

LA LIGA CONSTITUCIONAL EUROPEA. EL ENCANTO TEÓRICO CONSTITUCIONAL Y LA INSUFICIENCIA TEÓRICA DEL PRINCIPIO DE INCERTIDUMBRE¹

MATTHIAS JAESTADT

Catedrático de Derecho Público

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

SUMARIO

- I. Constitucionalismo multinivel
- II. La teoría constitucional a prueba
- III. Dos en uno: un oxímoron más bien teórico
- IV. Conexión incorrecta

I. CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL

1. El desafío europeo del Constitucionalismo

Desde mediados de los años ochenta, y después de aisladas opiniones doctrinales,² el TJCE otorga a los Tratados comunitarios, la calificación de «Carta constitucional de la Unión».³ Así, como resultado del acelerado e intensificado proceso de integración —especialmente provocado por los Tratados de Maastricht (1992), Ámsterdam (1997) y Niza (2001)— nos encontramos con los defensores de la caracterización del Derecho de la Unión como un Derecho constitucional europeo.⁴

1 Traducción al español de MÓNICA ARENAS, Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Alcalá.

2 Con más detalle, vid. Ingolf Pernice, «Europäisches und nationales Verfassungsrecht», en *VVDStRL* 60 (2001), p. 148 (150 y notas a pie 6 y 7).

3 TJUE, asunto 294/83, sentencia de 23.04.1986 (Rec. 1986, 1339, párrafo 23-«Les Verts»); Dictamen 1/91, de 14.12.1991 (Rec. 1991, I-6079, párrafo 21-«CEDH»); Dictamen 2/96, de 28.03.1996 (Rec. 1996, I-1759, párrafo 35-«Informe-CEDH»).

4 Al respecto, vid. Peter Badura, «Die föderative Verfassung der Europäischen Union», en *FS für Martin Heckel*, 1999, pp. 695 y ss.; Pernice (o. N 3), pp. 149 y ss.; Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, pp. 93 y ss. (Conclusiones: pp. 163-166); Martin Nettesheim, «Die konsoziative Föderation von EU und Mitgliedstaaten», en *ZEUS* 2002, p. 507 (524 ss.); Dieter Grimm, «Ursprung und Wandel der Verfassung», en Josef Isensee / Paul Kirchhof (Eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*

Pero la progresiva constitucionalización⁵ del nivel europeo se caracteriza especialmente por otra circunstancia: por las numerosas referencias mutuas y las dificultades conceptuales que existen entre el Derecho de la Unión y el Derecho constitucional de los Estados miembro. Entre ellos se establece una compleja relación con el fin de evitar referirse a la convergencia de las diferentes capas o niveles constitucionales. Aunque existe un amplio consenso en el hecho de que la cohesión resultante no posee la calidad y la calificación propia de un Estado (ni tan siquiera de un Estado federal), se dejan muy por detrás, tanto en calidad como en cantidad todas las formas convencionales comunitarias y las formas de cooperación internacional. La expresión normativa más visible para referirnos a un «espacio constitucional europeo» en construcción —desde una perspectiva alemana⁶— por un lado, se inserta en la Ley Fundamental en el año 1992 a través de la Cláusula de integración (artículo 23)⁷; y, por otro lado, se regula de conformidad con el artículo 6.1-3 TUE⁸ al referirse a las reglas básicas de participación de las Constituciones de los Estados miembros. Junto al Derecho constitucional europeo en sentido estricto, se prestará una mayor atención y se tendrá en cuenta la relación con el Derecho constitucional de los Estados miembros. Ante la falta de precedentes⁹ de los procesos de constitucionalización que tienen lugar en la Unión Europea, se tendrán que acabar analizando los entresijos o la estratificación de los ordenamientos jurídicos constitucionales de procedencia jurídica diferente.

Las categorías tradicionales y los parámetros empleados por la Teoría del Estado y la Teoría de la Constitución resultan ser sólo parcialmente eficaces para proporcionar un modelo conceptual adecuado y un patrón objetivo de interpretación para valorar y clasificar el nuevo fenómeno.¹⁰ En consecuencia, se supera la exigencia de una «Teoría constitucional postnacional» —«la cual lo que consigue es un «estrechamiento

(en adelante, *HSR*) I, 3ª Ed., 2003, § 1 Rn. 87 ss., especialmente, pp. 95-100; Christoph Möllers, «Verfassungsgebende Gewalt-Verfassung-Konstitutionalisierung», en Armin von Bogdandy (Ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, p. 1 (18 y ss.), para quien, además, el significado constitucional será incluso fijado con el fin de hablar de Constitución respecto del Tratado de la Unión Europea, como la referencia a una aceptada Teoría constitucional que es efectivamente captada a nivel supranacional.

5 Sobre algunas facetas de la constitucionalización: Möllers (o. N 5), p. 47 f.; también Brun-Otto Bryde, «Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts», en *Der Staat*, 42 (2003), p. 61 y ss.

6 Lo mismo para casi todos los demás Estados miembros, en especial, vid. Franz C. Mayer, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, 2000, p. 140 y ss. (p. 357); Rudolf Streinz, «Verfassungsvorbehalte gegenüber Gemeinschaftsrecht-eine deutsche Besonderheit?», en *FS für Helmut Steinberger*, 2002, p. 1436 (1456 y ss., en especial p. 1458).

7 A través de la norma de modificación de la Constitución, de 21.12.1992 (BGBl. I p. 2086).

8 Art. 6.1 y 2 TUE correspondiente al art. F.1 y 2 TFUE creado a través del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), de 07.02.1992 (BGBl. II p. 1253); Art. 6.3 TUE fue introducido por el Tratado de Amsterdam el 02.10.1997 (BGBl. 1998 II p. 387).

9 Al respecto, Gunnar Folke Schuppert, «Anforderungen an eine Europäische Verfassung», en Hans-Dieter Klingemann/Friedhelm Weidhardt (Eds.), *Zur Zukunft der Demokratie*, 2000, p. 207 y ss..

10 Compárese especialmente Josef Isensee, «Nachwort. Europa-die politische Erfindung eines Erdteils», en Josef Isensee (Ed.), *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, 1993, p. 103 (127); Udo Di Fabio, *Das Recht offener Staaten*, 1998, en especial, p. 139.

estadístico»¹¹ y hace referencia tanto a la legislación nacional como a la constitucional europea»¹², a favor de un modelo de desarrollo capaz de representar «formas más complejas de unidad política más allá del Estado».¹³ Debemos pues hablar con precaución de un «constitucionalismo multinivel»¹⁴, de un Derecho constitucional integrado en un «sistema multinivel»¹⁵, de una «Constitución multinivel europea»¹⁶. En la búsqueda de la denominación más adecuada, nos perdemos en toda una avalancha de conceptos, donde unas veces se pone más el acento en la Teoría del Estado y, otras veces, en la Teoría la Constitución, y el trayecto se rompe. Además de los conceptos ya mencionados —por nombrar sólo algunos de los comúnmente utilizados por la doctrina alemana—, el discurso gira en torno a conceptos como el de «orden constitucional europeo»,¹⁷ «sistema de interdependencia constitucional»,¹⁸ «Red constitucional»,¹⁹ «Federación soberana»,²⁰ «Comunidad constitucional»,²¹ «Constitución comunitaria de la Unión europea»,²² «Constitución cooperativa (y conflictiva) de la Unión Europea»²³ y «Doble Constitución»²⁴. Además, la tradición insular obliga a la zona de lengua anglófona a caracterizar y denominar al concepto como «*Commonwealth* europea».²⁵ Pero si no es mentira todo lo que nos cuentan, vemos que no tiene éxito ninguna Teoría de modelos y de conceptos, como el de la «Liga constitucional europea» que, terminológicamente, proporciona un denominador común y que en la Unión Europea sería válido al introducir un Derecho constitucional de diferentes niveles.

11 Jürgen Schwarze, «Auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung-Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht», en *DVBl.* 1999, p. 1677 (1682).

12 Pernice (op. cit. nota 3), p. 154.

13 Citando a Thorsten Kingreen, «Grundfreiheiten», en Armin von Bogdandy (Ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, p. 631 (651): «efectivamente, el discurso no gira en torno a «representar», sino en torno a «construir»».

14 Ingolf Pernice, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revisited», en *CMLRev.* 36 (1999), p. 703 (707, 708 ss.).

15 Entre muchos, Franz C. Mayer, «Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit. Gerichtliche Letztentscheidungen im europäischen Mehrebenensystem», en Armin von Bogdandy (Ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, p. 229 (264 y ss., 269., 270 y ss. con referencias).

16 Pernice (op. cit. Nota 3), p. 175.

17 Jürgen Schwarze, «Einführung», en Jürgen Schwarze (Ed.), *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung. Das Ineinandergreifen von nationalem und europäischem Verfassungsrecht*, 2000, p. 11 (14).

18 Roland Bieber, «Verfassungsentwicklung der Europäischen Union. Autonomie oder Konsequenz staatlicher Verfassungsentwicklung», en Peter-Christian Müller-Graff/Eibe Riedel (Eds.), *Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union*, 1998, p. 209 (p. 215).

19 Kingreen (op. cit. Nota 15), p. 652.

20 Siegfried Magiera, «Diskussionsbeitrag», en *VVDStRL* 53 (1994), p. 137 (138).

21 Peter Häberle, «Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft», en *DVBl.* 2000, p. 840 (841).

22 Rudolf Steinberg, «Grundgesetz und Europäische Verfassung», en *ZRP* 1999, p. 365 (373 y ss.).

23 Alexander Schmitt Glaeser, *Grundgesetz und Europarecht als Elemente Europäischen Verfassungsrechts*, 1996, p. 184 ss., en especial, pp. 184 y 189.

24 Compárese especialmente Peter Pernthaler, «Die neue Doppelverfassung Österreichs», en *FS für Günther Winkler*, 1997, p. 773 y ss.; Theo Öhlinger, Die Verfassung im Schmelztiegel der europäischen Integration: Österreichs neue Doppelverfassung (1999), in: ders., *Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union*, 1999, S. 165 ff., bes. 215 f.

25 Especialmente, Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, 1999, especialmente, p. 142.

2. El concepto de «Liga constitucional europea»

En contra de la caracterización dada a la Unión Europea por parte del Tribunal Constitucional Federal en el caso Maastricht, en el año 1993, como una «asociación de Estados, cuyo poder derivaba de los propios Estados miembros y que podía ser vinculante para la soberanía alemana sólo en virtud de las normas de aplicación jurídica alemanas»²⁶ manifestó Ingolf Pernice —en conexión con la calificación de la Unión como una «Unión de ciudadanos»²⁷— el concepto de «Liga constitucional europea».^{28 29} Este concepto, sin embargo, se encuentra menos conocido y justificado que el concepto de «Asociación de Estados», por lo que se puede cuestionar tanto su valor argumentativo, su situación metodológica dogmática, o su valor teórico explicativo e, incluso, antes que nada, se puede cuestionar por el hecho de que cambie los valores, las posiciones pasando del Estado a la Constitución,³⁰ de la perspectiva de los Estados miembros a una perspectiva comunitaria. Así, los cambios de niveles y cuestiones relacionadas —asociadas con la Teoría del Estado con su Troika Estado federal-Confederación-Confederación de Estados a la Teoría de la Constitución con sus diferentes concepciones constitucionales—, se llevan a cabo subrepticamente, de manera oculta a través del mantenimiento de la semántica empleada en la Unión. En el concepto de Liga constitucional encontramos juntas dos líneas pendientes de desarrollo (incluso terminológico): por un lado, la cuestión de fondo

26 BVerfGE 89, 155 (190, pp. 156 [Principio 8] y 181). Importante argumentación: Paul Kirchhof, «Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration», en *HSrR* VII, 1. Ed. 1992, § 183 Párr. 38, 50 y ss., 69. A continuación, Di Fabio (op. cit. Nota 12), pp. 139-145 (p. 140 «también permanece obligada la aplicación de la Constitución federal, a [...] las formas de los Tratados internacionales»).

27 Así, en contra de la caracterización como «Unión de Estados»: Ulrich Everling, «Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und seine Bedeutung für die Entwicklung der Europäischen Union», en *Integration*, 1994, p. 165 (167, 169); en relación con Ingolf Pernice, «Deutschland in der Europäischen Union», en *HSrR* VIII, 1. Ed. 1995, § 191 Párr. 65.m. Nota 309.

28 Compárese Ingolf Pernice, «Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung», en Roland Bieber/Pierre Widmer (Eds.), *Der europäische Verfassungsraum*, 1995, p. 225 (261 ss.); del mismo, «Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund», en *EuR* 1996, p. 27 (29 ss.); del mismo, en Horst Dreier (Ed.), *Grundgesetz*, Vol. II, 1998, Art. 23 Párr. 17, 20-22; del mismo (op. cit. Nota 16), p. 703 (707, 708 ss.); del mismo, «Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung», en *JöR N.F.* 48 (2000), p. 205 (214 ss.); del mismo (op. cit. Nota 3), p. 163 ss.; y del mismo, «Die Europäische Verfassung», en *FS für Helmut Steinberger*, 2002, p. 1315 (1326 ss.).

29 Siguiéndolo, sobre Hartmut Bauer, «Europäisierung des Verfassungsrechts», en *JBl.* 2000, p. 750 (752); Armin von Bogdandy, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer Herrschaftsform*, 1999, p. 13; Christian Calliess, *Subsidiaritäts— und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union*, 2.^a Ed. 1999, p. 189; del mismo en Christian Calliess/Matthias Ruffert (Eds.), *Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2.^a Ed. 2002, Art. 1 EUV Párr. 26; Markus Heintzen, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union», en *EuR* 32 (1997), p. 1 (15); Stefan Kadelbach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1999, p. 22; Doris König, *Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses-Anwendbarkeit und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes*, 2000, p. 563 ss.; Peters (op. cit. Nota 5), p. 207 ss.; Kingreen (op. cit. Nota 15), p. 650 y s.

30 Estrictamente hablando, por supuesto, se lleva a cabo no sólo el cambio de la palabra «Estado» a la de «Constitución»; entre otros, se sustituyó el plural original («Estados»), incluso en el singular («Constitución»). Sobre esta cuestión, vid. Apartado 3.

del Estado haciendo especial hincapié en la Constitución como concepto jurídico,³¹ y, por otro lado, la Liga como una idea estructural.³²

Con el concepto de «Liga constitucional europea» nos referimos a «una Constitución formada por las Constituciones de los Estados miembros vinculados entre sí por un órgano constitucional complementario de los Tratados europeos existentes».³³ La «Constitución europea» se deduce de esta interpretación como «la unión de niveles constitucionales nacionales y europeos donde ambos niveles resaltan los elementos de «una unidad material, funcional e institucional» de un sistema unido».³⁴ La «Liga constitucional europea» no se define sólo como un modelo, sino que se describe a través de sus características individuales. Se define a través de las siguientes características:³⁵

- Estructura constitucional escalonada de dos niveles constitucionales;³⁶
- «Estructura policéntrica»,³⁷ es decir, entre los niveles constitucionales de «soberanía compartida»;³⁸
- Dos sistemas (parciales) —especialmente materiales y complementarios—, en un «sistema de una estabilidad constitucional variable»,³⁹ respectivamente, «Constituciones complementarias en un sistema multinivel organizado» del poder público.⁴⁰
- Fundamentos de validez y reglas de aplicación del Derecho de la Unión Europea en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que se encuentran en el Derecho de la Unión en sí, no en las normas nacionales de ratificación,⁴¹ que represen-

31 Entre muchos, Di Fabio (op. cit. Nota 12); Josef Isensee, «Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates», en *JZ* 1999, p. 265 ss., en especial, p. 274 y ss.

32 Especialmente Eberhard Schmidt-Aßmann, «Europäische Verwaltung zwischen Kooperation und Hierarchie», en *FS für Helmut Steinberger*, 2002, p. 1375 (1381 ss.). El vocabulario compuesto tiene actualmente en la ciencia jurídica alemana —ya sea como «unión administrativa», como «unión informativa», como «unión científica» o simplemente como «unión de significados» (sobre este último Matthias Jestaedt, «Selbstverwaltung als „Verbundbegriff«», en *Die Verwaltung* 35 [2002], p. 293 ss.

33 Vid. Pernice (op. cit. Nota 16), p. 707.

34 Vid. Pernice (op. cit. Nota 3), p. 153; Mayer (op. cit. Nota 17), p. 264.

35 El concepto de «Liga» a la vista de la Constitución Europea es la interpretación y la aplicación más diversa y accesible. Con la lista enumerada de las peculiaridades, sólo el concepto más elaborado y —la medida en que aparece— el de mayor influencia en la ciencia constitucional europea, se intenta identificar como el concepto de «Liga constitucional europea», conectado con el nombre de Ingolf Pernice (anteriormente Nota 30). En particular, hay que destacar que el concepto de «Liga constitucional» no incluye necesariamente la tesis de que la opinión del Estado miembro del Derecho comunitario —con la palabra clave: reglas de aplicación del Derecho en los restantes Estados miembros— no encuentra un lugar concreto. Acerca de esta cuestión, en detalle, Stefan Oeter, «Föderalismus», en Armin von Bogdandy (Ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, p. 59 (110, 117 s.).

36 Compárese Pernice, *Dritte Gewalt* (op. cit. Nota 30), p. 29 y s.f.; del mismo (op. cit. Nota 16), p. 707.

37 Entre muchos, Armin von Bogdandy, «Europäische Prinzipienlehre», en, del mismo, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, p. 149 (153). Kingreen (op. cit. Nota 15), p. 652, que habla en este contexto de la «policéntrica seguridad de la Unión».

38 Especialmente Pernice, *Dritte Gewalt* (op. cit. Nota 30), p. 31; del mismo (op. cit. Nota 3), p. 175.

39 Relacionado, vid. Pernice (op. cit. Nota 3), pp. 183 y 186.

40 Pernice, *Konsolidierung* (op. cit. Nota 30), p. 215 con referencia a Thomas Läufer, «Zum Stand der Verfassungsdiskussionen in der Europäischen Union», en *GS für Eberhard Grabitz*, 1995, p. 355 (362 y 364).

41 La norma de ratificación de los Estados miembros «no serían unas reglas de aplicación del Derecho, sino la forma de participación de los ciudadanos en el contrato social europeo a través de la Constitución de la Unión» (vid. Pernice [op. cit. Nota 3], p. 191 [Principio 13], también p. 171).

tan sólo una «forma de participación [vid. referencia a la Unión de ciudadanos; M.J.] de la sociedad europea a través de su Constitución».⁴²

— El legitimado principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional —«piedra angular de la arquitectura constitucional de la Unión Europea»,⁴³ respecto del cual, por supuesto, no se puede extraer una relación jerárquica entre el Derecho constitucional europeo y el nacional, en el sentido de un principio jerárquico: para la «Liga constitucional» una característica esencial es una estructura multinivel no jerárquica.⁴⁴

— El procedimiento de modificación de los Tratados, previsto en el artículo 48 TUE, establece «un procedimiento de reforma y no un procedimiento de conclusión de un Tratado internacional»-los Estados miembros no son «los dueños de los Tratados»;⁴⁵

— Cualquier cambio de la Constitución de la Unión trae con ella «cambios materiales en las Constituciones nacionales»;⁴⁶

— Estructura dinámica y procesal: el proceso de integración europea se puede describir como un procedimiento de constitucionalización o, incluso, como un procedimiento gradual de elaboración constitucional.⁴⁷

3. No es sólo una cuestión de palabras

La carrera por conseguir la denominación más apropiada para este fenómeno sin precedentes es, por supuesto, cualquier cosa menos una mera desavenencia o un simple juego de palabras. Sin perjuicio del imparable poder de las palabras, la discusión sobre si sería mejor hablar de «Asociación de Estados» o «Liga constitucional» se relaciona, ni más ni menos, que con la disputa sobre la definición y la interpretación soberana del Derecho comunitario (constitucional) y su relación con el Derecho (constitucional) de los Estados. Mientras que el primer concepto plantea y desarrolla la Unión de los Estados miembros, en el segundo concepto la Unión actúa como si fuera un acomodador para los Estados; mientras que el concepto «Asociación de Estados» pone el acento en lo plural, resaltando la mayoría en la unidad, para la «Liga constitucional» por el contrario, se pone el acento en lo singular, en la unidad sobre la mayoría; mientras que con el concepto de «Asociación de Estados» se une, al menos, el carácter internacional del Derecho primario, el concepto alternativo, de «Liga constitucional», atribuye carácter constitucional al Derecho primario abandonando su carácter internacional; y, por último, mientras que la primera interpretación se mueve en el seguro terreno del pasado, el segundo concepto se inclina hacia la certeza de tener el futuro de su lado.

⁴² En este sentido, Pernice (op. cit. Nota 3), p. 171, y parecido, p. 191 (Principio 13).

⁴³ Pernice (op. cit. Nota 3), p. 184.

⁴⁴ Pernice (op. cit. Nota 3), p. 185; Peters (op. cit. Nota 5), p. 253 y ss.; con más referencias en Mayer (op. cit. Nota 17), p. 264.

⁴⁵ Pernice (op. cit. Nota 3), p. 171.

⁴⁶ Pernice, *Dritte Gewalt* (op. cit. Nota 3), p. 30.

⁴⁷ «La integración europea es el constitucionalismo multinivel, pero en la reserva» (Pernice [op. cit. Nota 16], p. 729). Al respecto, vid. del mismo, posteriormente, en Dreier (op. cit. Nota 30), Art. 23, Párr. 21; Peters (op. cit. Nota 5), p. 372 ss., 379 ss.

Jurídicamente hablando, en realidad de lo que se trata —en el verdadero sentido de la palabra— es tanto del fundamento del Derecho de la Unión como del de los Estados miembros. Los diferentes conceptos marcan respuestas jurídicamente opuestas a las preguntas sobre la validez de los distintos niveles jurídicos; sobre el carácter incondicional o condicional de la primacía del Derecho comunitario, y, por lo tanto, sobre la existencia de reservas o barreras nacionales a las reglas de integración; sobre la posibilidad de acciones *ultra vires* a través de órganos comunitarios y sus eventuales consecuencias jurídicas (como pudiera ser la suspensión de la obligación de los Estados miembros de respetar los actos comunitarios); sobre la competencia para tomar la última decisión de los Altos Tribunales nacionales, en relación con los excesos competenciales de la Unión; y, finalmente, sobre el significado de la Cláusula de revisión de los Tratados comunitarios (art. 48 TUE) —bajo la influencia de la pregunta de quiénes serían los «Dueños de los Tratados»—, así como finalmente, sobre el lugar donde residiría la soberanía.⁴⁸

Estas preguntas, que requieren una respuesta en función de la relación de cada Estado miembro con la Unión, de la relación de cada ordenamiento jurídico nacional con el Derecho de la Unión, se abordan desde el punto de vista del enfrentamiento entre «Asociación de Estados» y «Liga constitucional» (independientemente de las circunstancias de que ambos conceptos, en la Doctrina constitucional alemana, se han desarrollado y han experimentado su difusión al respecto),⁴⁹ no sólo para mantener una discusión desde la perspectiva general de los actuales 15 Estados, sino de los ahora ya 25 Estados miembros, despreciados, o muy marginados.

II. LA TEORÍA CONSTITUCIONAL A PRUEBA

El concepto de la «Liga constitucional europea» vive a la vista de lo incompatible y lo inconcluso, además del imprevisible desarrollo europeo y de la eficacia y precisión de una relación incierta. Por supuesto, esto no evita preguntar si, y en qué medida, el concepto teórico es coherente en sí mismo, si sus diferencias son significativas y si las conclusiones extraídas se encuadran dentro del marco teórico elegido.

1. Originalidad y resistencia: conceptos constitucionales teóricos

Sin que esto suponga, de partida, una objeción constitucional teóricamente significativa respecto del concepto de «Liga constitucional europea», el mismo parece muy poco afortunado, máxime si tenemos en cuenta que con el concepto de «Constitución europea» se elige un término genérico, de una parte que constituye un Derecho constitucional europeo⁵⁰ —y, más aún, si esto es lo más conocido del presente proyecto del

⁴⁸ Para posteriores ejemplos de ámbitos conflictivos, vid. abajo Apartado III.3.

⁴⁹ Es significativo que el protagonista más importante del concepto de «Liga constitucional» en las contribuciones en lengua inglesa haya acompañado al concepto alemán como si fuera un paréntesis y el resto haya evitado el término menos preciso del «constitucionalismo multinivel» (Compárese Pernice, [op. cit. Nota 16], y especialmente pp. 706 y 708 y ss.

⁵⁰ Al respecto, vid. op. cit. Nota 36.

actual Derecho de la Unión Europea, esto es, el «Tratado que establece una Constitución para Europa»—,⁵¹ cuyas imprecisiones, malos entendidos y malas interpretaciones son casi inevitables. Pero más importante que este aspecto conceptual es el material, más precisamente: el marco teórico científico del concepto «Liga constitucional». Como concepto y categoría —posiblemente de diseño «post-nacional»⁵² o «transnacional»⁵³— de la Teoría de la Constitución,⁵⁴ la Liga no es por sí misma Derecho constitucional, es decir, no es un fenómeno de Derecho positivo (por lo que elimina el intrincado problema de la asignación al Derecho comunitario, al Derecho de los Estados miembros o a ambos). Por otra parte, carece del carácter y de la posición de la dogmática constitucional: el teorema de la «Liga constitucional» no surge para diseñar el contenido de las normas positivas desde la perspectiva de sus destinatarios. Dicho de otra manera: no se llega a plantear en ningún caso una solución jurídica (positiva) sólo sobre la base de su fundamento.⁵⁵ Con él, más bien, lo que se pretende es situar el Derecho (constitucional) vigente en un esquema general de interpretación, que —en su reducida complejidad de acceso— pretenda ser una ayuda para comprender y explicar cómo y para qué las normas dadas se asignan a un determinado ordenamiento. Sin embargo, sería exagerar sus verdaderas posibilidades, algo ya reclamado por la doctrina, el querer fijar por sí mismos, qué normas y con qué contenidos son válidas. Por lo tanto, cuando se utiliza un esquema de interpretación es necesario tener cuidado para que nunca se haga como *lex*, sino, en todo caso, como *ratio legis*. En definitiva, las «consecuencias jurídicas»⁵⁶ en el sentido de resultados normativos encuadrables en la dogmática constitucional —como el veredicto de inconstitucionalidad, o, por el contrario, la constitucionalidad de sus mandamientos—, no podrían basarse únicamente en una construcción teóricamente constitucional.⁵⁷

51 Vid. Nota 1-Enfaticado no en el original.

52 Al respecto, Pernice (op. cit. Nota 3), p. 154, 155 ss.; Mayer, (op. cit. Nota 17), p. 263, con detalle en Nota 173.

53 Vid. Thomas Giegerich, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozess*, 2003.

54 Respecto de que la «Liga constitucional europea» se trata de un fenómeno teóricamente constitucional, vid. Pernice (op. cit. Nota 3), p. 153 y s.; en especial, p. 178, así como p. 189 (Principios 2 y 3) y Kingreen, (op. cit. Nota 15), p. 651; y de forma indirecta, vid. Mayer (op. cit. Nota 17), p. 262 y ss.

55 En todo caso se indica que el modelo de «Liga constitucional» indica un «sistema unitario» de Constituciones europeas y nacionales, que «para cada caso, finalmente produce una solución jurídica» (así, Pernice [op. cit. Nota 3], p. 172).

56 Así, sin embargo, Pernice (op. cit. Nota 3), pp. 176-186-sustancialmente (!) es probable que se trate sólo de una expresión engañosa (del mismo autor, ya citado, p. 178 cuando analiza el «valor explicativo» del significado teóricamente constitucional del sistema europeo como «liga constitucional»).

57 Pero también, vid. Pernice *Dritte Gewalt* (op. cit. Nota 30), pp. 33 y ss., en especial, p. 37 (para determinar la «funcional democrática legitimación» de los jueces en la Unión Europea); del mismo (op. cit. Nota 3), p. 171 (para una explicación del art. 48 TUE como una «procedimiento para la reforma constitucional») o p. 177 y Nota a pie de página 147 (de la «Democracia multinivel» europea inherente la «doble legitimidad» —también— los Tribunales nacionales mantienen «el rechazo de la autoridad y respectivamente la obligación del Derecho nacional en contra de la comunidad»).

Pero eso no es suficiente. La Teoría de la Constitución no tiene sólo ni un único concepto ni un solo modelo constitucional.⁵⁸ Más bien «el concepto de Constitución se realiza a través de los diferentes niveles de mandatos descritos»,⁵⁹ y, por lo tanto, se descompone en una multiplicidad de concepciones interpretativas con significados diferentes. En vista de esto —tras la elección del correcto nivel—, se asegura de que el conocimiento y el método, las conclusiones y las creaciones del sistema, permanezcan en el nivel elegido, y no se transfieran a otro nivel o puedan ser asociados con operaciones de otros niveles. A la vista de la definición del concepto de «Liga constitucional» utilizado, este «avanzado y más funcional concepto constitucional»⁶⁰ se compone de dos elementos: la Constitución de la Unión y las Constituciones de los Estados miembros. Tanto la primera como las últimas se entienden en el modelo de Constitución formal, que se identifica por las siguientes características formales: el más alto rango dentro de la jerarquía normativa (primacía de la Constitución), y su difícil modificación y elevada resistencia de sus valores (rigidez constitucional).⁶¹ Sin embargo, si se abandona esta perspectiva interna formal, la consistencia de la argumentación será demolida —no ya desde la legalidad, sino bajo criterios de legitimidad— pues se considera a la «Constitución europea como un proceso de autodeterminación organizado», para cuya descripción se acude a las categorías pre-legales del «contrato social europeo» —de los «Tratados comunitarios europeos sobre la Constitución»— y del *pouvoir constituant* europeo.⁶² Así, se rechaza la cualidad de las normas de ratificación de actuar como una norma de aplicación del Derecho comunitario en los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros,⁶³ pero al mismo tiempo, en cambio, les capacita para ser un «modo de participación» de los ciudadanos en el contrato social europeo respecto de la Constitución de la Unión.⁶⁴ Así —bajo los auspicios legales establecidos— serán conceptos normativos de «pérdida», en un nivel realizable con funciones meta-normativas y, por lo tanto, no serán realizables jurídicamente con funciones de «victoria». Sin embargo, esto es un mal que establece sólo una aparente compensación. La Tesis de las normas de ratificación debería entonces aceptarse en su forma «más ágil» de dogmática constitucional, que no añade a la interpretación del concepto de «Liga constitucional europea» ningún significado legal constitutivo adecuado para las citadas normas de ratificación.

58 Entre muchos, Josef Isensee, «Staat und Verfassung», en *HSrR* I, 2. Ed. 1995, § 13 Párr. 121, en especial 129 y ss. así como p. 136 y ss., del mismo «Verfassungsrecht als „politisches Recht«», en *HSrR* VII, 1. Ed. 1992, § 162 Párr. 29 y ss.

59 Vid. Möllers (op. cit. Nota 5), p. 2.

60 Así, Pernice (op. cit. Nota 3), p. 153 entre otras; y también por Mayer (op. cit. Nota 17), p. 263, propagado un «concepto constitucional pragmático», la cuestión es, en esencia, sobre la Constitución en un sentido formal; a la que se acude en sentido «funcional» sólo para la solución de las estrictas conexiones entre Estado y Constitución.

61 Al respecto, Isensee, *Staat und Verfassung* (op. cit. Nota 60), § 13 Párr. 136.

62 Al respecto, de cerca, Pernice (op. cit. Nota 3), pp. 160 y ss. (sobre la citada aplicación: p. 160), 167 s., 171 (ahí la siguiente cita), 176 con más referencias.-Para el respectivo carácter al margen de las normas del *pouvoir constituant*, vid: Josef Isensee, *Das Volk als Grund der Verfassung-Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt*, 1995.-Para la implementación del poder constituyente del pueblo que instruye Europa: Möllers (op. cit. Nota 5), pp. 30-36 con especiales referencias.

63 Al respecto, Pernice (op. cit. Nota 3), p. 171 así como 191 (Principio 13).

64 Vid. Pernice (op. cit. Nota 3), p. 191 (Principio 13).

2. ¿«Unidad material» en la «Liga constitucional»?

También, la pieza central del teorema de la «Liga constitucional europea» —especialmente, la «unidad material del Derecho constitucional europeo y nacional»—⁶⁵ provoca cuestiones más concretas y, a primera vista, bastante comprensibles y de ningún modo increíbles. Estas cuestiones se refieren, por un lado, a la naturaleza y contenido de la «unidad material» y, por otro lado, a si se predica alguna específica particularidad del Derecho constitucional respecto del Derecho no constitucional.

A) *Naturaleza y contenido de la «unidad material»*

Incluso el uso variable del lenguaje puede arrojar dudas sobre la selección y el sentido de la Tesis de la unidad: mientras que el discurso gira —ante todo— alrededor de la «sustantividad» de la unidad,⁶⁶ en ocasiones también puede girar en torno a la calificación de la unidad como «material».⁶⁷ Pero si el enunciado no respondiera, en absoluto, sólo a su propio valor epistemológico, si el mismo se dividiera en dos enunciados, si los materiales jurídicos se refirieran uno a otro de forma conexa,⁶⁸ cabría preguntarse, qué debe entenderse por «unidad material»; qué es lo que separa la «unidad material» de la unidad en sentido «formal», «funcional» o «procesal». El sentido de la Tesis de la unidad, que no conlleva ningún potencial crítico en contra de una perspectiva formal o procedimental, no debería ser concebido con ninguno de los tres contraconceptos mencionados. La «unidad material» debería significar mucho más, es decir, debería significar la relación interna de las expresiones normativas de Derecho constitucional europeo, por un lado; y, de las normas nacionales de Derecho constitucional, por otro. Así que —y esto marca la dinámica de todo lo demás— se configura como un resultado intermedio el hecho de que la unidad se construya a través de un contenido (regulado normativamente) y no a través de un aparato de control estatal o de producción normativa, ni a través de una idéntica validez. En suma: la unidad no se construirá a través del Derecho. Pero entonces, la pregunta ahora es cuál es la especial característica jurídica justificativa de esta «unidad material».

El hecho de que las normas hagan referencia entre sí al contenido de otros ordenamientos jurídicos⁶⁹ ocurre en todos los ordenamientos jurídicos sin que sea una excepción, sino la consecuencia de una laboriosa producción jurídica en contra de la regla general. El hecho de que los ordenamientos jurídicos se necesiten mutuamente⁷⁰ de tal

65 Así, Pernice (op. cit. Nota 3), p. 191 (antes del Principio 14), y también pp. 153, 165, 174, 189 (Principio 2).

66 Especialmente, Pernice (op. cit. Nota 3), pp. 153, 165, 174, 189 (Principio 2).

67 De una forma muy clara: Pernice (op. cit. Nota 3), p. 191 (antes del Principio 14).

68 Así, también, Pernice (op. cit. Nota 3), pp. 164, 172, 173 y ss., 176, 191 (Principio 14: «Autonomía de las diferentes fuentes jurídicas») y entre muchos, bajo los auspicios teóricos, bajo Apartado III.1.

69 La terminología es aquí poco conocida, es decir, bastante imprecisa para capturar ambas capas diferentes dentro de un ordenamiento jurídico como también entre las diferentes capas normativas. Vid. para la perspectiva teórica Apartado III.1.

70 Sobre «instruidos mutuamente», vid. Pernice (op. cit. Nota 3), pp. 173 y s. (Vid: p. 173 con la nota a pie de página 126).

forma que las manifestaciones jurídicas sólo puedan ser comprendidas a través de la visión conjunta de ambos ordenamientos jurídicos no es, en ningún caso, una especialidad destacable. Así, el concreto alcance de las garantías constitucionales se deduce del resumen de la protección jurídica, por un lado, así como, fundamentalmente, de los amplios y completos límites, por otro lado. En este contexto, hablar de «unidad material» no sería incorrecto pero, sin embargo, produciría pocos conocimientos verdaderamente aprovechables.

Una recepción —a la vista de una estructura de niveles y de la duplicidad constitucional, de la obvia primacía y del efecto directo del Derecho comunitario— de la dogmática federal⁷¹ no ayuda mucho más: especialmente, a consecuencia de la primacía del Derecho federal sobre el Derecho constitucional estatal (art. 31 GG) y de los requisitos federales de homogeneidad para las Constituciones nacionales, el Derecho constitucional estatal no puede contradecir en su validez al Derecho constitucional federal, por lo tanto, se construyen ambos en relación con la Federación como un todo material, de muchas maneras incluso complementarias, por supuesto unilateralmente desde la primacía del derecho federal constitucional alemán. También en esta línea, la «unidad material» esconde una complementariedad semejante en la forma de los canales comunicativos, lo cual entre Federación y Estados, sin embargo, no se puede verificar positivamente (jurídicamente).

Ante la creciente integración social e internacional, las interacciones de contenidos se intensifican cada vez más, incluso entre ordenamientos jurídicos diferentes.⁷² La relación entre el Derecho constitucional nacional y el Derecho derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos debería ser considerada como un ejemplo marcadamente especial de lo que supone una mutua observancia o referencia —incluso desde el punto de vista alemán—⁷³. Aquí podrían describirse numerosas y variadas (tanto normativas como fácticas) referencias internas como, por ejemplo, la consideración del Derecho del CEDH a través de la interpretación de los derechos fundamentales nacionales⁷⁴ o, por el contrario, la remisión a las limitaciones de una serie de libertades públicas, las cuales son «necesarias en una sociedad democrática» (como se recoge, por ejemplo, en los arts. 8.2, 9.2, 10.2, o en los arts. 11.2 CEDH y 2.3 del Protocolo nº 4 CEDH).⁷⁵ Sin embargo, también aquí la caracterización como «unidad material», incluso como «derechos constitucionales» o —más exactamente— como derechos humanos, en ningún caso traería consigo puntos de vista jurisprudenciales. O dicho de otra forma: en cada uno de los ámbitos conocidos, la relación normativa y las referencias normativas se calificarían con el predicado de «unidad material», preguntándose así, a la vista de la mul-

71 Especialmente claro, Pernice, en Dreier (op. cit. Nota 30), Art. 23 Párr. 20 con referencias.

72 Por lo tanto no consiste sólo en pensar en el Derecho público, sino incluso en algunos sistemas normativos no estatales como por ejemplo el Derecho canónico o, incluso, los ordenamientos jurídicos privados.

73 En Alemania el CEDH es válido solo en cuanto a la norma de ratificación conforme al art. 59.2 GG. Para un vistazo sobre la posición y el rango del CEDH en el Derecho de los Estados miembros, vid. Christoph Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003, § 3 Párr. 1-9 (pp. 18-24) con posteriores referencias.

74 Así, BVerfGE 74, 358 (370: «Criterios de interpretación para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales y los principios constitucionales de la Ley Fundamental»); 82, 106 (115).

75 Al respecto, Christoph Grabenwarter, «Europäisches und nationales Verfassungsrecht», en *VVDStRL* 60 (2001), p. 290 (317-325) con referencias; del mismo (op. cit. Nota 75), § 3 Párr. 10-15 (pp. 25-29).

tiplicidad y de la asociada devaluación de la calificación, qué diferencia específica se debería predicar en común de la «unidad material del Derecho constitucional europeo y nacional» y de la «Liga constitucional».⁷⁶

En vista de lo anterior, la mera remisión al principio de subsidiariedad trae consigo una lista ejemplar de conceptos como «interacción», «interdependencia» y «enredos» jurídicos, que actúan como «principio sustancial de la [completar con «europea», M.J.] Constitución», pero nada cualitativamente nuevo. Con ello permanece, incluso, la particularidad de que el principio de primacía recogido en el art. 5.2 TUE no se relaciona con el ya citado principio de subsidiariedad, el cual —como norma positiva de Derecho comunitario— se refiere únicamente a la aplicación secundaria de las competencias primarias asignadas. En este sentido, no representa una directiva normativamente eficaz para la producción de Derecho constitucional comunitario. Aquí no se le toma como referencia, como una actual y válida norma jurídica, sino que en el mejor de los casos se le considera como —teoría constitucional antigua— *ratio legis* «por detrás» del sistema de control del eficaz principio de subsidiariedad comunitario.⁷⁷

Un valor interpretativo independiente —aunque sólo parcialmente— sí que se puede reflejar, por supuesto, en la Tesis de la «unidad material» en tanto que, como «en la Liga constitucional europea [...] cada cambio de la Constitución europea trae consigo cambios materiales en las Constituciones nacionales».⁷⁸ Pero también aquí hay que realizar ciertas reservas, que se pueden sistematizar muy brevemente: (1) En primer lugar, —una vez asumida la exactitud de la afirmación— no se delimita ningún efecto cambiante, sino una influencia unilateral del Derecho constitucional comunitario sobre el Derecho constitucional nacional; (2) En segundo lugar, el cambio del contenido —y no de la forma⁷⁹— de las Constituciones nacionales (art. 23.1.3 GG) no supone una modificación constitucional conforme al art. 79 GG; a causa de la similitud de efectos, la Ley Fundamental no lo trata expresamente como una posterior transferencia del Derecho primario de la Unión Europea, visto el requisito de la incorporación en el texto constitucional, conforme al art. 79.1.1 GG, sino que lo trata como si fuera un cambio constitucional formal respecto del cual la cláusula de integración ordena cumplir, en el terreno de las remisiones, con dos de los tres requisitos de creación constitucional (art. 79.2 y 3 GG).⁸⁰ Para permitir desviarse del Derecho constitucional federal vigente,

⁷⁶ Posteriormente Apartado B).

⁷⁷ En Pernice (op. cit. Nota 3), p. 174 con la nota a pie de página 133, la referencia al Protocolo n° 30 anexo al Tratado de Amsterdam [No. 30] sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad» (que —con un contexto irrelevante— se agrega al cambio producido tras «el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», véase CONV 850/03, pp 229-231) no cambia el hecho de que el Derecho de la Unión no tiene ningún principio general para controlar el principio de subsidiariedad; sin perjuicio de hablar con razón y jurídicamente de «órdenes recíprocas» para crear un análogo —de la misma forma invertido— principio de subsidiariedad como si fuera un principio constitucional nacional.

⁷⁸ Así, Pernice, *Dritte Gewalt* (op. cit. Nota 30), p. 30; también del mismo (op. cit. Nota 3), p. 178 con referencias en Notas a pie de página 152-154 y con especial referencia a BVerfGE 58, 1 (36).

⁷⁹ Y es que con un concepto constitucional, que hace hincapié especialmente en los elementos formales (concepto formal de Constitución), lo normativo es lo decisivo!

⁸⁰ Así, Angela Bauer/Matthias Jestaedt, «Das Grundgesetz im Spiegel seiner Änderungen», en, de los mismos autores, *Das Grundgesetz im Wortlaut*, 1997, p. 1 (26 ss., 37 s.), con posteriores referencias a opiniones contrarias.

en el supuesto del art. 23.1.3 GG no se exige el cambio de la Ley Fundamental, sino que deberán observarse, como mínimo, los requisitos del art. 79.2 y 3 GG, evitándose así una modificación constitucional, sin que en caso contrario, pueda ser evitada. La Ley Fundamental, en estos casos, será modificada a través de la —sencilla— norma de ratificación conforme al art. 23.1.3 GG y no en el sentido del art. 79 GG. Aquí se superpone su aplicabilidad a través de la regulación de la ya mencionada soberanía de los Tratados comunitarios. Lo que cambia, por lo tanto, no es la Constitución —de los Estados miembros— en sí misma, sino que cada fenómeno se relacionaría con el brillante y limitado tópico de la posición constitucional, y no con el concepto constitucional de la Ley fundamental; (3) En tercer lugar, debería ser correcto hablar, al menos por la concurrencia de responsabilidades comunes, de un cambio material de la Constitución nacional, no tanto conforme a la regla de la primacía, sino por el —secundario— recurso de la competencia a través de la comunidad; y así, consecuentemente el discurso no podría girar más alrededor de la ya propagada conexión de los cambios constitucionales; (4) Finalmente, surge aquí la pregunta de si no se está realizando una sustitución ilegal del concepto constitucional, si —basada inicialmente en la Constitución de la Unión y en la de los Estados miembros en un sentido formal—, los cambios son considerados constitucionalmente «materiales» en relación con la «posición constitucional».⁸¹

Una objeción final se refiere a la falta de claridad de la conceptualización establecida que, al parecer, se ha tenido en cuenta: cuando se habla de la «conexión entre niveles constitucionales nacionales y europeo» la conversación gira en torno a una «unidad material». Así, no se puede suprimir lo dicho anteriormente,⁸² si es así, la pequeña «Liga constitucional», es decir, la integración interna bilateral del Derecho constitucional de la Unión con el de los Estados, se entiende incluso —más allá— de la «gran Liga constitucional», es decir, de la integración multilateral interna de todas las Constituciones nacionales bajo la influencia del Derecho constitucional comunitario. Ambas explicaciones tienen sus propios riesgos: la lógica definición como «pequeña» Liga bilateral constitucional se establece para mantener la existencia de ya 15, incluso 25, «unidades materiales» —una consecuencia que concreta el camino singular del contrarrestado vocablo Constitución, por no decir, ridiculizado—. Por el contrario, todos los ordenamientos jurídicos constitucionales deberían ser vistos en la Unión en una «gran Liga constitucional», preguntándose así, qué naturaleza y qué contenido deberían tener,⁸³ en particular, bajo la influencia y la relación recíproca entre las Constituciones nacionales.⁸⁴

81 Así, Bauer/Jestaedt (op. cit. Nota 82), p. 38.

82 El hecho de que los protagonistas del concepto de «Liga» depositen lo relevante en las especiales características del Derecho comunitario (primacía, efecto directo, subsidiariedad), debería ser un indicio para guiar el concepto de «pequeña Liga constitucional», y el hecho de que la «Liga» también se caracterice como una «Constitución europea», en sentido contrario, debería ser un indicio para el concepto de «gran Liga constitucional», como se ve en el texto.

83 Con más referencias, vid. Nota 96.

84 Esto de ninguna manera debería alimentar los malos entendidos, ya que fueron las Constituciones de los Estados miembros para sí «a ciegas» y sin relación entre sí. Pero los efectos de las Constituciones de los Estados miembros —que sin embargo, no se reconocen normativamente— podrían establecer recíprocamente —no en términos cuantitativos ni tampoco cualitativos— referencias variadas y profundas al Derecho comunitario y nacional.

B) *¿Alguna diferencia específica para la Liga?*

Si bien, haciendo caso omiso a las reservas ya expresadas, se puede caracterizar la cooperación del Derecho constitucional europeo y el nacional como una «unidad material», se impone entonces la pregunta de si la tan tradicional unidad representa una especialidad de la interacción entre ambos ordenamientos jurídicos y si se basa exclusivamente en ella. Sólo bajo este requisito previo se manifestaría como justificado la extensión de los ordenamientos jurídicos federales para el prefijo «constitucional» —y para proceder al ennoblecimiento— de la «Liga constitucional». Lo contrario conllevaría toda una serie de objeciones.

El mero hecho de que la unidad se construya exclusivamente de forma material —a través de contenidos asociados— se aleja de cualquier criterio formal de «Derecho constitucional» como Derecho en un rango constitucional, y se relaciona fundamentalmente con normas de cualquier rango jurídico, ya sean comunitarias o nacionales. Aunque las referencias y los vínculos de la ya mencionada naturaleza se pueden aplicar a todas las categorías de interacciones, tanto de Derecho comunitario como nacional, el hecho es que el Derecho nacional no es exclusivamente Derecho comunitario, es decir: el Derecho primario construye una «unidad material» en un ordenamiento jurídico no para ocupar una relación más fácil y más enérgica que la relación del Derecho secundario europeo respecto del Derecho constitucional nacional. Los distintos tipos de técnica normativa del Derecho comunitario, por un lado, en comparación con los ordenamientos constitucionales nacionales; y, por otro lado, en comparación con la Constitución nacional, los distintos tipos de teleología y concreción del interés público en la Unión, provocan que no todas las normas, que en las ramas del Derecho nacional serían legítimas, lo sean también en el ordenamiento jurídico comunitario y tengan el rango de Derecho primario. Y, por el contrario, el Derecho primario contiene tal tipo de reglas, que en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros no encontraría ningún lugar en la Constitución.⁸⁵ Como ejemplo realmente destacable podrían mencionarse las disposiciones normativas secundarias constitucionalmente legítimas: para unos, la libre circulación de trabajadores conforme al art. 39 TUE, que se relaciona tanto con las garantías personales como con las materiales; el sustancialmente aplicado «Reglamento n° 1612/68/CEE sobre la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad Europea», de 15 de octubre de 1968⁸⁶; así como para otros, conforme al art. 137.1.i) y 137.2.1.b) como al art. 308 TUE, la consolidada «Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo», de 9 de febrero de 1976.⁸⁷ En relación con este último ejemplo, el pronuncia-

85 El vocabulario de la «unidad material» descansa en la «Liga constitucional» si, sobre todo, se justifica bajo el supuesto de que se desarrollaba lejos del concepto de Constitución formal y se centra en el concepto material de Constitución —difícil de encontrar en los diferentes ordenamientos jurídicos comunitario y nacionales—, tomándose un criterio coherente e inequívoco que indique la afiliación de las normas materialmente. Con el cambio de lo formal a lo meramente material, el concepto de «Liga constitución europea» sin embargo, pierde la mayor parte de su potencial argumentativo.

86 ABl. L 257, p. 2.

87 ABl. L 39, p. 40.

miento del Tribunal de Justicia, de 11 de enero de 2000, asunto *Tanja Kreil*,⁸⁸ provocó incluso una modificación de la Ley Fundamental (art. 12a.4.2).⁸⁹

Además de esto, los efectos específicos del Derecho comunitario sobre el Derecho constitucional nacional —el principio de primacía así como el de aplicación directa— no se limitan al Derecho primario, sino que se alimentan de forma cuantitativa, e incluso más intensa, del Derecho secundario. En sentido contrario, se puede decir que los efectos comunitarios no se refieren en exclusiva ni finalmente sólo al Derecho primario, sino que afectan al Derecho constitucional nacional. De esta forma, el complejo sistema jurídico nacional se encuentra bajo la influencia del —completo— Derecho comunitario como, también en sentido contrario, el complejo Derecho comunitario impacta con todos y cada de sus actos jurídicos sobre todos los niveles de los Estados miembros.

Si, en general, a la vista de la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho de los Estados miembros se puede hablar, de forma útil, de una Liga en la forma de una «unidad material», tras su ejecución no se reconoce como una «Liga constitucional europea», sino —posteriormente, a través de un libre, inespecífico y poco espectacular— como una mera «Liga europea»⁹⁰. Para ello, por supuesto, el vocablo Liga pierde su carácter asociativo⁹¹ e incluso podría haber perdido su valor desde la perspectiva de sus protagonistas.

3. Ordenamientos jurídicos complementarios horizontalmente: ¿un placebo?

Junto a la «unidad material» es especialmente importante la idea de unas Constituciones complementarias y no jerarquizadas⁹² respectivamente —o dicho de otra forma: cada una de ellas soberana, horizontalmente conectadas⁹³—, lo que constituye la esencia del concepto de «Liga constitucional». Esto actualiza y entiende el «paradigma de la cooperación» como «un ordenamiento jurídico recíproco y de mutua recopilación»⁹⁴ y se vuelve, por lo tanto, en contra del «paradigma de la colisión».⁹⁵

88 STJUE, C-285/98, asunto de 11.01.2000, Slg. 2000, I-69-, «Tanja Kreil».

89 A través de la norma de modificación de la Constitución (Artikel 12a), de 19.12.2000 (BGBl. I p. 1755).

90 Compárese también BVerfGE 89, 155 (183-resaltado no en el original), donde la discusión gira en torno a una «estricta Liga jurídica de una comunidad entre Estados»; también Pernice, *Dritte Gewalt* (op. cit. Nota 30), p. 37, que habla, de forma comprensible, de la «Unidad del Derecho nacional y supranacional».

91 Se debería caer sin problema en la asunción de que no es casualidad que el vocabulario de la «Liga constitucional» se encuentre regulado en la jurisprudencia constitucional alemana, donde las fuertes tendencias solipsísticas son notables. Sobre el fenómeno del solipsismo constitucional, Matthias Jestaedt, «Verfassungsgerichtspositivismus», en *Hommage an Josef Isensee*, 2002, pp. 183 y ss.

92 Más referencias en Nota 46. Compárese posteriormente con Mayer (op. cit. Nota 17), p. 264.

93 Para la metáfora del «acoplamiento horizontal» como un cuadro «de ordenamientos semejantes horizontales de asociaciones constituyentes» ofrecido en el contexto, vid. Mayer (op. cit. Nota 17), p. 270.

94 Así, Pernice (op. cit. Nota 3), p. 185 con referencia a Peter Michael Huber, *Recht der Europäischen Integration*, 1996, § 9 Párr. 71; del mismo, «Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker-Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union», en Josef Drexler/Karl F. Kreuzer/Dieter H. Scheuing/Ulrich Sieber (Eds.), *Europäische Demokratie*, 1999, p. 27 (52); de forma análoga Mayer (op. cit. Nota 17), p. 264.

95 Para este par de conceptos y su uso en el presente resumen: Mayer (op. cit. Nota 17), p. 277.

Sin perjuicio de la cuestión de si, y en caso afirmativo, de qué manera, se puede justificar un acoplamiento horizontal, es decir un acoplamiento no jerárquico entre ordenamientos jurídicos bajo una concepción teórica,⁹⁶ se construye la Tesis de un acoplamiento horizontal de Constituciones complementarias para contradecirlo, como el concepto de «Liga constitucional», que de la misma manera se basa en la Teoría del acoplamiento para contradecir a la Tesis del principio de primacía del Derecho comunitario respecto del Derecho de los Estados miembros.⁹⁷ Pero ¿cómo podrían materializarse ambas Tesis en un único concepto teórico —un acoplamiento no jerárquico de dos ordenamientos jurídicos— al mismo tiempo que se establece la prioridad de uno de ambos ordenamientos? ¿Qué tipo de estructura no jerárquica se expresa en una relación dentro de la cual en los casos de colisión —fundamental o, incluso, exclusivamente— tras los requisitos (de preferencia) de uno de ellos se emplean para solucionar expresamente el lado unitario? Se hace girar y girar: las Tesis no van juntas conforme a una lógica interna.⁹⁸ Así, ¿debería intentarse en última instancia la unión de las Tesis no tanto desde una lógica sustantiva, sino meramente de forma estratégica y táctica, para mantener las resistencias contra un único punto de vista del Derecho comunitario? La Tesis de la interacción no jerárquica del Derecho constitucional europeo y el nacional tendría, desde este punto de vista, la función del «terrón de azúcar», que se administra para no probar «la amarga medicina» —la «pura» validez de las reglas de aplicación directa de los Estados miembros, de la primacía del Derecho comunitario— y conseguir así que los «pacientes» sean menos reacios.

III. DOS EN UNO: UN OXÍMORON MÁS BIEN TEÓRICO

El concepto teórico constitucional de «Liga constitucional» se centra en la interacción y en la concreción de los ordenamientos jurídicos formalmente autónomos. Los dos elementos más destacados de la «Liga constitucional» —donde, precisamente, para unos, el Derecho constitucional de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros des-

⁹⁶ Ver posteriormente Apartado III.2.

⁹⁷ Compárese Pernice (op.cit. Nota 3), pp. 182 y ss.; Mayer (op. cit. Nota 17), p. 273 (donde se pronuncia especialmente porque Mayer, aunque destaca expresamente el «ordenamiento directo horizontal» [ibid., p. 270] del nivel constitucional europeo y de los Estados miembros, a la vista del primer nivel cruzado, se habla del reforzamiento de la primacía (ibid. p. 271); la búsqueda (ibid. p. 271) de una categoría superior se convierte en la «cuestión prioritaria» (ibid. p. 273), no en el sentido de un ordenamiento jurídico superior ni en el sentido jerárquico, y debería quedarse como una mera afirmación, pero esto puede no llegar a convencer, porque Mayer no ofrece de ninguna forma la posibilidad de un conflicto entre Derecho comunitario y nacional, sino que dicho conflicto, sin embargo, debería verse como único a través del establecimiento de un «nivel superior» (ibid. p. 273), especialmente del Derecho de la Unión Europea.

⁹⁸ Se podría formular que el concepto de «Liga constitucional», por un lado, se inspira y se impregna de un antiguo resentimiento anti-jerárquico —incluso se podría hablar de jerarquiafobia—; y, por otro lado, sus protagonistas no evitan la condena de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros desde el punto de vista del voto simultáneo; ni la condena del Derecho de la Unión desde el punto de vista de propagar un resultado en la interpretación jerárquica estrictamente unilateral de la relación supuestamente no jerárquica. Todo esto, teniendo en cuenta que el concepto de jerarquía puede ser reemplazado como tal por los demás, la unidad formal y material de la resolución de conflictos para la expresión de los conceptos ya utilizados. Para ello, vid. Apartado III.2.

cansa en los niveles constitucionales europeos con el respectivo ordenamiento jurídico de la Unión, manteniendo la autonomía de ambas masas normativas; y, añadiendo, para otros, sistemas normativos policéntricos, cuya unidad se construye de un modo cooperativo no jerárquico— se centran en la calidad y la singularidad de la integración de los ordenamientos jurídicos cruzados. Con esta afirmación, la teoría jurídica se refiere, sin embargo, al plan cuyo principal interés es la validez, la construcción y la función de las normas jurídicas tanto de los pequeños como de los grandes ordenamientos jurídicos.

1. «Soberanía compartida»: el pluralismo jurídico en un sistema multinivel

La tesis de la unión de varios ordenamientos jurídicos autónomos en un sistema multinivel tiene en cuenta la coyuntura, esto es, su entorno. Así, cuando, por un lado, debería ser más, y quiere ser más, que una mera forma de hablar —popular «científica» o incluso popular «interdisciplinaria»—, y cuando, por otro lado, debería ser diferente y quiere ser una metáfora social —ya sea (jurídica)sociológica o politológica— para el acoplamiento de los sistemas sociales,⁹⁹ cuando pictóricamente el acoplamiento normativo de un sistema normativo debería basarse sobre el concepto y quiere hacerlo, entonces tiene que dejarse preguntar por su carga jurídica teórica. Sin embargo no existe un test de carga jurídica teórica.

La «comunicación» e «interacción» debería darse —a un micronivel— entre normas jurídicas, y debería ser —a un macronivel— entre ordenamientos jurídicos que tienen que observar el específico carácter normativo del Derecho, como un fenómeno normativo y también como un fenómeno describible científicamente. El discurso sólo se puede hacer sobre la base y tras las medidas de —cierta relevancia normativa— la comunicación y la interacción. Pero la específica esencia normativa del Derecho es su validez.¹⁰⁰ Con la consideración sólo del Derecho humano, es decir, del Derecho positivo,¹⁰¹ la validez describe la pertenencia de una proposición prescriptiva a un ordenamiento jurídico¹⁰²-la validez como pertenencia a un ordenamiento jurídico. La validez de un ordenamiento jurídico es inconcebible sin el marco de referencia de un —mediador— ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en cierto modo, una validez general o incluso aislada de un ordenamiento jurídico, jurídicamente abstracto o jurídicamente interconectado, no existe. La validez es sólo relativa, es decir perteneciente a un determinado

99 Las categorías de «acción recíproca» e «interdependencia» del «acoplamiento» y de la «interacción», de la «creación de redes» y de la integración», de las «Redes», entre otras, tienen el mismo fundamento de su procedencia social; el Derecho no se percibe desde esta perspectiva en su (específica) categoría como un dato normativo, sino en su categoría como un hecho social. Para la referencia a la perspectiva sociológica, vid. Mayer (op. cit. Nota 17), p. 266 ss., 269 ss., en especial p. 270 con la Nota a pie de página 218, sin la estricta distinción entre la perspectiva de las ciencias sociales y la jurídica.

100 Así básicamente, Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, pp. 2, 3, 22 y s., 39, 136 y s., 139, 167 y s., 171.

101 Y lo que está excluido de lo divino y de lo humano, se regulara por el Derecho Natural.

102 Así, Rainer Lippold, «Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen», en *Rechtstheorie* 19 (1988), p. 463 (465 ss.); del mismo, *Recht und Ordnung*, 2000, pp. 312, 334, 505 así como p. 527 con posteriores referencias. En el sentido estricto, la dependencia de la validez es inherente a todos los sistemas jurídicos y al Derecho natural. Sólo el postulado de un ilimitado marco de validez puede llevar a la conclusión obvia de que las normas de Derecho natural no tendrían una validez meramente relativa.

ordenamiento jurídico —y, por lo tanto sólo en el mismo «válida»— la forma de existencia de una norma jurídica. A consecuencia de la expresión de la relatividad jurídica de la validez, se deriva el hecho de que una norma prescriptiva, que cumpla los requisitos de creación de una norma y que, por lo tanto, mantiene asignado en este entorno el estatus de norma jurídica, en el entorno de otro ordenamiento jurídico no se podría hablar de validez normativa (no sólo por eso, sino porque habría que tener en cuenta las particulares y autónomas condiciones de producción normativa de este segundo ordenamiento jurídico). Esto es, cómo la existencia normativa puede ser determinada; cómo la misma —respecto del rango interno del ordenamiento jurídico— puede determinar finalmente el concreto contenido y el poder de determinación interna, así como el procedimiento de producción normativa —sólo se puede hacer relativa y respectivamente en un específico ordenamiento jurídico—.

La relación de ordenamientos jurídicos diferentes entre sí tiene la siguiente consecuencia: —primero— desde el punto de vista de un ordenamiento jurídico, son normas de otro ordenamiento jurídico; —segundo— (como éste en su conjunto) no es más diferente que si se produce un hecho¹⁰³ al margen del mismo, esto es, del primer ordenamiento jurídico. Esto es así porque (la existencia de) el Derecho se determina por su validez, pero de ésta sólo se puede hablar en relación con un concreto ordenamiento jurídico. Así, se trata de una cuestión, desde el punto de vista del primer ordenamiento jurídico respecto del segundo, y no sobre el Derecho en sí. Sólo en el momento y en la medida en que el primer ordenamiento jurídico se abra a las normas del segundo ordenamiento jurídico —dicho de otro modo: sólo cuando y como el primer ordenamiento jurídico haga suyas las normas¹⁰⁴ de otro ordenamiento jurídico vía recepción (más precisamente, vía producción normativa)— la validez de dichas normas pasan a formar parte del primer ordenamiento jurídico y serán capaces de desplegar en éste sus efectos normativos conforme a las reglas de la producción normativa y de modificación del primer ordenamiento jurídico. En el terreno de este proceso —unilateral— de apertura o de recepción tiene lugar, por supuesto, una sustitución del fundamento de validez de las proposiciones prescriptivas del segundo ordenamiento jurídico (original). En lugar del original fundamento de validez en el segundo ordenamiento jurídico originario —lo importante: desde el punto de vista y en el terreno del primer ordenamiento jurídico— entra ahora el fundamento de la validez del primer ordenamiento jurídico receptor. La norma antes de la recepción y la norma después de la recepción pretenden ser una subespecie idéntica de las normas prescriptivas internas¹⁰⁵ —las normas como no podía ser de otra forma determinan su identidad tras el —respectivo— fundamento de la validez.

103 Para el Derecho de los ordenamientos jurídicos externos es válido el contenido y no mucho más que en otro tipo de fenómenos no jurídico, como puede ser incluso para normas morales, normas de economía o ecología, de religión o de cultura a las que se les podrían hacer una referencia jurídica —recepción tras las condiciones de creación normativa del Derecho (del concreto ordenamiento jurídico)—avanzando a referencia jurídicamente relevantes.

104 Las referencias son establecidas porque las normas jurídicas de un segundo ordenamiento jurídico como tal, desde el punto de vista del primer ordenamiento jurídico no se consideran normas, sino meras proposiciones prescriptivas. Lo mismo se puede decir para el segundo ordenamiento jurídico en su totalidad.

105 Sin embargo, eso es una teoría jurídicamente insostenible si la observamos más de cerca. Pero puede basarse en esto.

Desde el punto de vista del segundo ordenamiento jurídico, que se ha señalado en aras de la totalidad de la integridad, la norma prescriptiva permanece invariable —sólo— sobre el fundamento y tras las condiciones de creación normativa del segundo ordenamiento jurídico.

La teoría general de sistemas ofrece con la categoría y la nomenclatura de un sistema autopoiético¹⁰⁶ un sorprendente patrón de interpretación y de definición: cada ordenamiento jurídico positivo¹⁰⁷ se define asimismo como un sistema autopoiético, es decir como un sistema autoregulado y, por lo tanto, autoreferenciado, que cognitivamente abierto ofrece una puerta al entorno que nos rodea —ajeno al sistema, pero al mismo tiempo en el sentido de un sistema constituyente—. Pero esta puerta funciona exclusivamente según los propios operadores jurídicos y —con este mecanismo de inclusión y exclusión— controla internamente la regulación de las reacciones del entorno (tanto las reacciones del entorno al sistema como las reacciones del sistema al entorno).

En cuanto el Derecho comunitario y el de los Estados miembros son considerados como ordenamientos jurídicos independientes, cada uno de ellos con sus propias reglas de validez,¹⁰⁸ las reglas de un ordenamiento podrían ser re(conocidas) y aplicadas desde la perspectiva de cualquier otro ordenamiento jurídico, en la medida en que este segundo ordenamiento jurídico reconozca el procedimiento de creación normativa, cuyos requisitos cumplen las reglas del primer ordenamiento. Ese estilo de procedimientos de producción, o incluso, de importación normativa, podría ser diseñado internamente como una remisión estática o también dinámica a las reglas de un ordenamiento jurídico externo. Sin embargo puede que no se dé una «comunicación» en el sentido de un intercambio único y activo en ambos sentidos, además de interactivo (entre ordenamientos jurídicos). Sólo ante la evidencia de cada modalidad de creación y de reconocimiento normativo para el Derecho un ordenamiento jurídico puede reaccionar a su entorno. Dos ordenamientos jurídicos pueden «reaccionar» al mismo tiempo y de la misma forma interna y coordinada uno respecto del otro, y así se produce la «reacción», considerada más bien de forma jurídicamente teórica, no como un mutuo acto de dar y recibir. Más bien se trata de dos procedimientos normativos independientes —cuando, sin embargo, probablemente sean materialmente complementarios—, de dos servicios de adaptación operativamente unilaterales —aunque posiblemente relacionados internamente el uno con el otro—¹⁰⁹.

Una «convergencia» de diferentes ordenamientos jurídicos —tanto comunitarios como nacionales, respectivamente— no se produce tampoco como un acoplamiento horizontal. La «convergencia» de ordenamientos jurídicos se produce debido a la naturaleza autopoiética de los diferentes ordenamientos jurídicos que existen en la actualidad, de tal manera que un ordenamiento jurídico incorpora a otro —que frente a un acto de recepción normativa no pueda ser (re)conocido como Derecho en el primer orde-

106 Compárese sólo Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 3ª Ed. 1987, p. 356 s., 359; del mismo, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, p. 76 ss.

107 Un ordenamiento jurídico debería ser «completamente positivo» si, en primer lugar, la deducción estándar descansa en una norma —como el axioma de que una norma para demostrar su validez debe acudir a otra norma—, si, en segundo lugar, las reglas de la producción normativa se pretenden finales.

108 Véase Apartado 3.

109 Compárese también Kelsen (op. cit. Nota 102), p. 207 y s.

namiento jurídico y que, por lo tanto, no pueda ser integrado validamente en el mismo—. Por lo tanto, una legítima unión, o una «asociada» o incluso «regulada» unión no puede tener lugar en el doble sentido de la palabra. Un ordenamiento jurídico es «líder», y bajo cuyas medidas se lleva a cabo la unión de ambos ordenamientos jurídicos, es decir: tiene lugar la recepción del ordenamiento jurídico «guiado» en el del «líder». Se remiten al ordenamiento jurídico recibido los nuevos fundamentos de validez y su nueva posición jurídica en el mismo se remite al ordenamiento jurídico receptor. Si términos como «vínculo», «interdependencia» y «unidad material» del Derecho constitucional nacional y comunitario, «Constituciones complementarias», «estructuras policéntricas europeas»¹¹⁰, «recíproco ordenamiento de recopilación y reciprocidad», «mutuo sistema de estabilización constitucional», «construcción no jerárquica [...] en un sistema multinivel», pueden ser inintencionadamente creados, se demuestra objetivamente la inherente tendencia consistente en disimular la operativa parcialidad —fundada teóricamente— de una «comunicación» jurídica a través de vocablos recíprocos, y en difundir la Tesis —infundada teóricamente— de un regulado sistema de dos en uno.¹¹¹

Con este acto unilateral de incorporación y de instrucción, sin embargo —lo que no se puede decir de una forma muy clara—, no se encuentra unido de ninguna manera al resultado de que las normas incorporadas en el ordenamiento jurídico receptor podrían jugar nada más que un papel secundario y subordinado. La asignación de un concreto rango y de una determinada dimensión a la capacidad de suspensión (la fuerza suspensiva) o del «poder anulador» (este último en la forma de una fuerza derogatoria o de una fuerza invalidante)¹¹² no es una cuestión que la Teoría jurídica pueda responder en abstracto al margen de un concreto marco jurídico. Esta pregunta se responde mucho mejor en estrecha dependencia de las concretas disposiciones positivas de incorporación al ordenamiento jurídico correspondiente. La ausencia de tal relación de importación subordinada se justifica así especialmente a través del ejemplo del Derecho comunitario desde la perspectiva del ordenamiento jurídico nacional —aquí, del alemán—: aunque tanto el Derecho primario como el secundario, para poder valer —siempre analizando los hechos desde una perspectiva constitucional— como Derecho en el ordenamiento jurídico de la República federal alemana, internamente requiere unas órdenes de aplicación jurídicas¹¹³, a las que la Constitución les asigna (indirectamente a través de las sucesivas y constitucionalmente fundadas normas de ratificación), incluso, una medida de modificación jurídica. La cual —con la excepción de los propios arts. 23 y 79 de la Ley Fundamental— se establece por

110 Así, Daniel Thürer, «Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft», en *VVDStRL* 50 (1991), p. 97 (101-Thürer se refiere a la frase (supra, pp. 101-109), no sólo para la Unión Europea, sino para las «instituciones y órganos europeos», que se someten a la Comunidad Europea, a la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa y al Consejo Europeo), sobre la relación entre los ordenamientos jurídicos constitucionales de la Unión y nacionales: Steinberg (op. cit. Nota 24), p. 365 (374).

111 Vid., **asimismo**, **Apartado 2.**

112 Vid. **Apartado 2.**

113 Al respecto, entre otras *BVerfGE* 89, 155 (188, 190); Compárese sólo Christian Koenig, «Ist die Europäische Union verfassungsfähig?», en *DÖV* 1998, p. 268 (274); Paul Kirchhof, «Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund», en Armin von Bogdandy (Ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, p. 893 (898 ss., 908 s.).

sí mismo sobre el Derecho interno autóctono, bajo la influencia de la propia Constitución. O dicho de otra manera: aunque la aplicación preferente del Derecho comunitario —desde un punto de vista nacional— señala una primacía de «gracia» de la Ley Fundamental para estas condiciones (por ejemplo, en función del art. 23.1.3, art. 79.3 Ley Fundamental), se establece el «importado» Derecho comunitario —tanto primario como secundario— en los casos conflictivos contra todo el Derecho interno (de nuevo con la excepción de los arts. 23 y 79 Ley Fundamental).

2. Primacía sin jerarquía: La Liga constitucional como una red heterárquica

«El discurso constitucional en Europa debe ser concebido como una conversación de muchos actores en una comunidad interpretativa constitucional, más que como una estructura jerárquica».¹¹⁴ Aunque la aplicación preferente del Derecho comunitario en el concepto de «Liga constitucional europea» se atribuye una función unitaria y también de formación del sistema,¹¹⁵ la Liga constitucional debería precisamente caracterizarse por el hecho de que «no es una estructura jerárquica».¹¹⁶ La unidad en un sistema multinivel se puede completar, policéntrica y jerárquicamente. La «Liga constitucional europea» se corresponde bien desde este punto de vista con el ideal de un sistema jurídico de «redes dinámicas de relaciones, que, constantemente, son reescritas y nuevamente escritas».¹¹⁷

Uno se pregunta por la justificación de la —irritante *prima facie*—¹¹⁸ Tesis de la primacía sin jerarquía, a la que sus defensores ofrecen una escasa y evasiva justificación. Las respuestas ofrecidas —por un lado: el principio de primacía no implica «una relación de subordinación del Derecho constitucional europeo y nacional en el sentido de una jerarquía normativa»;¹¹⁹ y, por otro lado: «la justificación del principio de primacía se encuentra finalmente en los individuos a los que se les aplicará la parte nacional y la europea de la Constitución que no ha asignado soberanía alguna¹²⁰ —sin embargo, se agotan, como ya se ha dicho, en una mera afirmación¹²¹ o se complacen, como se ha mencionado

114 Vid. Joseph H.H. Weiler/Ulrich Haltern, «The Autonomy of the Community Legal Order-Through the Looking Glass», en *Harvard International Law Journal* 37 (1996), p. 411 (447)-sin la siguiente indicación: «... with the ECJ at the top».

115 Ejemplar, Pernice, *Dritte Gewalt* (op. cit. N 30), p. 31 s. (cita: p. 31): El principio de primacía establece que las Constituciones de la Unión y de sus Estados miembros deben ser analizadas como un sistema unitario».

116 Pernice (op. cit. Nota 3), p. 185; y, por todos, Paul Kirchhof, «Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen», en *JZ* 1998, p. 965 (973 s.); Steinberg (op. cit. Nota 24), p. 374; Peters (op. cit. Nota 5), p. 254 y s. con posteriores referencias en Nota a pie de página 456.

117 Vid. Thomas Vesting, «Gegenstandsadäquate Rechtsgewinnungstheorie-eine Alternative zum Abwägungspragmatismus des bundesdeutschen Verfassungsrechts?», en *Der Staat* 41 (2002), p. 73 (90); lo mismo en Peters, (op. cit. Nota 5), p. 215 ss., 253 ss.

118 Compárese ya visto Apartado II.3.

119 Pernice (op. cit. Nota 3), p. 185.

120 Así, Mayer (op. cit. Nota 17), p. 264.

121 En Pernice (op. cit. Nota 3), p. 185 Nota a pie de página 194 en relación con las declaraciones de Roland Bieber / Isabelle Salomé, «Hierarchy of Norms in European Law», en *CMLRev.* 33 (1996), p. 907 (912), sobre la superior posición de los Estados miembros como «legisladores» de las normas superiores. No se corrobora la tesis de falta una primacía no jerárquica. Se confunde mucho más. Aquí la siguiente referencia puede ser suficiente: los Estados miembros en su totalidad son como legisladores primarios o, si se quiere,

en segundo lugar, en ofrecer unas oscuras sugerencias.¹²² Enfoques alternativos como aquéllos en los que el principio de primacía del Derecho comunitario establece una «relación no regulada»¹²³ que puede indicar su utilización,¹²⁴ fundándose sin embargo en una primacía no jerárquica. Esto no es sorprendente, pero sin embargo no está todavía asimilado y, probablemente, no se pueda demostrar que un acoplamiento no jerárquico de ordenamientos jurídicos en consideración del Derecho constitucional positivo de la Unión se dejaría verificar teóricamente como Derecho constitucional de los Estados miembros.

La teoría jurídica ve en la primacía normativa —independientemente de si es en relación con forma de validez o incluso con su forma de mera aplicación preferente— una solución a la colisión normativa o, incluso, una regla de preferencia, que en el caso de una objeción sustantiva respecto de la validez de las normas alegadas eliminaría la colisión a través del desplazamiento¹²⁵ de uno de los dos mandatos en conflicto¹²⁶. Con ello, pretende asegurar la coherencia interna básica así como la consistencia del ordenamiento jurídico —al mismo tiempo que su unidad interna—. La concreta regla de la primacía no es en sí misma —tanto en su existencia como en su esencia— un teorema obligatorio de la Teoría jurídica, sino que se exige como un poder de suspensión jurídica —y, respectivamente, como una medida de anulación— de la justificación en el Derecho positivo correspondiente. Colisiones normativas como las descritas podrían producirse, ya que una colisión ocurre exclusivamente por la confluencia, al mismo tiempo, de los ámbitos de validez de las normas, aunque la validez sólo puede determinarse relativamente, es decir, sólo puede determinarse dentro del mismo ordenamiento jurídico —es decir, entre mandatos de un mismo ordenamiento jurídico—. En este

como legisladores constitucionales de la Unión —lo que se puede deducir del art. 48 TUE— no fundado en Derecho primario o secundario. Esto no oculta que, de forma individual, se someten a los diferentes ordenamientos jurídicos del Derecho creado conjuntamente, como al fundamento del citado Derecho creado conjuntamente. De una manera parecida, la fuerza preferente sería una relación jerárquica en el Derecho americano bajo la referencia a su rechazo, de que los Estados federales, conforme al art. 5 de la Constitución federal americana deben participar en la modificación de la Constitución federal, aunque ésta tiene prioridad sobre el Derecho de los Estados individuales.

122 Una vez visto que el pensamiento para encontrar la justificación del principio de primacía debería encontrarse en la «unidad», que no se va a ejecutar y que permanecerá hasta cierto punto en el aire, surge la Tesis, se refleja en las relaciones estatales, pero no va más allá: a la vista del Estado de la Constitución, no son despreciables las preocupaciones para hablar de que «el fundamento de la validez» de la Constitución finalmente se encuentra en la unidad (cita: Mayer [op. cit. Nota 17], p. 264); pero bajo esta circunstancia no se puede defender seriamente la Tesis de que la relación estatal se trata como una relación no jerárquica.

123 Así, *von Bogdandy* (op. cit. Nota 39), p. 193.

124 Vid. siguiente Apartado III.3.

125 Este desplazamiento puede ser asegurado desde la técnica jurídica de muy diferentes maneras: a través de la suspensión (no la mera no aplicación o, incluso, el aplazamiento) o a través —directa o indirectamente— de la anulación, es decir, por invalidación o a través de una real derogación. La primacía causa —en virtud de la capacidad suspensiva— sólo la suspensión de la validez, y en virtud de su poder anulatorio —ya sea para la invalidación o derogación. Para el concepto y objeto de la suspensión, la nulidad y derogación, vid. Ewald Wiederin, *Bundesrecht und Landesrecht*, 1995, pp. 51-55 con múltiples referencias posteriores (ibid. p. 52); y también para el concepto del poder anulatorio, vid. Lippold, *Recht und Ordnung* (op. cit. Nota 104), p. 420.

126 Con un buen fundamento se defiende la Tesis de que en caso de aplicación de la primacía al conflicto, el mismo no se eliminaría, sino sólo sus «efectos no deseados» (así, Wiederin [op. cit. Nota 127], p. 55).

sentido, de la misma forma, las reglas de solución de conflictos deberían pertenecer al mismo ordenamiento jurídico, como las normas de suspensión —y, respectivamente, las prescripciones sobre anulación normativa.

Los ejemplos más importantes de este tipo de normas que atestiguan la primacía, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como, especialmente, en el ordenamiento jurídico nacional de Alemania, lo representa la Regla de la Ley superior (*lex superior*), la de la Ley especial (*lex specialis*) así como la de la Ley posterior (*lex posterior*), que establecen la preferencia en función de su elaboración conforme a su forma jurídica (*ratione formae*), conforme al contenido de sus normas (*ratione materiae*), así como conforme a la antigüedad de la decisión (*ratione temporis*).

La aplicación de la primacía del Derecho comunitario es, en realidad, una concreción de la Regla de la Ley superior (*lex superior*). Tanto el Derecho de la Unión como también, especialmente, el ordenamiento jurídico nacional de la República federal alemana, cada uno tomado de forma individual, proporcionan, esencialmente, a la vista de la Regla de la Ley superior, relaciones de primacía «transitivas», lo que significa que la capacidad de modificación jurídica (ya sea como suspensión o como derogación) se predica así de cualquier forma jurídica positiva diferenciada (ya sea una Constitución, una Ley, un Reglamento, etc.), que se debe describir en las formas de una determinada estructura jerárquica tras el poder de modificación.¹²⁷ Una estructura jerárquica de este tipo, continuada y transparente, se considera, más bien, teórica, lo que no quiere decir que sea obligatorio,¹²⁸ pero sí es justificable en base a los ordenamientos jurídicos positivos aquí involucrados.¹²⁹ La estructura jerárquica, tanto del ordenamiento jurídico de la Unión como de cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que se construye a través del «clip» de la primacía del Derecho de la Unión, se describe de manera informal como la jerarquía del ordenamiento jurídico.

Desde una perspectiva teórica, se viene exigiendo, aunque no de forma obligatoria, la existencia de un vocabulario jerárquico, siempre que sirva para detectar la relación de primacía aplicable y establecida positivamente y se construya lingüísticamente.¹³⁰ Por

127 Al respecto, compárese también Wiederin (op. cit. Nota 127), p. 53 con la Nota a pie de página 244. Para la jerarquía normativa del Derecho comunitario primario, véase el trabajo de Andreas von Arnould, en *EuR* 2003, pp. 191 y ss.

128 Esto ya está mostrando en buena parte las relaciones no transitivas, que se producen con la aplicación de la regla de la *lex specialis*: aquí, la especialidad de una norma A en relación con una norma B sólo puede referirse a unos hechos individuales o a unos concretos elementos jurídicos, de tal forma que la relación especial entre la norma A y la norma B sólo es parcial o, incluso, relativa, por lo que una norma C —desde otro punto de vista— puede, en relación con la norma B, construir la *lex generalis*, y a través de la relación de la norma B, representar a la norma A como la *lex specialis*. Aquí no se formula una estructura jerárquica de manera uniforme-continuo, aunque el ordenamiento jurídico en su totalidad —a veces absoluto y a veces meramente relativo— se basado en relaciones de preferencia.

129 Sobre «ordenamientos jurídicos» —en plural— gira aquí sólo una fácil comprensión. Para la pregunta de un ordenamiento jurídico plural o un ornamento jurídico monista, vid. Apartado 3.

130 Compárese solo Kelsen (op. cit. Nota 102), p. 208: «En cualquier caso no se presenta un [...] ordenamiento jurídico positivo en un sistema semejante, sino en normas ordenadas, es decir, una jerarquía de normas representa que en el nivel más alto, a través de la norma fundamental, se fundan la validez del resto de las normas con las que mantiene una relación individual y concreta». En contra de esta doctrina básica, vid. Adolf Julius Merkl, «Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues (1931)», en del mismo autor, *Gesammelte Schriften*, Vol. I/1, 1993, p. 437 ss.

lo tanto, la designación como jerarquía no es esencial. Lo que es esencial es, sin embargo, que las relaciones entre las normas del ordenamiento jurídico no se traten de capturar con categorías como la de «redes heterárquicas» o incluso «redes policéntricas», la de «conceptos yuxtapuestos», la de «cooperación a través de mutuas concesiones», la de «co-evolución asociativa», y muchas más similares. Todos estos conceptos obstaculizan la visión de la unilateralidad¹³¹ como la solución de conflictos, que es estructural y formalmente unilateral. Ante una contradicción interna, especialmente tras la aplicación de la más alta regla de la sustitución, los niveles superiores son destruidos, por lo que se podría hablar aquí de una colisión jurídica en una «calle de único sentido».¹³² Si nos fijamos, dicha solución de conflictos también es materialmente unilateral porque para decidir por la intervención del principio de primacía¹³³ siempre a favor del nivel comunitario y siempre a expensas del nivel nacional, se debe dar una relación de preferencia, general o absoluta, que sea independiente de las evaluaciones individuales.

3. Interpretación jurídica-No pluralismo jurídico

El razonamiento jurídico no debe detenerse por la declaración de que la relación del Derecho Constitucional europeo y el nacional se describe con su caracterización como sistema no jerárquico, y detecta, incorrectamente, dos ordenamientos jurídicos autónomos. Se puede ir incluso un paso más allá. Desde la triple perspectiva de que: (1) la validez de las normas jurídicas sólo se puede predicar de un ordenamiento jurídico relativo;¹³⁴ (2) un ordenamiento jurídico —al principio— siempre quiere acercarse a prescripciones normativas de un ordenamiento jurídico externo, vía recepción o transformación, realzando las normas del propio ordenamiento jurídico;¹³⁵ (3) las colisiones se producen sólo entre normas de un mismo ordenamiento jurídico y las relaciones de primacía sólo podrán basarse en el fundamento de una regla de solución de colisiones perteneciente a dicho ordenamiento jurídico,¹³⁶ dejándose interpolar posteriores discernimientos: una «comunicación» del Derecho constitucional europeo y nacional no se puede describir como una relación jurídica, no es como una relación internormativa, sino como una relación inmanente o, incluso, intranormativa.

Como, y en la medida en que, tanto el Derecho constitucional positivo de la Unión (con el efecto directo, la primacía, la subsidiariedad, los requisitos de homogeneidad, los procedimientos de revisión conforme al art. 48 y ss. TUE), así como el Derecho

131 Al respecto, compárese bajo el Apartado 1.

132 Donde se puede dejar fuera todo un punto de vista teórico si este nivel superior representa al Derecho comunitario en su propio Derecho, o el Derecho comunitario —de un modo incondicionalmente formal o material— en virtud de la medida del poder de modificación a través de la Constitución nacional. Al respecto, consultar Apartado 3.

133 Se excluye aquí la pregunta de si la primacía comunitaria es condicional o incondicional. Se toma una mera y condicionada primacía del Derecho de la Unión, especialmente a través de la cláusula de integración de los Estados miembros y así permanece la relación de preferencia como absoluta; bajo esta premisa, por supuesto, no se encuentra la aplicación preferente ante los conflictos que puedan surgir entre Derecho comunitario y nacional.

134 Así, Apartado 1.

135 Compárese Apartado 1.

136 Más detallado en Apartado 2.

constitucional nacional (para Alemania, en particular, aunque no sólo, nombrar las prescripciones conforme a los arts. 23, 28, 79 así como 88), asumen las normativas relacionadas opuestas, había que pensar que el Derecho constitucional europeo y el Derecho constitucional de los Estados miembros son como las dos capas o incluso, niveles, de un mismo y único ordenamiento jurídico. Sólo sobre un idéntico fundamento de validez podrían desplegarse efectos normativos como el de la primacía, el de la penetración, o el de la aplicación normativa; una implementación normativa supone una interpretación monista.¹³⁷ A lo sumo, el Derecho de la Unión y de los Estados miembros se dejan entender como jurídicamente aislado-desconectado, en el sentido de un «segundo y paralelo ordenamiento jurídico»¹³⁸; sin embargo, como ya se indicó, ambas capas o niveles permanecen contrarios al Derecho positivo.

En conexión con la interpretación monista podemos decir lo siguiente, que una de ambas capas representa la «líder» o «la que incorpora» y la otra representa a la «guiada» o «incorporada».¹³⁹ La primera de las dos marca el ordenamiento jurídico (total —o incluso «madre»—), en el que la segunda se incorpora como una parte del mismo. Cada uno de ellos dispone también de un poder de determinación, sobre el cual, las dos capas o niveles jurídicos organizan el fundamento de validez conjunto. Pero con esta interpretación jurídica no va unida la respuesta a la pregunta sobre cuál de ambas capas jurídicas debe ser expulsada como ordenamiento jurídico (madre) y cuál, por consiguiente, debe ser entendida como un diferenciado ordenamiento jurídico parcial. El Derecho de los Estados miembros se deja explicar también desde la perspectiva del Derecho de la Unión como, por el contrario, el Derecho de la Unión se explica desde la perspectiva del Derecho nacional. Desde la perspectiva unitaria, el Derecho de los Estados miembros sólo es válido —como claramente a este respecto demuestran la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario— tras las medidas y bajo el fundamento de validez del Derecho comunitario. Por el contrario, el Derecho de la Unión es válido desde el punto de vista de los mandatos de los Estados miembros —como las medidas de aplicación nacionales ya dichas— sólo tras las medidas y el fundamento de la validez de los Derechos nacionales; también la primacía y el efecto directo del Derecho comunitario son en esta interpretación efectos, que corresponden al Derecho comunitario exclusivamente tras las medidas correspondientes a las reglas de aplicación del Derecho estatal. En lu-

137 En contra, Werner Schroeder, *Das Gemeinschaftsrechtssystem*, 2002, p. 213 ss., 232 ss., y también p. 321 ss.

138 Así, Udo Di Fabio, «Richtlinienkonformität als ranghöchstes Auslegungsprinzip?», en *NJW* 1990, p. 947 (951). Para la tesis de que «la esencia de la supranacionalidad se explica teóricamente con la ausencia de un fundamento común de validez para las normas jurídicas supranacionales y nacionales, la falta de personalidad jurídica y de los sujetos soberanos se podría explicar (así, Wolf-Dietrich Grussmann, «Grundnorm und Supranationalität-Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration», en Thomas von Danwitz/Markus Heintzen/Matthias Jestaedt/Stefan Korioth/Michael Reinhardt [Eds.], *Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit*, 1993, p. 47 [63 s., Cita: p. 63]), al mismo tiempo que en el texto, vid. Nota 154.

139 Al respecto, vid. Apartado 1. Podrían considerarse teóricamente fundados ambos ordenamientos como órdenes parcialmente dependientes que son incorporados en un tercer ordenamiento, que se describe como ordenamiento jurídico madre; pero consecuentemente se prevén —las positivas y teóricamente contingentes— circunstancias que rodean al ordenamiento jurídico, el Derecho constitucional comunitario y el nacional, que poseen en sus respectivos ordenamientos un significado definitorio y, a este respecto, dirigente.

gar de hablar de un ordenamiento jurídico plural, sería teóricamente más correcto hablar (por un ordenamiento monista)¹⁴⁰, de una interpretación jurídica plural.¹⁴¹

Ambos modelos interpretativos¹⁴² permanecen uno frente a otro incompatibles e irreconciliables, así que son equivalentes desde el punto de vista de la teoría jurídica. Desde una perspectiva teórica no se contribuye en absoluto a algo esclarecedor como fuera a encontrar en qué sentido era la elección del método de interpretación. La teoría jurídica puede sólo contribuir al conocimiento de que una elección en la práctica no puede ser evitada, de que la práctica jurídica es inevitable.¹⁴³ Pero en cuanto al fondo, no toma parte, sino que garantiza la distinguida equidistancia de los neutrales observadores —y les deja las cuestiones legales de una aporía.¹⁴⁴ Pero incluso el propio Derecho positivo y la Dogmática jurídica no responden a la pregunta de forma vinculante y uniforme. Esto no se debe concebir como algo maravilloso, sino que se trata de la elección de los fundamentos de la pertinente validez —con Hans Kelsen se deja de hablar de la elección de la «norma fundamental»¹⁴⁵— para la consiguiente elección del esquema jurídico del conocimiento y del orden del conocimiento del Derecho positivo. La validez del Derecho no puede por sí misma ser una parte del Derecho¹⁴⁶ —y por lo tanto, tampoco para obtener y para fijar una operación ni jurídicamente teórica ni metodológica—. ¹⁴⁷ Consecuencia de ello es que la concreta elección del principio de validez —en una concreta relación: los estándares comunitarios o los nacionales de la norma fundamental— ni con fundamento normativo o científico podría ser justificada ni refu-

140 Sobre este hecho, vid. especialmente, Josef Isensee, «Vorrang des Europarecht und deutsche Verfassungsvorbehalte-offener Dissens», en *FS für Klaus Stern*, 1997, p. 1239 (1262 s.: «nacional y supranacional Derecho monista»).

141 Para una mayor explicación, vid. también la Nota 142.

142 A la luz de lo observado, se trata sólo de una relación bilateral entre Unión y un único Estado miembro sobre la base de dos interpretaciones diferenciadas: por los 15 (pronto por 25) ordenamientos jurídicos de los Estados miembros sería suficiente que uno de los 15 (o respectivamente de los 25) realizaran una interpretación jurídica dual. Si tiene sentido, la relación —multilateral— de la Unión y de todos los Estados miembros como interna para entender el ordenamiento jurídico y como para caracterizar un ordenamiento jurídico plural, la podemos encontrar aquí; la respuesta depende de la relación positiva diseñada; teóricamente imposible no hay casi nada.

143 Es incorrecta, por lo tanto, la Tesis de que «la pregunta del fundamento de la validez del nivel europeo» podría dejarse abierta (así Mayer [op. cit. Nota 17], p. 273).

144 También, Markus Heintzen, «Die „Herrschaft« über die Europäischen Gemeinschaftsverträge-Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs?», en *AöR* 119 (1994), p. 564 (583: «aporía jurídica»).

145 Así fundamentado Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª Ed. 1960, p. 196 ss.; del mismo (op. cit. Nota 102), p. 205 ss., en especial p. 206 s.

146 Así como la «norma básica» —frente al desafío de una definición interpretada erróneamente— no es una norma de Derecho positivo, pero tampoco es mucho más que la condición de posibilidad del conocimiento de las normas prescriptivas como las normas jurídicas pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico. En detalle, vid. Kelsen (op. cit. Nota 102), p. 206 s.

147 Compárese también Heintzen (op. cit. Nota 146), p. 582: La cuestión de la «plausibilidad política», similar en Isensee (op. cit. Nota 143), p. 1265: «guiado por el interés cognitivo» en última instancia «decide la política» esta «materia del poder». La objeción de Mayer (op. cit. Nota 17), p. 261, sería «con la referencia a un conflicto entre normas fundamentales y respectivamente de una doble norma fundamental adoptan demasiado deprisa argumentaciones jurídicas poco calibradas», y permanece la referencia culpable de cómo con la aporía teóricamente descrita se puede proporcionar un argumento jurídico.

tada.¹⁴⁸ Aquí entonces no se trata de la solución de una norma objetiva —en sentido de un «conflicto de ámbitos de validez» sobre la base de Derecho positivo—, sino que se trata del mismísimo fundamento del Derecho positivo concreto, precisamente: se trata de la solución de un subjetivo «conflicto de obligaciones» a través del órgano competente jurídicamente:¹⁴⁹ éste tiene que decidir en cada caso concreto, qué norma —incluso qué norma y en el marco de qué ordenamiento jurídico y sobre la base de qué fundamento— reconoce para sí como vinculante.¹⁵⁰

Aquí, la diferencia crucial de los Estados supranacionales o de la Liga constitucional radica en el Estado federal: mientras se ha realizado en los términos de Estado federal, con la Constitución federal como fundamento de la validez tanto del completo ordenamiento jurídico como de todas sus partes, la elección de un fundamento de validez diferente será rechazado como ilegítimo,¹⁵¹ distinguiéndose así de la Liga de Estados o, incluso, de la Liga constitucional, puesto que ambas perspectivas —desde su incompatibilidad para desafiar— dejan elegirse de forma legitimada.¹⁵²

La elección de un fundamento de validez tiene, sin embargo, claramente, menos frecuencia y, en especial, menos efectos jurídicos inmediatos que los comúnmente aceptados. Que las respuestas a las específicas preguntas legales tengan divergentes puntos de partida, no concluye *ipso facto* que en relación con el Derecho positivo se deba llegar también a resultados divergentes. Aquí, en la ejecución se puede conectar la falta de una conexión de importación-subordinación.¹⁵³ Las posibilidades del Derecho positivo de organizar por un lado la primacía —y relaciones de subordinación—, así como, por otro

148 De igual manera, vid. Heintzen (op. cit. Nota 146), pp. 578 y ss. en especial p. 582, con la siguiente declaración —inexacta—: «Jurídicamente esto tiene la consecuencia de que las posiciones de la Corte Constitucional federal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a pesar de su irreconciliabilidad, permanecían una al lado de la otra con el mismo rango» (de forma análoga, *ibid.* p. 583: «... el equivalente legal»). Legalmente, en el sentido de un concepto de validez positivo no podrían permanecer uno al lado del otro —ni en el mismo rango—; exactamente debería ser un esquema interpretativo para el Derecho positivo idéntico bajo los auspicios teóricos para señalar el mismo rango o el mismo valor. Compárese posteriormente Isensee (op. cit. Nota 143), pp. 1263-1265.

149 Sobre este par de conceptos de «Validez» y «Obligado conflicto»: Grussmann (op. cit. Nota 140), p. 56 ss., 60 s.

150 Vid. Isensee (op. cit. Nota 143), p. 1265. Sobre la diferencia fundamental ente validez (normatividad) y obligatoriedad de las normas: Lippold, *Recht und Ordnung* (op. cit. Nota 104), pp. 51 ss., 58, 504 y 519 con posteriores referencias.

151 Aquí, según Heintzen (op. cit. Nota 146), p. 582, si se coloca en la «actual distribución de los pesos políticos entre los Estados miembros y la Comunidad», lo que dejaría a ambas afirmaciones básicas parecer justificables. Pero si eso también es muy práctico jurídicamente, se debería destacar que la interpretación de un sistema federal de un ordenamiento miembro teóricamente sería bastante posible.

152 Esto no significa que se establezca, de la misma manera, la pregunta sobre la letigimidad para cada uno de los aplicadores del Derecho de la Unión y de los Estados miembros, como para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional Federal. Aquí, la diferencia esencial entre una compuesto de la asociación federal y estatal / constitución es probable que se base, no en el hecho de que, Federación y una Liga de Estados/Liga constitucional se encuentra, respecto de este último, en la falta de una aplicación común de la validez [...], la falta de personalidad jurídica y de una mezcla de sujetos soberanos» (Grussmann [op. cit. Nota 140], p. 63). Para una asunción de este tipo no es, en absoluto, necesaria una objetiva norma de conflictos entre normas de diferentes ordenamientos jurídicos, sino, que en todo caso, se debe mantener la obligación de conflictos (consecuentemente Grussmann, *ibid.* p. 63).

153 Compárese bajo el Apartado 1 al final (Nota 114 y s.).

lado, de atribuir capacidad normativa —y capacidad de suspensión normativa—, son demasiado numerosos, detallados, complejos y diferentes aspectos como para que se puedan establecer unas sencillas proposiciones condicionales del siguiente estilo: «quien comparta el punto de partida —teóricamente hablando: la elección de la norma fundamental— del Tribunal Europeo, no puede considerar aplicable una primacía del Derecho comunitario, que sea vinculante a través del Derecho de los Estados miembros», o a la inversa: «Quien mantenga como aplicable la elección de la norma fundamental del Tribunal Constitucional Federal en el caso Maastrich, debe interpretar la declaración de que los Estados miembros ya no son más los «señores de los Tratados» como una ofensa». Tiene mucho menos que ver con las diferentes normas fundamentales, y por lo tanto, las diferentes perspectivas de ambos ordenamientos, y mucho más con la extensa interpretación independiente del Derecho positivo, que determina la declaración legal al detalle. Es posible, aunque sólo sea grabado en madera, demostrarlo a través de dos prominentes ejemplos:

Sólo con la elección de la norma fundamental primero, no hay que decidir si los Estados miembros siguen siendo los «señores de los Tratados»,¹⁵⁴ y en segundo lugar, tampoco hay que decidir si la aplicación preferente del Derecho comunitario es meramente condicionada —y, por lo tanto, limitada— o es incondicionada, ilimitada. La competencia vendrá marcada por la cita de «los señores de los Tratados», para producir Derecho primario. Así los Estados miembros son —también conforme al Derecho comunitario, por el mismo art. 48 TUE¹⁵⁵— los «señores de los Tratados». Por otro lado, entre todo esto, el meramente formal (cuyas reglas generales a través del art. 48 TUE o a través del general Derecho Internacional en virtud del art. 25 Ley Fundamental reclaman validez inmediatamente en el ordenamiento jurídico interno de la República federal¹⁵⁶) y no materialmente obligado Poder Legislativo se limita, así que la respuesta depende de si se puede remitir al Derecho de la Unión o al *ius cogens* internacional una cláusula semejante a la prevista en el art. 79.3 Ley Fundamental de revisión de principios. Esto es una interpretación del propio Derecho comunitario o internacional a la decisiva pregunta sobre la «soberanía sobre los Tratados» que no es capaz de dar al mismo tiempo una indicación de ningún tipo.

Por último, se plantea también la respuesta a la pregunta de si la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional es incondicional o está meramente condicionado, no en una necesaria dependencia de la respuesta a la pregunta de si la primacía del Derecho de la Unión se fundamenta en un Derecho comunitario (interpretación autónoma) o bien en un Derecho estatal. Como evidencia, puede ser suficiente señalar

154 Pero, por todos, Pernice (op. cit. Nota 3), p. 171 s.; Compárese con Heintzen (op. cit. Nota 146), p. 565 s., 567 ss., 574 ss., especialmente p. 578 ss. con referencias posteriores.

155 Tras el «Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», de 18.07.2003, regulado conforme al art. IV-7.3.2 —junto al art. 48.3 TUE, vemos cambios «que entran en vigor cuando todos los Estados miembros han ratificado sus prescripciones constitucionales».

156 Así se plantea la pregunta de si el Derecho contractual de la Unión todavía permite que el Derecho de la Unión —más allá del art. 48 TUE— pueda cambiar sobre el fundamento de una regla contractual internacional; o si, con otras palabras, —por lo menos— se puede aplicar una regla de Derecho consuetudinario de *lex posterior* (o incluso, de pacto).

aquí que las Constituciones nacionales podrían admitir al Derecho comunitario —internamente— una primacía incondicionada (así, por ejemplo, expresamente el art. 29.4.3.1.2 y el 29.4.4.2 de la Constitución de la República de Irlanda¹⁵⁷) y que, por el contrario, el propio Derecho comunitario puede proporcionar una condición —inter-na— de la primacía.¹⁵⁸

Esto, por supuesto, no debe ser entendido desde la afirmación contraria de que la elección de la norma fundamental para una concreta interpretación o aplicación jurídica nunca podría jugar un papel fundamental. Entonces la interpretación conduce al resultado de que el Derecho de la Unión se atribuye bajo su propio entendimiento una primacía incondicionada, pero desde el punto de vista del Derecho nacional los principios internos de aplicación del Derecho asignan al Derecho de la Unión sólo una —como siempre con matices— primacía condicionada. Así, en efecto, en caso de conflicto decide la elección —jurídicamente no determinista— de la perspectiva.

A la vista de las circunstancias de que las interpretaciones concurrentes del ordenamiento jurídico son también incompatibles unas con otras, como una elección entre ellas es inevitable para los aplicadores del Derecho, permanece el problema de cómo se podría evitar en la práctica jurídica con una aporía jurídicamente teórica. En primer lugar, la práctica jurídica —bajo el lema «esto puede ser correcto en la teoría, pero no interfiere en la práctica»— aplicará todas las estrategias que eviten las aporías para escapar del dilema. Así, a un primer nivel habrá que realizar esfuerzos interpretativos sostenibles para medir exactamente la auténtica dimensión de los potenciales conflictos jurídicos y no, por decirlo así, para extrapolarlos precipitadamente sobre aparentes fórmulas plausibles —especialmente de la Teoría constitucional—. Desde el punto de vista de la Ley Fundamental, se requerirá un esfuerzo adicional de interpretación para aclarar lo que el constituyente, respecto del art. 79.3 Ley Fundamental quiso excluir verdaderamente de cualquier revisión, y lo que no. Que la soberanía federal,¹⁵⁹ el fundamento de la República y el Estado de bienestar se dejen ver como un potencial principio crítico e integrador de la soberanía alemana, no puede darse por sentado sin previo aviso —especialmente desde el punto de vista subjetivo-histórico—. ¹⁶⁰ En niveles posteriores se asientan sobre un enfoque interno creciente de Derecho comunitario y nacional, sobre una aplicación consecuente del principio de subsidiariedad y, por último, sobre la prevención de conflictos a través —legalmente, por supuesto, sólo fragmentariamente

157 Como resultado, también art. 92 en relación con el art. 91.3, art. 93 y art. 94 de la Constitución de los Países Bajos.

158 Sobre la base del artículo 6.1 TUE, desarrollado por Pernice (op. cit. Nota 3), pp. 184 y ss., especialmente con más referencias en la Nota a pie de página 189 y s. Una «reserva de caso extremo» (expresión de Dieter H. Scheuing, «Zur Europäisierung des deutschen Verfassungsrechts», en Karl F. Kreuzer/Dieter H. Scheuing/Ulrich Sieber [Eds.], *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*, 1997, p. 87 [105]). Se trata no sólo de la correcta interpretación del art. 6.1 TUE. Se trata por lo tanto de que el Derecho de la Unión puede proporcionar una reserva. Si se trata de *lege lata*, aquí no hay ninguna otra interesante pregunta.

159 Así está establecido en el principio constitucional sobre el que ambos se concretan, conforme al Art. 79.3.1 y 2 GG.

160 Al respecto, Matthias Jestaedt, «Bundesstaat als Verfassungsprinzip», en *HSvR* II, 3 Ed. (en especial), § 29 Párr. 48 ss., en especial 49-58, 59 así como el 65.

regulado—¹⁶¹ de estrategias de cooperación.¹⁶² En todo caso, permanecerá un riesgo jurídico. Si este riesgo no puede ser disipado, debería ser «utilizado» de una forma productiva, ya que contribuye a distinguir en la indisoluble y tensa relación¹⁶³ de la incompatibilidad, la inevitabilidad y la indeterminabilidad de la perspectiva disidente, una adecuada expresión de su condición híbrida, en la que la integración europea, actualmente —y también en un futuro previsible— se encuentra.

IV. CONEXIÓN INCORRECTA

Comprobada su sostenibilidad constitucional jurídica y teóricamente, el exigente y ambicioso concepto de «Liga constitucional europea» se nos muestra con un claro balance negativo. Presentado para desplazar el concepto y la naturaleza del «Estado federal», el proyecto implica inconsistencias constitucionales jurídicamente teóricas tan numerosas y graves, que el intento de describir una constitucionalidad europea con ayuda de la noción de un «constitucionalismo multinivel» no jerárquico, no puede certificar una cierta solvencia jurídica. El Derecho común constitucional y el Derecho de los Estados no constituye, en realidad, un sistema multinivel de ordenamientos jurídicos plurales: desde un punto de vista teórico aquí los ordenamientos jurídicos no cooperan, sino que tienen interpretaciones jurídicas concurrentes. De esta forma, una convivencia no jerárquica entre Derecho común constitucional y Derecho nacional, finalmente, ni se deja reformular teóricamente ni verificar positivamente. Así, desde muchos puntos de vista, este diseño se muestra normativamente —como una comprometida construcción categórica de las ciencias sociales— y no como una conexión posible. Exactamente como una conexión incorrecta.

TITLE: *European Constitutional League. Constitutional Theoretical Charming and the theory failure of uncertainty principle*

ABSTRACT: *Since the beginning of the eighties Treaties were graded as «Constitutional Charter», the process of European integration has increased rapidly, and the emergence of European Constitutionalism has only demonstrated the complex relationship between the Union and its Member States, between Union law and the law of its Member States. Both the State Theory and the Theory of the Constitution are to be only partially effective in defining an appropriate conceptual model to the new phenomenon of European integration. It speaks well of a new concept, that of «European constitutional League», which provides a common terminological and introduced into the Europe Union's vision of constitutional law at different levels. It is increasingly difficult to differentiate when we are dealing with national issues and*

161 Para unas reglas para una relación de cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional federal, muy instructivo, Heintzen (op. cit. Nota 146), pp. 583-588; y también Hubertus Gersdorf, «Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH», en *DVBl.* 1994, p. 674 (675 ss.); Jürgen Schwarze, «Das „Kooperationsverhältnis« der Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof», en *FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 1er. Vol., 2001, p. 223 ss., con posteriores referencias.

162 Para los tres aspectos, Isensee (op. cit. Nota 143), pp. 1266-1268 con referencias posteriores.

163 Así, Ulrich Everling, «Die EU im Spannungsfeld zu nationaler Politik und Rechtsordnung», en Armin von Bogdandy (Ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, p. 847 (889 s.).

when community issues. Therefore, if we want to legitimize the role of the European Union, we will have to try to include the constitutional principles governing the Member States in this new level. Hence the ambitious concept of «European constitutional League». But nevertheless, the many theoretical problems with this model reflect the difficulty of speaking of a multilevel system in which there is no coexistence between different hierarchical levels, because ultimately it does show a incorrect connection between them.

RESUMEN: Desde que a partir de los años ochenta se calificara a los Tratados como «Carta constitucional», el proceso de integración europea se ha intensificado a pasos agigantados, y la aparición del Constitucionalismo europeo no ha hecho sino evidenciar la compleja relación existente entre la Unión y sus Estados miembros, entre el Derecho de la Unión y el Derecho de sus Estados miembros. Tanto la Teoría del Estado como la Teoría de la Constitución resultan ser sólo parcialmente eficaces para definir un modelo conceptual adecuado al nuevo fenómeno de integración europea. Se habla así de un nuevo concepto, el de «Liga constitucional europea», que terminológicamente proporciona un denominador común y que introduce en la Unión Europea la visión de un Derecho constitucional a diferentes niveles. Cada vez es más difícil diferenciar cuándo estamos ante asuntos nacionales y cuándo ante asuntos comunitarios. Por este motivo, si queremos legitimar la función de la Unión Europea habrá que intentar incluir los principios constitucionales que rigen en los Estados miembros en este nuevo nivel. De ahí el ambicioso concepto de «Liga constitucional europea». Pero no obstante, los numerosos problemas teóricos que presenta este modelo reflejan la dificultad de hablar de un sistema multinivel en el que exista una convivencia no jerárquica entre los distintos niveles, pues en último término lo que refleja es una conexión incorrecta entre ellos.

KEY WORDS: *European Constitutional League, Constitutional multilevel, European common law, European Constitution, European integration, hierarchy, cooperation, heterarchy*

PALABRAS CLAVE: *Liga constitucional europea, Constitucionalismo multinivel, Derecho común europeo, Constitución europea, integración europea, jerarquía, cooperación, heterarquía*

FECHA DE RECEPCIÓN: 20/11/2013

FECHA DE ACEPTACIÓN: 05/03/2014

