a que cada sistema tenga un tribunal que sería el supremo intérprete del mismo: tribunales constitucionales o supremos en los sistemas jurídicos nacionales y Tribunal de Justicia para el sistema jurídico de la Unión <sup>12</sup>.

Pero esta teoría no estaba exenta de problemas: así, se constataba que carece de seguridad jurídica para prever la norma aplicable en caso de conflicto <sup>13</sup>, corriendo el peligro de poder caer en una especie de caos normativo <sup>14</sup>. En segundo lugar, se argumenta que no goza de legitimidad democrática, puesto que existirían normas que no proceden de los sistemas nacionales, que son los únicos que gozarían de una clara legitimidad democrática <sup>15</sup>.

En nuestra opinión esta segunda objeción debe ser matizada, ya que, si bien es cierto que el sistema de elaboración de normas de la UE no es equiparable a los sistemas nacionales donde el Parlamento goza de un protagonismo indiscutible, no es menos cierto que en la Unión el Parlamento Europeo ha ido adquiriendo de forma progresiva una mayor relevancia en la aprobación de acciones legislativas, sobre todo con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, donde el proceso de codecisión ha adquirido una importancia hasta ahora desconocida <sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Ídem, págs. 502-511 y 520-521.

<sup>13</sup> BAQUERO CRUZ, J.: «The Legacy of the Maastricht-Urteil...», *op. cit.*, págs. 414-416.

<sup>14</sup> TORBISCO, N., «Beyond Unity and Coherence...», *op. cit.*, pág. 550.

<sup>15</sup> KRISCH, N.: «The Case for Pluralism...», *op. cit.*, pág. 42.

<sup>16</sup> Deberíamos añadir algo más, y es que las acusaciones de falta de legitimidad democrática del sistema de la UE olvidan que, si bien la Comisión Europea y el Consejo gozan de gran relevancia, estas dos instituciones tienen legitimidad democrática, si bien no directa como el Parlamento Europeo, si indirecta, puesto que los miembros del Consejo gozan de legitimidad en los Estados miembros de cuyos Gobiernos provienen, y la Comisión, al ser elegido el Presidente de la misma, también. No olvidemos que los miembros de la Comisión deben pasar un control en el Parlamento que ha resultado ser relevante.

Por otro lado, resulta llamativo que los ataques sobre la legitimidad democrática de la Unión olvidan con frecuencia que en muchos Estados miembros el poder ejecutivo, cuya legitimidad democrática es indirecta, goza de un poder muy importante que llega a desdibujar el protagonismo de los parlamentos nacionales, que son los que gozan en última instancia de la legitimidad democrática directa, al menos en los sistemas no presidencialistas como el nuestro.

### 3. NECESIDAD DE LA TEORÍA DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL

¿Tenemos necesidad de esta teoría? ¿Sirve para algo? Antes hemos tratado de conceptualizar dicha teoría y hemos concretado dos problemas prácticos que plantea (la seguridad y la legitimidad democrática). Ahora estamos planteándonos su propio sentido, esto es, la razón de la necesidad de esta teoría, cuál es el problema teórico que trata de solventar.

Con esta teoría tratamos de dar respuesta al problema conflictual, la posibilidad de conflicto entre normas, en esta convivencia entre sistemas jurídicos diferentes en la que vivimos, y por tanto ante las posibles dificultades para encontrar una solución en ese hipotético supuesto. Estamos pensando en normas nacionales y europeas, que coinciden en su ámbito de aplicación<sup>17</sup>. De la importancia o no de estos hipotéticos conflictos entre ordenamientos se ha discutido mucho en la doctrina<sup>18</sup>.

Por supuesto que esta teoría del pluralismo constitucional no es la única respuesta posible ante el hipotético supuesto conflictual, puesto que también cabrían otras soluciones: la primacía nacional, la primacía comunitaria o incluso la llamada fusión constitucional<sup>19</sup>. Se ha llegado a proponer como posible solución la creación de un tercer órgano que resuelva los conflictos, que podría ser un órgano de Derecho internacional<sup>20</sup> o un órgano de la Unión<sup>21</sup>.

En contra de estas propuestas se ha mostrado TORRES PÉREZ, que considera mejor opción tratar de mantener un sosegado diálogo jurisdiccional, en la línea del pluralismo constitucional<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> TORRES PÉREZ, A.: *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of supranational Adjudication*, Oxford Scholarship Online, Oxford, 2009, págs. 13-26. De hecho, ha hecho una efusiva defensa de la teoría del pluralismo constitucional recientemente. Vid. TORRES PÉREZ, A.: «En defensa del pluralismo constitucional», VII Congreso ACE Derecho Constitucional Europeo, 2010, [www.acoes.es/congresoVIII/documentos/PluralismoconstitucionalACE.pdf](http://www.acoes.es/congresoVIII/documentos/PluralismoconstitucionalACE.pdf). Es recomendable acudir a este trabajo para tener una visión de las últimas aportaciones en el campo de esta teoría.

<sup>18</sup> Vid. MENÉNDEZ, A.J.: «Elementos de una teoría constitucional del Derecho comunitario europeo. Validez del Derecho comunitario y legitimidad democrática de la Unión Europea», 2007, [www2.uah.es/filder/elementosalcala2007.pdf](http://www2.uah.es/filder/elementosalcala2007.pdf), págs. 3-6.

<sup>19</sup> Ídem, págs. 8-47. Tanto la primacía nacional como la primacía comunitaria son soluciones conocidas y defendidas por los tribunales; la primera, por los tribunales constitucionales nacionales, y la segunda, por el Tribunal de Justicia. Sobre estas dos soluciones, vid. ALTER, K.J.: *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001. Frente a ellas, surgió la teoría del «pluralismo constitucional», como hemos dicho, una teoría de construcción doctrinal y por tanto de carácter académico. La teoría de la fusión constitucional también tiene un origen académico, y es una versión de la primacía nacional, pero basada en la existencia de un único ordenamiento. Sobre la misma vid. LENAERTS, K.: «Le droit compare dans le travail du juge communautaire», *Revue Trimestrelle du Droit Européen*, núm. 37, 2001, págs. 487-527; MENÉNDEZ, A.J.: «Elementos de una teoría constitucional...», *op. cit.*, págs. 55-74.

<sup>20</sup> MACCORMICK, N.: *Questioning Sovereignty...*, *op. cit.*, pág. 117-121; SCHMID, C.: «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», *European University Institute Working Paper*, núm. 7, 1998.

<sup>21</sup> WEILER, J.H.H.: *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, págs. 322-323 y 353-354. Propone un modelo basado en el Consejo constitucional francés, y sería un órgano que ejercería un control *ex ante* para resolver los posibles conflictos de competencia.

<sup>22</sup> Vid. TORRES PÉREZ, A.: *Conflicts of Rights in the European Union...*, *op. cit.*, págs. 64-66.



Pero, sin duda, el máximo exponente del desarrollo del pluralismo constitucional ha sido POIARES MADURO, que plantea un modelo basado en la cooperación y respeto mutuo entre Tribunal de Justicia y tribunales constitucionales nacionales respectivamente. Este planteamiento nace de la concienciación de que la llamada constitucionalización del Derecho comunitario no ha sido obra única del Tribunal de Justicia, sino que fue propiciada por la participación activa de otros actores que junto al Tribunal de Justicia forman una Comunidad Jurídica Europea. El Tribunal de Justicia abrió el camino, pero no fue el único actor que intervino en el desarrollo del Derecho comunitario y en su constitucionalización, sino que fue determinante la aceptación de dicho desarrollo y la cooperación a la misma por parte de los tribunales nacionales, y en especial de los tribunales constitucionales.

Así, cuando la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario fueron consagrados tanto por el Tribunal de Justicia como por los tribunales nacionales, necesarios cooperadores en la aplicación del Derecho comunitario, se consiguió un ordenamiento comunitario desarrollado y preciso. Sin embargo, cuando el Tribunal de Justicia afirmó la supremacía del Derecho comunitario frente al Derecho constitucional de los Estados miembros, fue cuando los garantes de este Derecho, los tribunales constitucionales nacionales, se vieron llamados a defender sus posiciones como máximos garantes de sus respectivas Constituciones <sup>23</sup>.

La dialéctica entre los altos tribunales europeos –entiende MADURO– no debe basarse en una relación jerárquica y por tanto no se debe consagrar la primacía de un tribunal en concreto, refiriéndose al Tribunal de Justicia, sino que debe basarse en una cooperación respetuosa.

Si bien es posible que se den algunos conflictos concretos, estos serán escasos, y el buen hacer de los tribunales procurará una relación de confianza y cooperación en el desarrollo del Derecho de la UE que beneficie a todos. Además, considera que dicha cooperación aporta una mayor legitimidad al sistema judicial europeo.

En palabras del mismo autor:

«La cuestión de quién decide quién decide (*kompetenz-kompetenz*) 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 comunitario, requiere una concepción del Derecho que no dependa de una estructura jerárquica y una concepción de la soberanía como única e indivisible» <sup>24</sup>.

Al final, considera que, pese a sus pretensiones de ostentar la autoridad última, ordenamiento europeo y nacional hacen concesiones y por tanto se camina hacia ese modelo de constitucionalis-

<sup>23</sup> Sobre la posición de los tribunales constitucionales respecto al Derecho de la UE se puede acudir a la obra coordinada por TAJADURA, J. y MIGUEL, J. de: *Justicia constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Cuadernos y Debates, CEPC, Madrid, 2008; sobre la posición en concreto del Tribunal Constitucional español, permítaseme remitir a mi trabajo «El Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *CEFLegal, Revista Práctica de Derecho*, 2010, [www.ceflegal.com](http://www.ceflegal.com).

<sup>24</sup> POIARES MADURO, M.: «Las formas del poder constitucional en la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 34.

mo plural, donde se requiere que la cuestión de quién decide quién decide quede sin resolver y donde se avance hacia la armonía, hacia un derecho contrapuntual<sup>25</sup>.

En este sentido POIARES MADURO mantiene que hay que avanzar hacia el derecho contrapuntual:

«El contrapunto es el método musical de armonizar diferentes armonías que no mantienen una relación jerárquica entre ellas (...) **en Derecho tenemos que aprender cómo manejar la relación no jerárquica entre diferentes ordenamientos jurídicos e instituciones y descubrir cómo sacar partido de la diversidad** y las opciones que nos ofrece sin generar conflictos.»

Este derecho contrapuntual sería el cimiento del pluralismo constitucional, pero requeriría una serie de requisitos o principios armónicos del derecho contrapuntual como los denomina él: pluralismo; coherencia vertical y horizontal y consistencia, preferencia institucional.

Esto llevado a la práctica supone que el Tribunal de Justicia debe respetar cierto margen de discrecionalidad de los tribunales nacionales, como está haciendo, y que estos, a la hora de aplicar el Derecho comunitario, deben hacerlo no como si aplicaran e interpretaran el Derecho comunitario en términos nacionales, sino que deben ser resoluciones a ser integradas en un ordenamiento comunitario que requiere coherencia y compatibilidad. Solamente en última instancia y cuando se produjera un conflicto sistémico entre el ordenamiento jurídico europeo y la identidad constitucional habría que abrir la puerta a la denuncia del Tratado. La importancia del diálogo es evidente.

LAZARI lo ha comprendido perfectamente; este *Sonderweg* comunitario requeriría una «comparación crítica entre sistemas, la conjugación nacional del léxico comunitario, así como una más estricta colaboración institucional». Se trata, en definitiva, de conjugar dos ordenamientos interdependientes para cuyo funcionamiento exigen un intercambio continuo de ideas<sup>26</sup>.

De hecho, precisamente como sostiene KUMM, la conciencia de la posibilidad de un conflicto constitucional puede motivar la generación de oportunidades para un desarrollo de la tradición constitucional europea común que acoja la diversidad constitucional europea<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Ídem, pág. 39.

<sup>26</sup> LAZARI razona del siguiente modo: «conjugar dos ordenamientos independientes e interdependientes, ya que en el momento en que el sistema comunitario se proclama sistema independiente va a necesitar el diálogo con el orden estatal. Si este intercambio cultural y jurídico no fluye, se produce un *blackout* del modelo supranacional europeo; si, al contrario, se produce esta ineludible circulación de ideas, entonces funciona el experimento conceptual y jurídico comunitario». Vid. LAZARI, A.: «La nueva gramática del constitucionalismo judicial europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 33, 2009, pág. 535.

<sup>27</sup> Y es que, como afirma KUMM «constitutional conflicts are procedurally transformed into moments of constructive deliberative engagement. **The possibility of constitutional conflict can**, when channelled by appropriately constructed doctrines and procedures, **create opportunities, for the development of a common European Constitutional tradition** that embraces constitutional diversity». Vid. KUMM, M.: «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty», *European Law Journal*, núm. 11, 2005, pág. 269. La negrita es mía.

#### 4. FRACASO DEL PROYECTO CONSTITUCIONAL Y SUPERVIVENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO: ¿DÓNDE QUEDA EL PLURALISMO CONSTITUCIONAL?

Con el proyecto constitucional europeo un momento especial de énfasis constitucional dividió a Europa. La Convención Europea fue capaz de alumbrar un proyecto de Tratado que era a la vez un proyecto de Constitución, un documento de doble naturaleza (formalmente un Tratado, materialmente una Constitución en su contenido). Sin embargo, las negativas del referéndum francés y el de los Países Bajos obligó a Europa a seguir el camino tradicional de reforma de los Tratados, y el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, ha mantenido casi todos los logros del proyecto constitucional, excepto todo aquello que tenía cierta simbología constitucional.

Pero el fracaso constitucional no ha supuesto la muerte del constitucionalismo, ni tampoco del pluralismo constitucional, sino que han revivido como ave fénix que saliera de sus propias cenizas. Quizá el pluralismo constitucional nunca terminó de morir, e incluso puede que el fracaso del proyecto constitucional supusiera su victoria. Al fin y al cabo, el pluralismo constitucional se basa en el diálogo interjurisdiccional de Cortes y tribunales constitucionales, tanto del Tribunal de Justicia como de los tribunales constitucionales y supremos de los Estados miembros. El hecho de que no haya una Constitución formal en la Unión Europea puede posibilitar un diálogo más fluido entre iguales que potencie ese «pluralismo» sin jerarquías tan defendido <sup>28</sup>.

Sobre el fracaso del proyecto constitucional y la vitalidad del pluralismo constitucional, BELLAMY ha afirmado que:

«The focus on the Constitution led to a neglect of the real practices of constitutionalism. After all, it was chanelled by national constitutional courts, particularly the German and Italian courts, which obliged the ECJ explicitly to incorporate human rights considerations into its jurisprudence» <sup>29</sup>.

En otras palabras, el excesivo protagonismo que asumió el proyecto constitucional europeo, finalmente fracasado, escondió a los ojos de la ciudadanía que el constitucionalismo material seguía avanzando. La muerte del proyecto constitucional de la Convención Europea no supuso la muerte de un constitucionalismo de corte jurisprudencial cada vez más fuerte, protagonizado por las Cortes y tribunales, tanto nacionales como de Justicia en un proceso de construcción europeo donde estaban llamados a no ser meras comparsas.

<sup>28</sup> En este sentido, la entrada en vigor de la Constitución europea sí podría haber significado el final del «pluralismo constitucional» entendido en sentido estricto, puesto que la misma incluía de forma expresa la primacía del Derecho de la UE, con lo que introducía una jerarquización a favor del mismo que podría haber supuesto una nueva era en las relaciones interordinamentales. Esto, no obstante, es discutible, y los tribunales constitucionales parece que no entendían la introducción de la cláusula de primacía como una derogación de la supremacía constitucional de los textos magnos nacionales. *Vid.* el Dictamen del Tribunal Constitucional español 1/2004.

<sup>29</sup> *Vid.* BELLAMY, R.: «The European Constitution is Dead, Long Live European Constitutionalism», *Constellations*, Vol. 13, núm. 2, 2006, pág. 181.

En conclusión, se habría prestado una excesiva atención a la deriva del fallido proyecto constitucional europeo<sup>30</sup>; y en este sentido LAZARI afirma que:

«La reducción en la faja formal del artículo 6 del Tratado constitucional de una compleja dinámica, que recientemente encuentra ulteriores e interesantes márgenes de desarrollo, ha redimensionado un fenómeno epistemológico mucho más vasto. En esta dirección **el constitucionalismo formal del traje del rey podría aportar un componente formidable al constitucionalismo material de la sustancia**, su refinado ropaje más que su opresora vestimenta»<sup>31</sup>.

En este contexto, los tribunales y Cortes están obligados a apreciar mutuamente su jurisprudencia y tradiciones<sup>32</sup>. Ahora bien, ¿el constitucionalismo exige el pluralismo constitucional? Debemos plantearnos las ventajas y peligros de esta teoría que exige un diálogo «obligado» a los máximos tribunales de los sistemas jurídicos que conviven en la UE.

## 5. VENTAJAS DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL Y SU INTENTO DE EXTENSIÓN FUERA DE LAS FRONTERAS DE LA UNIÓN

Quizá la ventaja más obvia del sistema es la conveniencia de evitar una excesiva jerarquización en la relación interordinamental e interjurisdiccional, de tal forma que no habría un ordenamiento superior ni un órgano supremo, sino que el principio de competencia y una especie de autocontrol de los diferentes altos tribunales abonarían el diálogo pacífico y respetuoso en el ejercicio de la jurisdicción correspondiente y promoverían el crecimiento del proyecto constitucional europeo en la diversidad de las tradiciones constitucionales que conviven en la Unión.

Esto introduciría, no se puede negar, un sistema de garantías y límite del poder, puesto que unos y otros se limitarían entre sí, consiguiendo un auténtico sistema de *checks and balances*.

KRISCH ha argumentado que el pluralismo constitucional permite una mayor flexibilidad y rápida adaptación en un mundo globalizado<sup>33</sup>, y que facilita la autonomía pública en un marco posnacional<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> En concreto considera LAZARI que «La excesiva atención prestada a los avatares de la Convención Europea, del Tratado Constitucional ha distorsionado el verdadero alcance del constitucionalismo europeo». Vid. LAZARI, A.: «La nueva gramática del constitucionalismo judicial europeo», *op. cit.*, pág. 536.

<sup>31</sup> Ídem. La negrita es mía.

<sup>32</sup> BELLAMY razona que «The result has been a deep and nuanced jurisprudence that has obliged both the ECJ and national courts to have a fuller appreciation of the concerns of different traditions. EU Law has been the beneficiary, gaining in the process strong domestic sources of legitimacy within the member states, which after all are ultimately responsible for its implementation. Replacing this evolving and flexible European common law tradition, based on mutual recognition and tolerance, with a single document presided over by a higer court was an unnecessary and retrograde step». BELLAMY, R.: «The European Constitution is Dead...», *op. cit.*, pág. 182.

<sup>33</sup> KRISCH, N.: «The Case for Pluralism...», *op. cit.*, págs. 19-21.

<sup>34</sup> Ídem, págs. 28-40.

TORBISCO ha puesto de relieve que favorece la diversidad y la inclusión fuera del marco estatal<sup>35</sup>.

Por otro lado, no podemos olvidar que también se ha sustentado, dadas sus ventajas, su extensión fuera de la UE<sup>36</sup>. Esta ambición supraeuropea, en el sentido de poder aplicar una teoría nacida para explicar el sistema multinivel de la UE, fuera de la misma, ha llevado a estudiar su aplicación al sistema del Convenio de Roma<sup>37</sup>, a la Organización de las Naciones Unidas o la Organización Mundial del Comercio<sup>38</sup>.

## 6. PELIGROS Y PROBLEMAS DE LA TEORÍA DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL

Algunos autores han destacado que el pluralismo constitucional no estaba exento de problemas. De hecho, ya hemos apuntado la falta de seguridad jurídica para prever la norma aplicable en caso de conflicto<sup>39</sup> y el peligro que conllevaba de poder caer en una especie de caos normativo<sup>40</sup>.

Sin embargo, el principal problema o peligro de esta teoría es que se basa, como presupuesto *sine qua non* para su funcionamiento, en el diálogo *inter Cortes*. Pero la existencia de este diálogo no es una realidad previa a la teoría, es una necesidad de la misma, lo que nos lleva a plantearnos que el diálogo puede no darse en la práctica<sup>41</sup>.

LUCIANI ha mantenido que el pluralismo constitucional podía ocultar el conflicto entre sistemas legales<sup>42</sup>. En el fondo, el problema puede derivar, como razón CARTABIA, de una divergencia de culturas donde no exista un respeto a la diversidad jurídico-cultural de los sistemas nacionales, sino que se imponga una homogeneización de los elementos mayoritarios<sup>43</sup>.

<sup>35</sup> TORBISCO, N.: «Beyond Unity and Coherence...», *op. cit.*, pág. 550.

<sup>36</sup> KRISCH, N.: «The Case for Pluralism...», *op. cit.*, págs. 152-159.

<sup>37</sup> Ídem.

<sup>38</sup> DUNOFF, L. y TRACHTMAN, J.P. (Eds): *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, New York, 2009.

<sup>39</sup> BAQUERO CRUZ, J.: «The Legacy of the Maastricht-Urteil...», *op. cit.*, págs. 414-416.

<sup>40</sup> TORBISCO, N., «Beyond Unity and Coherence...», *op. cit.*, pág. 550.

<sup>41</sup> Y si se produce, quizá no sea un diálogo de verdad, sino probablemente un diálogo de sordos. Al respecto *vid.* mi trabajo «El Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal Constitucional español: un diálogo de sordos», en *Jóvenes Investigadores 2007. Colección de Cuadernos de INICE*, págs. 53-58.

<sup>42</sup> LUCIANI, M.: «Costituzionalismo irenico e costituzionalismi polemico», *Giurisprudenza Costituzionale*, Vol. 51, núm. 2, 2006, págs. 1.644-1.669.

<sup>43</sup> En este sentido CARTABIA considera que «Questions which are ethically controversial in the field of fundamental rights, albeit regarding problems common to every human being, have received and still receive different answers in different countries. The questions that concern the coexistence of different cultures –and first and foremost those related to the freedom of religion– concern everyone and arise in every social group, and yet they have found different answers in the courts». CARTABIA, M.: «Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously», *European Constitutional Law Review*, núm. 5, 2009, pág. 42; y en la misma línea, pero profundizando en la relación entre el poder público y la religión, *vid.* el interesante estudio de WEILER, J.H.H.: *Un'Europa cristiana*, Milano, Rizzoli, 2003.

Esto lo expone muy bien DE MIGUEL cuando estudia el problema de la expansión del campo de aplicación de los derechos fundamental, razonando que:

«(...) la expansión federal del campo de aplicación de los derechos fundamentales por el TJCE no plantea solo un problema formal de jurisdicciones. Si así fuese, el paradigma del constitucionalismo pluralista, resolvería el problema. Pero existe, por encima de esta cuestión, un problema sustancial contenido: **hay una versión comunitaria (dominante) de algunos derechos que no se corresponde totalmente con la de uno o más Estados miembros**. Y esta versión, asentada en el alma económica que preside el momento constituyente de la construcción europea, se presta a ser utilizada en los casos más controvertidos, en los que las diferencias de valor entre las Constituciones nacionales y ordenamiento comunitario pueden ser más tirantes»<sup>44</sup>.

No obstante, el peligro reside en que no se dé un dialogo entre Cortes, es decir, que un fuerte intervencionismo en la tutela de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia no se vea reflejado en el contrapeso de los tribunales constitucionales, porque entonces habría una posibilidad de estandarización u homogeneización en la tutela de los derechos.

Por eso CARTABIA sostiene que es esencial un diálogo constitucional «plural», puesto que una Corte fuerte a nivel europeo exige asimismo unos interlocutores fuertes a nivel nacional, por lo que recomienda que los tribunales constitucionales abandonen su reticencia a plantear las cuestiones prejudiciales<sup>45</sup>.

En esta línea AVBELJ reflexiona que el Tribunal de Justicia es mayoritariamente activista en la promoción de los derechos y políticas a nivel comunitario, ve un peligro en el progresivo abandono de la unanimidad, y que los derechos y políticas que promueve el tribunal comienzan a corresponder a la mayoría de los Estados miembros, frente a la autonomía de algunos de ellos<sup>46</sup>.

¿Cuáles son las causas de este potente activismo judicial promayoritario? Se ha llegado a sostener que podría ser una búsqueda de homogeneización a través de la imposición de las opciones mayoritarias en la Unión. Pero esto no respondería a un inexistente *demos* europeo<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> MIGUEL BÁRCENA, J. de: «Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 9, 2008, págs. 110 y 111.

<sup>45</sup> Razona que «The European constitutional balance urges a plural constitutional dialogue: a strong and daring European Court of fundamental rights needs to be surrounded by similar strong and daring interlocutors at national level». *Vid.* CARTABIA, M.: «Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously», *op. cit.*, pág. 8.

<sup>46</sup> Sostiene al respecto del Tribunal que «It suffers of the so called majoritarian activism buy promoting the rights and policies of the larger European political community, whose will, following the abandonment of the unanimity, usually corresponds to the majority of the Member States, against the autonomous decisions of the particular national polities which find themselves in the minority». *Vid.* AVBELJ, M.: «European Court of Justice and the Question of Value Choices», [www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040601.pdf](http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040601.pdf), pág. 16.

<sup>47</sup> Sobre el *demos* europeo *vid.* WEILER, J.H.H.: «To be a European Citizen – Eros and Civilization», *Working Paper Series in European Studies*, Special Edition, 1998. WEILER propone un concepto de ciudadanía europea que supere el concepto de nacionalidad estatal. Los ciudadanos europeos deberían constituir un *demos*; en la misma línea, NICOLAIDIS, K.: «The New Constitution as European Demoi-crazy?», *The Federal Trust Online Paper 38/03*, diciembre 2003. Opinando de forma diversa, BARBER, N.W.: «Citizenship, Nationalism and the European Union», *European Law Review*, núm. 27, 2002.

En este sentido se sostiene que el fuerte activismo judicial del Tribunal de Justicia ha erosionado el principio de atribución de competencias<sup>48</sup>, llegando a un momento decisivo con ocasión del asunto *Dassonville*,<sup>49</sup> que inicia una expansión de la competencia legislativa de la Comunidad<sup>50</sup>.

Ciertamente, sería la Carta de Derechos Fundamentales, precisamente, la que habría producido un progresivo crecimiento de la protección de los derechos fundamentales en el nivel europeo, mientras se producía cierta esterilización de la protección garantizada en las Constituciones nacionales<sup>51</sup>.

En cualquier caso, estaríamos ante un activismo judicial que por su efecto homogeneizador podría producir una especie de colonialismo judicial poniendo en peligro el equilibrio entre el ámbito de la Unión y el de los Estados miembros (se definiría como «*judicial colonialism*»), que pondría en peligro las tradiciones constitucionales nacionales<sup>52</sup>; y es que podría ocurrir que la versión comunitaria de algunos derechos no se correspondiera de forma completa con la de algunos Estados miembros, en la medida en que el tribunal parece seguir una interpretación más individualista frente a una concepción más personalista de algunos Estados<sup>53</sup>.

Quizá por ello, sería cada vez más necesario generar un diálogo «serio» como señalaba CARTABIA, para lo que sería necesario, como entiende esta autora, una mayor implicación de los tribunales constitucionales que superen su actual aislamiento, incluso con el uso del instrumento de la cuestión prejudicial, lo que sería facilitado por una modificación en el estilo de sus sentencias, haciéndolas más dialogantes, por parte del Tribunal de Justicia<sup>54</sup>. Desde la perspectiva española, podemos

<sup>48</sup> Como sostiene AVBELJ: «The so called doctrine of enumerated powers, as applied in the EU, governs the division of material competences between the Community and Member States in a way that the most of material competences are retained by the Member States, while the Union is left with the competences in the limited fields only. Nevertheless, for the variety of reasons thoroughly explained elsewhere, the doctrine of enumerated powers has been gradually eroded (usually by the Court) in favor of the Community». *Vid.* AVBELJ, M.: «European Court of Justice and the Question of Value Choices», *op. cit.*, pág. 16.

Para un estudio más profundo sobre el problema competencial *vid.* YOUNG, E.: «Protecting Member State Autonomy in the European Union», *N.Y.U.L. Review*, 77, 2002, pág. 1.612; BERMAN, G.A.: «Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States», *Columbia Law Review*, Vol. 94, núm. 2, pág. 331.

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, C-8/74.

<sup>50</sup> *Vid.* AVBELJ, M.: «European Court of Justice and the Question of Value Choices», *op. cit.*, pág. 18; y WEILER, J.H.H.: *The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods*, en CRAIG, P. y BURCA, G. de (Eds.): *The Evolution of EU Law*, 1999, pág. 363.

<sup>51</sup> *Vid.* CARTABIA, M.: «Europe and Rights...» *op. cit.*, pág. 17; BOGDANDY, A.: «The European Union as an Human Rights Organization?», *Common Market Law Review*, Vol. 37, 2000, págs. 1.316-1.318; parece una respuesta de BOGDANDY al capítulo primero del libro editado por ALSTON, P., HEENAN, J. y BUSTELO, M. (Eds.): *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999; PEREIRA-MENAUT, A.C.: «A Plea for a Compound *Res Publica Europea*: Proposal for Increasing Constitutionalism Without Increasing Statism», en *Tulane European and Civil Law Forum*, 2003, pág. 75 y págs. 97-98.

<sup>52</sup> Como sostiene CARTABIA «In this centralising movement, the national constitutional traditions risk to be extinguished». *Vid.* CARTABIA, M.: «Europe and Rights...», *op. cit.*, págs. 17 y ss.

<sup>53</sup> Ídem, pág. 17; también en GLENDON, M.A.: «Human Rights at the Dawn of the Third Millennium», en ANTONINI, L. (Ed.), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Cosenza, Rubbettino, 2007, pág. 45.

<sup>54</sup> De nuevo CARTABIA razona que «In the present constitutional era of the European Union, ‘taking dialogue seriously’ is an imperative for both the European and the national constitutional courts». *Vid.* CARTABIA, M.: «Europe and Rights...», *op. cit.*, todas las págs. y, especialmente, pág. 31.

apreciar cómo se echa en falta precisamente que nuestro Tribunal Constitucional se decida a plantear una cuestión prejudicial <sup>55</sup>.

De su parte, LAZARI considera que el Tribunal de Justicia siente la necesidad de proceder a un intercambio institucional y conceptual con los tribunales constitucionales, fundamentalmente en los campos de la bioética, debido a la heterogeneidad de las políticas nacionales <sup>56</sup>, llegando a lo que se ha denominado «*primauté templada*» <sup>57</sup>.

Sobre esto, también ALONSO GARCÍA apunta que «más allá de la necesidad de guardar las formas, lo que exige que el diálogo deba en todo caso producirse *inter pares*, deberá existir efectivamente diálogo (que no de encuentro de monólogos) entre los respectivos supremos intérpretes del entramado constitucional europeo» <sup>58</sup>.

Frente al modelo de pluralismo constitucional se ha sustentado la opción de construcción de un orden jerárquico con una norma última, residente esta en el nivel supranacional, y por tanto europeo.

La justificación se basaría en la idea kelseniana de que en todo sistema jurídico existe una norma que fundamenta la validez de las demás y cuya validez no deriva de ninguna otra norma (*Grundnorm*) <sup>59</sup>, esto posibilitaría que el sistema gozara de coherencia interna y unidad, permitiendo una mejor solución de los conflictos entre normas jurídicas.

Se discute su conveniencia por motivos de carácter normativo y pragmático. En un sentido normativo, el pluralismo constitucional responde bien al sentido del constitucionalismo en cuanto limitación del poder <sup>60</sup>.

En un sentido pragmático, en última instancia, el mayor obstáculo para esta reformulación del sistema en un orden jerárquico sería la resistencia numantina de los tribunales constitucionales y el temor a que una imposición de la misma motivara una mayor tensión <sup>61</sup>.

---

Sobre la importancia del diálogo y de que intervengan de forma activa los tribunales constitucionales a través de la cuestión prejudicial véase también GIORGI, F. y TRIART, N.: «National Judges, Community Judges: Invitation to a Journey through the Looking-Glass-On the Need for Jurisdictions to Rethink the Inter-systemic Relations beyond the Hierarchical Principle», *European Law Journal*, núm. 14, 2008, págs. 693-714.; LAZARI, A.: «La nueva gramática del constitucionalismo judicial europeo», *op. cit.*, págs. 522 y ss.

<sup>55</sup> Vid. TENORIO SÁNCHEZ, P., «Tribunal Constitucional y cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Diario La Ley*, núm. 7.520, 30 de noviembre de 2010.

<sup>56</sup> Vid. LAZARI, A.: «La nueva gramática del constitucionalismo judicial europeo», *op. cit.*, pág. 525.

<sup>57</sup> GROPPI, T.: «La primauté del Derecho Europeo sobre el derecho constitucional nacional; un punto de vista comparado», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, 2006, pág. 243.

<sup>58</sup> ALONSO GARCÍA, R.: «El juez nacional como juez europeo a la luz del Tratado constitucional», en GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., CARTABIA, M., WITTE, B. de y PÉREZ TREMPES, P. (Eds.): *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 683.

<sup>59</sup> KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995, págs. 129-131.

<sup>60</sup> POIARES MADURO, M.: «Contractual Law...», *op. cit.*, pág. 522.

<sup>61</sup> KRISCH, N., «The Case for Pluralism...», *op. cit.*, pág. 41.



Entiendo que la solución sería buscar un instrumento que posibilitara la solución de los posibles conflictos intraordinamentales o intrajurisdiccionales más allá del establecimiento de una jerarquización del sistema, y más allá también del mero diálogo entre Cortes basado en el pluralismo constitucional.

Esta solución pasaría por la asunción del criterio del mayor nivel o estándar de protección de los derechos fundamentales en cualquier caso que se plantee. Este criterio podría excluir posibles fricciones y facilitar un diálogo basado al menos en un principio común.

Esta es, además, la solución que parece asumir la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, ya con fuerza jurídica tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el pasado 1 de diciembre de 2009, y que podría incluso posibilitar una cierta *vis expansiva* de la Carta <sup>62</sup>.

En efecto, si acudimos a los artículos 52 y 53 de la misma, podemos apreciar cómo se establece, por un lado, que los derechos contenidos en la Carta que se correspondan con los del Convenio de Roma o con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros se interpretarán de conformidad con los mismos, pero sin excluir la posibilidad de una protección más extensa en el ámbito del Derecho de la UE, a la vez que se consagra, por otro lado, un principio de no regresión, impidiéndose una interpretación más restrictiva.

Este criterio del máximo estándar o nivel de protección, como es obvio, no solventaría de forma sencilla los conflictos entre derechos fundamentales, pero sí los supuestos donde no existiendo tal conflicto entra en escena un derecho fundamental, debiendo garantizarse su máximo nivel de protección, ya lo otorgue el Derecho de la Unión o el Derecho nacional; de tal forma que se garantizaría la tutela incluso de los derechos fundamentales que no respondan a las tradiciones de la mayoría de los Estados miembros, o el nivel de protección mayor de los mismos, abjurando quizá de esta forma los peligros de la homogenización o colonialismo judicial citados con antelación <sup>63</sup>.

## 7. CONCLUSIONES

Como dijimos en la introducción pretendíamos acercarnos a la teoría del «pluralismo constitucional» como planteamiento teórico que trata de solventar los problemas del sistema multinivel

<sup>62</sup> Sobre esto, *vid.* RIDOLA, P.: «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la "tradizioni costituzionali comuni" degli Stati membri», en PANUNZIO, S.P. y SCISO, E.: *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Giuffrè, Luiss Edizioni, Milán, 2002, pág. 92; ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2007, págs. 270-271.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pág. 132; SARRIÓN ESTEVE, J., «El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: a propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales», *CEFLegal, Revista Práctica de Derecho*, 2011, [www.cefllegal.com](http://www.cefllegal.com).

<sup>63</sup> Por supuesto debemos aún desarrollar estas ideas, pero creíamos conveniente dejarlas al menos apuntadas. En cualquier caso, debemos añadir que el criterio del máximo estándar de protección no está exento de problemas, como muy bien ha quedado constatado, pero no parecen ser determinantes. *Vid.* al respecto ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2010, págs. 312 y ss.

que existe en la UE; y en ese sentido, estudiar el concepto y características de la teoría, su necesidad, cómo le afectó el fracaso del proyecto constitucional europeo y sus supervivencia con el Tratado de Lisboa, sus ventajas e intento de extensión de la teoría fuera del sistema jurídico de la UE, y finalmente los peligros y problemas que plantea.

Tras realizar lo anteriormente dicho, podemos realizar las siguientes reflexiones a modo de conclusiones:

- La teoría del «pluralismo constitucional» si bien no es meramente artificial, es una construcción teórica de la doctrina que trata de dar una explicación coherente del funcionamiento del sistema jurídico multinivel de tutela de los derechos fundamentales en la UE focalizando todo en el llamado diálogo interjurisdiccional en equilibrio (sin jerarquías).
- Esta teoría plantea serios problemas al olvidar el problema real de estandarización de la dimensión mayoritaria de los derechos fundamentales, y por tanto de una homogenización por imposición de la visión mayoritaria sobre la diversidad que rige en la UE. El diálogo no jerarquizado no solventa el peligro de la homogenización, sino que simplemente lo esconde, trata de evitar el conflicto, pero si este –en hipótesis– se diera, se requiere una solución jerárquica donde solo caben dos respuestas: o se prima la tutela que ejercen los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros, o bien se prima la tutela del Tribunal de Justicia. No obstante, cabría una tercera solución, la primacía del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, para lo que se requiere una pronta adhesión de la UE al Convenio de Roma (posibilidad prevista ya en los Tratados de conformidad con la reforma que lleva a cabo el Tratado de Lisboa).
- Por tanto, cabe plantearse legítimamente si la construcción teórica del constitucionalismo plural no es más que una mera creación doctrinal o académica que no aporta verdaderas soluciones sino una especie de sueño que adormece a gran parte de la doctrina; o si bien tiene unas grandes ventajas prácticas y debería ser adoptado como forma de estudiar y solventar los problemas que la tutela de los derechos fundamentales plantean en un sistema de tutela multinivel como el europeo en la actualidad.

En cualquier caso, se requiere una mayor reflexión sobre las ventajas e inconvenientes de esta doctrina, pues antes de posibilitar estudios sobre la extensión del pluralismo constitucional fuera de las fronteras de la Unión es esencial que se verifique su aplicabilidad en su propio ámbito. Para ello, es esencial estudiar también sus alternativas, las opciones de la primacía nacional, la primacía comunitaria, la fusión constitucional; e incluso la utilización del criterio o principio del máximo nivel o estándar de protección que podría complementarla, buscando la solución más adecuada a los verdaderos problemas que se derivan del sistema multinivel en la UE.