

Las teorías aplicadas a la práctica en la realidad jurídica de la Unión Europea

“*Cread un hecho: la inteligencia lo justificará*”
Luis Legaz y Lacambra¹

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS DIFERENTES TEORÍAS DE LA PRIMACÍA.—2.1. Monismo.—2.2. Dualismo.—2.3. Pluralismo.—III. EL RECONOCIMIENTO PRÁCTICO DE ESTAS TEORÍAS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE.—3.1. Los postulados monistas y su aplicación por el Tribunal de Justicia.—3.2. Los tintes pluralistas en la jurisprudencia europea desde el Tratado de Lisboa.—IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIÓN EUROPEA.—4.1. La Unión Europea como organización internacional.—4.2. La Unión europea como Estado federal o confederal.—4.3. La Unión Europea como Estado constitucional.—V. CONCLUSIONES.

RESUMEN

La primacía del Derecho de la Unión representa aun hoy, uno de los misterios más fascinantes y controvertidos del Derecho. No por su originalidad, “pacta sunt servanda”, sino por haberse convertido en el eje jurídico principal del proceso de integración europeo. El principio de primacía del Derecho de la Unión se ha instalado en la jerga de la jurisprudencia europea tanto en su vertiente estructural como normativa.

Por esta razón, el presente Estudio se centra en las tres teorías (monismo, dualismo y pluralismo) que intentan explicar este fenómeno desde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y, en consecuencia también en el estudio de las diferentes teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica de la Unión Europea, que si

* Letrada de la Asamblea de Madrid.

¹ LEGAZ Y LACAMBRA, L. (2004) “La primacía de lo espiritual en la construcción jurídica internacional (la base sociológico-axiológicas del nacionalismo y del internacionalismo)”, *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época*, vol. 5, pp. 387-433.

bien son muy difíciles de sistematizar, se pueden englobar en dos: las internacionalistas (con su variante supranacionalista) y las federalistas y/o constitucionalistas.

PALABRAS CLAVE: Primacía del Derecho de la Unión Europea, monismo, dualismo, pluralismo, naturaleza jurídica de la Unión Europea.

ABSTRACT

The primacy of the European Union Law represents, even today, one of the most fascinating and controversial mysteries of the Law. This is not due to its novel-nature, “pacta sunt servanda”, but due to the fact that it has become the main juridical axis for the European integrating process. The principle of primacy of the European Union Law has been widely spread within the European jurisdictional jargon, both in its structure and in its norms.

For this reason, this analysis will focus on the three theories (monism, dualism and pluralism) that try to explain this phenomenon based on the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. Consequently this analysis will also study the different theories that try to explain the juridical nature of the European Union. These theories, on the one hand, are very difficult to systematize, but on the other hand could be included in two groups, namely the internationalists (with its supra-nationalist version) and the federalists and/or constitutionalists.

KEYWORDS: Primacy of the European Union Law, monism, dualism, pluralism, juridical nature of the European Union.

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los principios de primacía y eficacia directa del Derecho europeo, y como consecuencia de ello la posición que este derecho ocupa en el Derecho nacional de los Estados miembros y el Derecho internacional sigue siendo un tema polémico entre la doctrina.

Ahora bien, si prácticamente ningún sector doctrinal discute que a través de vías distintas, con justificaciones diversas según los Estados y la doctrina, y con una mayor o menor seguridad jurídica, la primacía del Derecho europeo sobre la ley nacional anterior y posterior ha acabado por imponerse², no cabe decir lo mismo respecto a la imposición de este derecho

² GORDILLO PÉREZ, L. I. (2013) “Las relaciones entre el Derecho constitucional nacional y el Derecho de la Unión Europea: principios clásicos y nuevas tendencias”, *Revista de Derecho público y diálogo multidisciplinar*, Universos Jurídicos, Instituto de Investigaciones Jurídicas /Universidad Veracruzana Xalapa, Veracruz, México, Año 1, núm. 1, noviembre – abril 2013, pp. 43-137. Ver también en <http://revistas.uv.mx/index.php/univerjuridicos/index>. Recuerda este autor que la argumentación que conduce al juez nacional a reconocer la primacía de la norma europea no tiene nada de extraordinario, dado que ésta encuentra su origen en el propio Derecho constitucional nacional, ya se trate de una cláusula clásica que establezca la supremacía de los tratados internacionales

sobre el Derecho constitucional nacional y el Derecho internacional, y, más concretamente en materia de derechos humanos.

En efecto, tras la aprobación del Tratado de Lisboa el 18 de octubre de 2007, con el reconocimiento de la cláusula de salvaguardia de las identidades constitucionales de los Estados miembros y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión con el mismo valor jurídico que los Tratados, el reconocimiento de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (como principios generales del Derecho de la Unión) y la obligación³ de la UE de adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴, se ha empezado a cuestionar el principio de primacía del Derecho de la Unión.

Y, es que la aprobación del Tratado de Lisboa ha reafirmado, por un lado, el carácter limitado de la transferencia de soberanía efectuada por los Estados a favor de la UE y, por otro, ha creado, en materia de derechos humanos, un espacio jurídico europeo en el que confluyen diferentes ordenamientos cuya aplicación ya no va a depender del principio de jerarquía sino de competencia. Lo que a su vez ha generado que los tribunales, tanto nacionales como internacionales, empiecen a plantear sus dudas respecto al intérprete último del Derecho nacional e internacional cuando entra en conflicto con el Derecho europeo.

o (actualmente), una más específica relativa a la pertenencia del Estado en cuestión a una organización supranacional. Ver también LEHMANN, W. (2010) “*Democracia europea, identidad constitucional y soberanía: Repercusiones de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa en la doctrina constitucional europea*”. European Parliament, Departamento Temático, Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, C. Brussels. Ver en <http://www.europarl.eu/studies>. Este autor recuerda que en las constituciones de posguerra de los tres mayores Estados fundadores de las Comunidades europeas (Francia, Italia y Alemania) se habían introducido disposiciones que dejaban margen para limitaciones de soberanía o el traspaso de competencias a organizaciones internacionales por medio de un tratado. El resto de los Estados miembros, salvo el Reino Unido y Finlandia, aprobaron cláusulas constitucionales similares antes de su adhesión a la UE. Pero sólo Francia decidió modificar su Constitución a raíz de la ratificación del Tratado de Lisboa, p. 17.

³ LLOPIS NADAL, P. (2015) “La necesidad procesal de la adhesión de la Unión Europea al CEDH: un asunto que continúa pendiente tras el Dictamen 2/13 del TJUE”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 29, pp. 1-39.

⁴ El artículo 4.2 del TUE dice: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional...” y el artículo 6 dice: “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

Dudas que el Tribunal de Justicia de la UE no se plantea pues al elevar la Declaración número 17 (aneja al Tratado)⁵ el principio de primacía a la categoría de principio fundamental de la UE, le sirve de base suficiente para seguir considerándose el Tribunal que tiene la última palabra cuando una norma nacional entre en conflicto con la norma europea. Lo que ha llevado a Fausto Vecchio⁶ a entender que la codificación de la regla de la primacía se ha hecho salir por la puerta para dejarla entrar por la ventana.

Resultado de lo anterior, será que el Tribunal de Justicia se acoge a una postura netamente monista del Derecho europeo. Ya que se basa en el carácter definitivo de la transferencia de soberanía de los Estados miembros a la UE y el papel existencial de la primacía del Derecho europeo designada como base jurídica de la Unión.

Frente a la postura de algunos tribunales nacionales e internacionales que consideran que, a pesar de la reticencia del TJUE de acudir a los ordenamientos jurídicos nacionales o internacionales, al reconocer los Tratados principios tales como: la identidad nacional, la subsidiariedad, las tradiciones constitucionales nacionales, la CDFUE y el CEDH, está obligado a abandonar las posturas monistas y dejar entrar a ciertos postulados dualistas.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina, fundamentalmente tras la sentencia *Kadi*, considera necesario superar estas teorías y reconocer que el TJUE se ha visto obligado a aproximarse a la teoría pluralista, y, más concretamente a la teoría del constitucionalismo multinivel, ya que se ha visto forzado a reconocer la existencia de múltiples sistemas normativos. Pues, aunque el Derecho europeo sea un derecho diferente del Derecho internacional y nacional, que sólo puede ser enjuiciado por los jueces europeos, se integra en ambos.

Monismo, dualismo y pluralismo al que me referiré en los epígrafes siguientes para a través de estas teorías intentar averiguar qué tribunal tiene la última palabra y cuál es la naturaleza jurídica de la Unión Europea. Pues la convivencia conjunta de diferentes órdenes legales autónomos, sin cláusula

⁵ Recordar que el principio de primacía del Derecho europeo sobre el Derecho nacional estaba incorporado en el artículo I.6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 29 de octubre de 2004. Pero, el resultado negativo de su aceptación por referendo en Francia y los Países Bajos paralizó el proceso de su aprobación y terminó finalmente con la aprobación del Tratado de Lisboa que excluyó este precepto deliberadamente. Sin embargo se incorporó en la Declaración 17 establece que: “*La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia. Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260): Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007. Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64 (1) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia*”.

⁶ VECCHIO, F. (2012) “primacía del Derecho europeo y contra límites como técnicas para la relación entre ordenamientos” REDCE, año 9, núm.17, enero-junio 2012, pp. 67-102.

de supremacía inequívoca que regule las relaciones de jerarquía entre ellos o que especifique la ley de leyes, afectará al comportamiento de los encargados de interpretar y aplicar las normas de esos ordenamientos jurídicos, y, con ello la determinación del tribunal que debe tener la última palabra.

Ahora bien, el llegar a una u otra conclusión dependerá de la jurisprudencia que se estudie (la nacional, europea o internacional)⁷. Es por ello, por lo que en el presente estudio me ceñiré a los fallos y resoluciones del TJUE por un lado, en relación con el Derecho nacional de los Estados miembros y, por otro en relación con el Derecho convencional o internacional.

II. LAS DIFERENTES TEORÍAS DE LA PRIMACÍA

Si partimos de la concepción clásica del Derecho internacional como *el conjunto de normas positivadas por los poderes normativos peculiares de la Comunidad internacional*⁸, cabe llegar a la conclusión de que el Derecho internacional es un ordenamiento jurídico cuyo destinatario es el Estado y que se limita a regular las relaciones diplomáticas entre los Estados, la distribución de los espacios y las competencias entre los diversos países. Razón por la cual no goza aún de ninguna norma general que disponga cómo los respectivos Estados deben incorporarlo en sus sistemas jurídicos internos. De hecho, ni siquiera existe la obligación general de hacer que ingrese en el Derecho interno. Ello significa que se haga depender la aplicación del Derecho internacional en el Derecho interno de cada Estado de su forma de gobierno, prácticas internacionales, sistema constitucional de establecer las relaciones diplomáticas, declarar la guerra, firmar la paz, suscribir tratados, etc⁹.

Es decir, al ser los Estados los principales creadores y receptores del Derecho internacional, la eficacia de la norma internacional dependerá en amplia medida de que los ordenamientos jurídicos estatales estén conformes en que las reglas internacionales se apliquen y se les de efecto. De este modo, el Derecho internacional remite al ordenamiento jurídico interno

⁷ MADURO, M.P. (2003) "Las formas del poder constitucional de la Unión Europea", *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 119, enero-febrero, Este autor recuerda que si un extraterrestre se interesase en la relación entre el Derecho europeo y el derecho nacional, su percepción de la realidad variaría considerablemente dependiendo si aterrizase sobre el TJUE o sobre alguno de los Altos tribunales nacionales. Hay algo, que sin embargo no cambiaría: no tendría ninguna duda acerca de la cuestión de la última autoridad, pues si uno lee exclusivamente la jurisprudencia del TJUE sobre las relaciones entre Derecho de la Unión y derecho nacional se encontraría con la primacía absoluta del Derecho europeo, y si leyese exclusivamente la jurisprudencia de algún Alto tribunal nacional seguiría estando convencido de que no hay ninguna duda acerca de quién tiene en última instancia la autoridad, pero en este caso se trataría de las Constituciones nacionales, pp. 13-16.

⁸ Según la definición de Pastor Ridruejo. Ver PASTOR RIDRUEJO, J.A. (1996) "*Curso de Derecho internacional Público y Organizaciones Internacionales*", Ed. 6.ª, Madrid.

⁹ LOAYZA JUÁREZ, J. E. (2008), "Las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho Internacional", Cap. 3 de la Tesis, *Relación entre el Derecho de los Tratados y el Derecho interno: modificación constitucional acerca de la declaración de inconstitucionalidad de un Tratado por el Tribunal Constitucional peruano, en base a una armonización en el Derecho*, Lima, Perú, diciembre, pp. 147-200.

de cada Estado la decisión acerca de cómo habrán de incorporarse las normas de Derecho internacional en el Derecho interno. Así, las normas de un Estado pueden disponer la aplicación automática y directa de las normas internacionales en el ámbito interno, o exigir que cada norma convencional tenga que ser receptada por una norma interna que la incorpore¹⁰.

Todo lo anterior supone que se deje en manos del orden jurídico interno resolver las relaciones de jerarquía normativa entre la norma internacional y la norma interna. Cuestión ésta que es de gran interés, no sólo porque desde el punto de vista positivista permite analizar la repuesta que ofrece cada uno de los ordenamientos jurídicos acerca de cómo se integran las norma internacionales en su orden jurídico interno, sino también porque permite al juez averiguar cuál es la norma aplicable en cada caso concreto, o lo que es lo mismo, qué posición ocupa la norma internacional en la jerarquía de las fuentes de Derecho interno. Ante tales interrogantes surgieron las teorías monista y dualista tendentes a averiguar, por un lado, si el Derecho internacional y el Derecho interno configuran dos órdenes jurídicos independientes y separados entre sí, o, si constituyen una rama de un mismo tronco común; y por otro, el problema de las jerarquías de los órdenes jurídicos, es decir, cual prima entre ellos.

Ahora bien, como recuerda José Martín y Pérez Nanclares¹¹ parece claro que desde la globalización y la consiguiente intensificación de las relaciones transnacionales, el Derecho internacional ha pasado a ordenar conductas inmediatamente exigibles a los individuos o que los tienen por beneficiarios, pues ha pasado a fragmentarse de tal forma que regula materias que antes correspondían de forma exclusiva a la jurisdicción interna de los Estados. Esta internacionalización incide muy directamente en el contenido de las normas jurídicas de los ordenamientos nacionales, una de cuyas consecuencias es una cierta convergencia entre ordenamientos jurídicos y una multiplicación de jurisdicciones internacionales¹².

En efecto, tras la Segunda Guerra mundial, se han generado en Europa dos procesos interestatales que constituyen hitos jurídicos muy notables

¹⁰ Por estas razones muchos autores niegan la existencia del Derecho internacional. Aunque la razón de esta actitud negadora no es la misma en todos. Están aquellos que identifican más o menos abiertamente el Derecho con la fuerza y la coacción, y no pueden reconocer la existencia del Derecho internacional, pues es un Derecho en el que falta esta autoridad sancionadora incondicionada, quedando su cumplimiento al arbitrio de las partes. Otros, sin embargo, lamentan que no exista, ni acaso pueda existir, un Derecho internacional positivo, aunque se afirme la existencia de una moral que se imponga a los Estados en sus relaciones exteriores. Finalmente están aquellos que ven en estas imperfecciones técnicas del Derecho internacional, un sistema jurídico *sui generis* o de "derecho imperfecto". Ver LEGAZ Y LACAMBRA, L. (2004), op. cit., pp. 390-391.

¹¹ MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J. (2013) "El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo jurídico europeo". En *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 161-208, en concreto p. 169.

¹² Así este autor se refiere al Tribunal Internacional del Derecho del Mar de Hamburgo, o los mecanismos de la OMC con carácter universal, el TEDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el TJUE, etc.

para el Derecho internacional y para el Derecho constitucional nacional: uno consistente en la articulación de mecanismos eficaces para la protección internacional de los derechos humanos en torno al Consejo de Europa; y otro encaminado a la construcción económica y política que, sobre la base inicial de un mercado común, ha conducido a la actual Unión Europea. Aunque el devenir de ambas empresas ha discurrido por caminos diferentes, la primera lo ha hecho por el cauce de la cooperación y la segunda por el de la integración¹³.

La aparición del particular como sujeto en el ámbito del Derecho internacional público tuvo lugar a lo largo del s. XX¹⁴, siendo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) el primer instrumento que le reconoció como actor con pleno *ius standi* en el nivel regional de garantías. La aprobación de un catálogo internacional de derechos con carácter jurídico vinculante y su refuerzo mediante la creación de un órgano de fiscalización, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han hecho del sistema del Convenio de Roma el más completo y desarrollado sistema de protección de los derechos del particular en el ámbito internacional¹⁵.

Por otro lado, la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero¹⁶, junto con la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica¹⁷ a la que seis Estados europeos transfieren un conjunto de competencias de carácter casi exclusivamente económico y que pasan a ser ejercidas por unas instituciones comunes, convirtieron a la Comunidad Europea primero y a la Unión Europea después, y con ella al Derecho europeo, en un subsistema de Derecho internacional de carácter supranacional, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dotado de autonomía, primacía y eficacia directa.

Ambos subsistemas de Derecho internacional, a través de sus tribunales han revolucionado la aplicación del Derecho internacional y han transformado a sus Organizaciones internacionales en organizaciones de naturaleza *sui generis* a caballo entre lo internacional y nacional o más concretamente constitucional. Y, en concreto, el TJUE encarna sin duda la jurisdicción internacional más evolucionada de cuantas existen en el panorama mundial.

Consecuencia de lo anterior, la doctrina empieza a elaborar nuevas teorías que intenten resolver el problema de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno, lo que reabrirá de nuevo el debate monismo *versus* dualismo.

¹³ MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J., op. cita, pp. 170-171.

¹⁴ En concreto mediante la creación del Consejo de Europa a través del Estatuto de Londres de 5 de mayo de 1949 y la posterior aprobación del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1953.

¹⁵ MONTESINOS PADILLA, C. (2015) "Nivel internacional: restricciones en el acceso al TEDH y la problemática ejecución de sus sentencias", Cap. III, de la Tesis, *Tutela multinivel de los derechos: Obstáculos procesales*, Dir. Pablo Pérez Tremps /Itziar Gómez Fernández, Universidad Carlos III de Madrid, enero, pp. 189-330.

¹⁶ Con la firma del Tratado de París, de 18 de abril de 1951.

¹⁷ Con la firma de los Tratados de Roma, de 25 de marzo de 1957.

Este debate se inició con la obra “*Völkerrecht und Landesrecht*” del jurista Heinrich Triepel en 1889, cuando publicó su postulado dualista y supuso como reacción la posición contraria o monista por los seguidores del positivismo jurídico¹⁸. Tras el surgimiento de las nuevas formas de entender y aplicar el Derecho internacional (fundamentalmente por el TEDH y el TJUE) en donde las normas nacionales se entremezclan con las internacionales y/o supranacionales de forma totalmente nueva, un sector de la doctrina ha ampliado el debate a nuevos postulados que intentan explicar la articulación e interpretación de la realidad jurídica, a través del pluralismo.

2.1. Monismo

Los positivistas parten de la premisa de que la fuerza obligatoria del ordenamiento jurídico se encuentra fuera del individuo y del Estado, e invocan la unidad del orden jurídico. Lo que les lleva al reconocimiento de un único sistema jurídico.

Las dos escuelas más famosas en las explicaciones objetivistas son: la escuela de Viena que surgió en el periodo de entre guerras (1918-1938) con Hans Kelsen como máximo exponente, quien en su “*Teoría Pura del derecho*”, fundamentó sus análisis en el Derecho constitucional y el Derecho internacional; y, la escuela francesa realista de Georges Scelle, inspirada por Leon Duiguit quien, en sus obras de 1901 y 1903 combate, a través de las tres negaciones, la doctrina alemana del Estado y del Derecho, la concepción francesa del Estado y la Teoría de los derechos fundamentales basada en la soberanía absoluta del Estado.

Para Hans Kelsen como “*nadie puede servir a dos señores*”, una construcción monista del derecho resulta inevitable y por ello, no debería existir una línea demarcatoria que separase el Derecho internacional de los órdenes jurídicos nacionales. Kelsen era de la creencia de que una centralización creciente desembocaría en una comunidad jurídica organizada que se extendería a todo el Orbe y constituiría un Estado mundial. Partiendo del razonamiento lógico, llegó a la creencia de que tanto las normas del Derecho internacional como las de Derecho nacional, son normas jurídicas y por tanto simultáneamente válidas, pues, la fuerza obligatoria del ordenamiento jurídico se encuentra fuera de la voluntad del individuo o del Estado, y demanda la unidad del orden jurídico. En este sentido el Derecho es un conjunto normativo, y, todo sistema normativo está determinado por su fuente, la cual es el único fundamento de validez. En la medida en que el Derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales son definidos como sistemas de normas válidas y por consiguiente obligatorias, y no

¹⁸ MALPICA DE LAMADRID, L. (2002) “Relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno”, Cap. 3, en *La influencia del Derecho internacional en el Derecho mexicano: la apertura del modelo de desarrollo de México*. Ed. Limusa, S.A. Mexico, pp. 69-73.

como conjunto de hechos naturales, es necesario reunirlos en una construcción lógicamente coherente.

En presencia de dos sistemas a primera vista distintos el uno del otro, puede considerárselos como pertenecientes a un sistema único cuando uno está subordinado al otro o cuando ambos se encuentran en una relación de coordinación. Para que el Derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales formen en conjunto un sistema único es necesario, pues, que sus relaciones recíprocas tengan el carácter de una subordinación o de una coordinación¹⁹.

En el primer caso, las normas del sistema subordinado extraen su validez de una norma perteneciente al otro sistema, la cual desempeña, así, con respecto a las normas del sistema subordinado, el papel de una norma fundamental relativa.

En el segundo caso, la coordinación de los dos sistemas de normas supone una delimitación de sus respectivos ámbitos de validez y por consiguiente la existencia de un tercer sistema de normas, superior a los dos primeros, que determina el modo de su creación, delimita sus ámbitos de validez y establece la relación de coordinación.

Por su parte Leon Duguit²⁰ parte de que el Derecho es el que atiende y se ocupa de la problemática generada por los hechos sociales; el Derecho, en consecuencia, no puede mirarse más bajo la óptica del individualismo jurídico, productos de la metafísica científica, sino bajo el sentido de lo colectivo, pasando en esta dinámica a constituirse en un Derecho en esencia social, objetivo y positivo; nominado por el mismo Duguit, como “Derecho Social”. Situación que da como resultado palpable en el pensamiento de Duguit, el que el Derecho es un producto de la vida social, que surge de las necesidades evolutivas de la misma sociedad. Conforme a los postulados de la teoría realista, en la base del Derecho, tan sólo puede subyacer solidaridad humana en relación con los conflictos propios de la interdependencia social; de aquí la necesidad de que cualquier construcción jurídica se haga a partir del hecho social²¹.

La teoría realista de Leon Duguit fue aplicada al Derecho de gentes por sus dos grandes discípulos: Nicolás Polítis y George Scelle, quienes desarrollan su aplicación al Derecho internacional fundamentando este derecho en unos principios objetivos superiores a los Estados: la solidaridad y la justicia, y, entendieron que el carácter obligatorio del Derecho internacional no es para los Estados personificados, sino para los individuos, únicos sujetos del

¹⁹ KELSEN, H. (1986) “*Teoría Pura del derecho*”, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Vigésimo tercera edición, pp. 206-207.

²⁰ DUGUIT, L. (2013) “*Soberanía y Libertad*”. Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New York, 1920-1921). Dir. José Luis Montero Pérez, Colección Crítica del Derecho, Ed. Granada, Comares, pp. 1-159.

²¹ ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, J. (2011) “León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 5, primer semestre/2011, pp. 43-86.

Derecho internacional. Por ello, Scelle²² consideró que entre el Derecho internacional y el Derecho interno hay una relación de delegación, a la que denomina “*monismo jurídico integral o social*”. La fuente de este derecho social es única y se encuentra en el hecho social. El monismo jurídico social consigue de esta forma suprimir toda oposición entre el tradicional Derecho interno y el tradicional Derecho internacional, para fundir los dos en un derecho inter-social unificado, pues hace descansar la unidad del sistema jurídico sobre la unidad social de los grupos que entran en relación.

Ahora bien, es evidente que el orden jerárquico de las normas dependerá del punto de partida elegido por su intérprete; es por ello por lo que, tanto Adolf Merkl²³ como Hans Kelsen, sostienen que desde un punto de vista científico los dos sistemas a cuyo nacimiento puede conducir el monismo, ya sea la primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno o a la inversa, son aceptables para fundamentar el sistema jurídico total. La formulación de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional variará, pues, según el sistema de referencia adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro²⁴.

A) *Primacía del Derecho interno*

Esta teoría ha sido defendida en Alemania por la denominada escuela de Bonn, entre otros por Albert Zorn, Erich Kaufmann y Max Wenzel en cuanto a la teoría del Derecho estatal interno²⁵ y por Rudolf Ihering,

²² SCELLE, G. (1932) «*La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens*», Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, núm. 2 y POLITIS, N (1932) «*L'influence de la doctrine de L. Duguit sur le développement du droit international*», Trabajos publicados en los Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique, núms. 1-2.

²³ MERKL, A. (2004) “*Teoría general del derecho administrativo*”, Ed. Comares. Ver también KUCSKO STADLMAYER, G. “La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del Derecho”, Revista de la Facultad de Derecho de Méjico, pp. 243-258, ver en www.juridicas.unam.mx o www.derecho.unam.mx

²⁴ LOAYZA JUÁREZ, J. op. cita, pp. 147 y ss.

²⁵ ZORN, A. (1903) “*Grundzüge des Völkerrechts*”, Ed. 2ª, Leipzig, para este autor el Derecho internacional se transforma así en el “derecho externo del Estado”, en la medida en que sólo se le puede atribuir juridicidad cuando ha sido incorporado por la legislación de cada uno de los Estados. KAUFMANN, E. (1911) “*Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus*” Tübingen, Mohr, pp. 7-12. En esta obra el autor expone la teoría del Estado total como realidad histórica y espiritual de Europa y sobre la base de la cláusula *rebus sic stantibus* ha negado el Derecho internacional. Para Kauffmann la opinión acerca del Derecho internacional como superior al Estado surgió de un nihilismo moral, no histórico. Debido a que el Estado –y no el reinado superficial y discontinuo del cosmopolitanismo– era la inclusión concreta de la espiritualidad humana, el Derecho internacional no podía aspirar nunca a una normatividad mayor que el Estado. WENZEL, M. (1909) “*Zur Lehre von den verfassungsmässigen: Elementen der Reichsverfassung*” Tübingen. Según este autor, el Estado, como expresión absoluta de soberanía, decide, autónomamente, obligarse en el plano internacional, sin más requisito que su propia voluntad, pudiendo dar por terminado, también unilateralmente, cualquier compromiso. Ver también (1920) “*Der Begriff des Gesetzes: zugleich eine Untersuchung zum Begriff des Staates und Problem des Völkerrechts*” Ed. F. Dümmler, pp. 1-529.

Raymond Carré de Malberg y sobre todo Georg Jellineck en cuanto a la teoría de la autolimitación del Estado²⁶. Según esta concepción, el Derecho internacional deriva del Derecho interno, por lo que prima el orden interno en el internacional. La ausencia de una autoridad supraestatal, es un presupuesto base que determina el que cada Estado establezca libremente sus obligaciones internacionales, siendo en principio juez único de la forma de ejecutarlas. El Estado soberano está por encima del Derecho internacional, de forma que éste no puede ser más que un derecho estatal externo, ya que sus reglas derivan de la misma fuente que las del Derecho interno, es decir, de la voluntad del Estado mismo. Aunque otra de sus tesis estriba en el fundamento puramente constitucional y por consiguiente interno de las obligaciones competentes para concluir tratados en nombre del Estado y comprometer a éste en el plano internacional. Esto es, como dice Charles Rousseau²⁷, al no considerarse obligatorio el Derecho de gentes, éste se encuentra subordinado al Derecho interno de cada Estado y en él fundamenta su existencia, así el Derecho internacional se convierte en un derecho público externo, pues su fuerza obligatoria deriva de su reconocimiento por el Derecho interno.

B) *Primacía del Derecho internacional*

La postura anterior fue fuertemente criticada por Hans Kelsen quien entendió que, aunque se partiese de la *metáfora de que la validez del Derecho internacional y de los otros órdenes jurídicos nacionales depende de la voluntad del Estado soberano que los ha reconocido, aun así estaríamos en presencia de un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía de un Derecho nacional que desempeña el papel de un orden jurídico supremo*²⁸. Ahora bien, el dogma de la soberanía del Estado y su consecuencia, la primacía del orden jurídico nacional, sólo cabe hacerlo desde una concepción subjetivista que en último análisis tiende al solipsismo, que coloca al individuo, al “yo” en el centro del mundo y sólo ve en este mundo un objeto de la voluntad y de la representación del “yo”. El subjetivismo busca comprender el mundo partiendo del “yo” y dilatándolo hasta las dimensiones del universo; por esto no puede exceder la noción del “yo” soberano para llegar a la de un mundo objetivo. Es incapaz de admitir que otro sujeto distinto del “yo”, que reivindique la misma soberanía, un “tu” que quiera ser un “yo”, pueda tener la misma naturaleza que un “yo”²⁹.

²⁶ IHERING, R. (1998) “*El fin en el derecho*”, Ed. Comares. JELLINECK, G. (1981) “Teoría general del Estado”, Albatros, Buenos Aires. Este autor elabora su teoría de la autolimitación del Estado y gracias a él tenemos la teoría de los derechos públicos subjetivos. La doctrina de la autolimitación supone que el Estado se subordina al orden jurídico en virtud de su propia potestad y puede asegurar mejor el respeto de ese orden por cuanto ha sido el primero en sujetarse al mismo, renunciando a su fuerza originaria.

²⁷ ROUSSEAU, CH. (1996) “*Derecho internacional público*”, Barcelona, Ed. Ariel.

²⁸ KELSEN, H, op. cita, p. 210.

²⁹ KELSEN, op. cita, p. 210.

Al referirse al “futuro del Derecho internacional”³⁰, la tesis central de Kelsen es el monismo o la supremacía del Derecho internacional³¹. La construcción monista de la primacía del Derecho nacional, es desde todo punto de vista inconciliable con la noción de una pluralidad de Estados soberanos, de donde resultaría también que no hay Derecho internacional en el sentido propio del término. Si el Estado es tomado como base de la construcción, sería el único que tendría el carácter de un orden jurídico, lo que significaría que el Derecho internacional se estuviese transformando en Derecho nacional. Habría tantos sistemas jurídicos universales como Estados u órdenes jurídicos nacionales y en cada uno de estos sistemas otro Estado estaría sirviendo de base a la construcción. Para Kelsen el gran obstáculo para el desenvolvimiento del Derecho internacional es la idea de soberanía, tal como se sostuvo en el derecho público a lo largo del siglo XIX y en las primeras décadas del XX. Sólo desplazando esa doctrina sería posible que el Derecho internacional pasara de un estadio “primitivo” al de una comunidad de naciones, o *civitas maxima*, “también en el sentido político-material de esta palabra”.

Es por ello, por lo que este autor parte de la primacía del Derecho internacional, pues la tesis de que un Estado sólo existe jurídicamente para otro Estado si ha sido reconocido por él, se funda en el Derecho internacional positivo, el cual determina, en efecto, las condiciones que una comunidad debe reunir para ser un Estado en el sentido del Derecho internacional, y autoriza a los Estados existentes a comprobar si dichas condiciones se encuentran reunidas por una nueva comunidad. Esta comprobación es denominada reconocimiento y tiene carácter constitutivo. El Derecho internacional no exige ni puede exigir ser reconocido por los Estados, pues su validez es independiente de tal reconocimiento. Aparece así como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados, de tal manera que tenemos un sistema jurídico universal fundado sobre la primacía del Derecho internacional.

Establece así su famosa teoría piramidal, hasta llegar a la norma hipotética fundamental, que es la *pacta sunt servanda*. La primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno se explica porque el Derecho internacional regula las relaciones entre Estados jurídicamente iguales, y en él existen normas que tienen una existencia objetiva, independiente de la voluntad de los Estados. El carácter objetivo del Derecho internacional frente a los Estados no consiste sólo en una objetividad formal, sino que implica a la vez que tiene una fuente propia, diferente de la del Derecho interno.

Por su parte Alfred Verdross³², considera que sólo se puede explicar de forma adecuada la realidad jurídica a través de la teoría del monismo moderado o estructurado, donde aun persistiendo la independencia entre De-

³⁰ KELSEN, H. (1928) “*Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*”, Scientia Verlag, Aalen, 1981, reimpresión de la segunda edición de 1928.

³¹ VILLAR BORDA, L. (2006) “Hans Kelsen y el Derecho internacional” *Derechos y Libertades*, núm. 14, Época II, enero 2006, pp. 221-234.

³² VERDROSS, A. (1923) “*Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*”, Tübingen.

recho Interno y Derecho Internacional, cada uno de ellos goza de su propia individualidad, de manera que la norma interna no es nula pero puede generar responsabilidad jurídica internacional del Estado cuando contravenga las normas del Derecho Internacional. Aun reconociendo desde luego la posibilidad de conflictos entre el Derecho internacional y el Derecho interno, se advierte que tales conflictos no tienen carácter definitivo y encuentran su solución en la unidad del sistema jurídico. Esta teoría, postula la distinción entre el Derecho internacional y el Derecho estatal y la primacía del Derecho internacional sobre el interno, pero, a la vez, subraya la conexión de ambos ordenamientos dentro de un sistema jurídico unitario basado en la “*constitución de la comunidad jurídica internacional*”. Sin embargo, Alfred von Verdross en su última obra *Völkerrecht* (1937 y 1950) se enmarcará en el más clásico iusnaturalismo, y llegará a la conclusión de que el derecho natural es el conjunto de principios que resultan necesariamente de la naturaleza de los grupos humanos. Estos principios se reflejan igualmente en la conciencia jurídica y en el sentimiento jurídico de los miembros de tales grupos. Como los preceptos jurídicos positivos son deducciones y aplicaciones de principios jurídicos materiales, los principios generales del derecho son, según Verdross, el punto de unión entre el derecho natural puro y el derecho positivo. Tales principios iluminan completamente el orden jurídico internacional.

Boris Mirkine-Guetzevitch³³ formula una explicación monista de tales relaciones a través del método histórico-empírico, basada en el “*principio de unidad del derecho público*” que descansa sobre “*la unidad de conciencia jurídica y sobre la unidad empírica de la evolución histórica*”. Este autor considera que el Derecho internacional es universal, independientemente de todas las controversias en torno al Derecho internacional regional, puesto que los más avisados partidarios del regionalismo reconocen que hay un cierto número de reglas internacionales que tienen alcance universal. El Derecho constitucional, por el contrario, no es universal, varía de país a país. A veces se habla de tipos constitucionales, pero jurídicamente, las constituciones que más se parecen siempre son diferentes. Y, si con frecuencia, las constituciones tienen una base común, jurídica e históricamente es cada constitución un fenómeno individual. El Derecho internacional es universal, el Derecho constitucional, por el contrario, es individual. Hay tantos regímenes como Estados, y por eso no se puede ignorar el problema del régimen político del Estado concreto, y, no se puede en consecuencia admitir la existencia de un Estado abstracto. Premisas éstas sobre las que construyó su teoría del constitucionalismo internacional. Esta concepción acepta pues que un derecho deriva de otro, llegándose a una concepción unitaria del orden jurídico con base en el principio de primacía.

En este sentido hay quienes opinan que existen dos teorías monistas: la que considera que el Derecho internacional está subordinado al Derecho

³³ MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. (2009) “*El Derecho constitucional internacional*”, Ed. Reus, Colección Clásicos del Derecho, pp. 1-406.

nacional y la que asume que el orden jerárquico ubica al Derecho interno por debajo del Derecho internacional, ya que es de éste de donde nace un orden normativo superior. Según la primera posición, el Derecho internacional no requiere ninguna transformación o recepción, para tener fuerza obligatoria pues deroga de pleno derecho las reglas de Derecho interno que sean incompatibles con él.

2.2. Dualismo

La tesis dualista postula que los dos ordenamientos jurídicos son independientes, distintos, separados o impenetrables. Se concibe el Derecho internacional como un sistema de relaciones exclusivamente entre Estados. Por lo que sus normas sólo pueden penetrar en la esfera del Derecho nacional en virtud de un acto específico de transformación que emana del legislador nacional. Esta tesis ha sido expuesta principalmente en Alemania por Heinrich Triepel, Karl Strupp y Paul Heilborn, y, en Italia por Dionisio Anzilotti, Arrigo Cavaglieri, Giulio Diena y Gabriele Salvioi aunque las dos exposiciones más brillantes que han devenido clásicas son la de Heinrich Triepel³⁴ y Dionisio Anzilotti³⁵. Los dualistas consideran que el Derecho interno e internacional son dos sistemas jurídicos iguales, independientes y separados y no se confunden ni se mezclan jamás. El valor propio del Derecho internacional es independiente del Derecho interno y el de éste lo es del internacional. Estos autores sostienen que hay diferencias estructurales, confirmadas por la praxis, entre ambos ordenamientos. Gaetano Morelli³⁶ señala que, además de diferentes, el Derecho internacional y el Derecho interno son dos ordenamientos separados debido al “*carácter originario*” que tiene cada uno de ellos, dado que reposan en normas fundamentales diferentes.

Estas diferencias estructurales vienen determinadas por razones de principio y de hecho.

Las razones de principio se deducen de la diversidad de fuentes del derecho por un lado, pues los dos órdenes jurídicos emanan de fuentes distintas (el Derecho interno procede de la voluntad unilateral del Estado y el Derecho internacional general dimana de la voluntad común de varios Estados), y de la diversidad de sujetos por otro, pues las normas internacionales tienen como sujeto a los Estados y, en cambio, las normas internas están destinadas únicamente a los individuos.

Las razones de hecho se apoyan a su vez en la diferente estructura de los órdenes jurídicos, ya que las instituciones destinadas a la realización coercitiva del derecho sólo existen con carácter permanente en el orden interno, y, en la validez de las normas internas irregulares, ya que las leyes nacionales

³⁴ TRIEPEL, H. (1899) “*Völkerrecht und Landesrecht*”.

³⁵ ANZILOTI, D. (1935) “*Curso de Derecho internacional*”. Tomo I, Ed. Reus.

³⁶ MORELLI, G. (1935) “*Lezioni di diritto internazionale: diritto processuale civile internazionale*”, Padova, CEDAM.

conservan su fuerza obligatoria en el orden interno, aun cuando estén en oposición con las reglas del Derecho internacional general.

Las consecuencias de la doctrina dualista son por tanto:

- Que no puede haber, en ninguno de los dos sistemas jurídicos, norma obligatoria, emanando del otro.
- La validez del Derecho internacional depende de que previamente sea transformado en norma de Derecho interno, esto es, como decía Anziliotti, para que una norma de Derecho internacional sea recibida por el Derecho interno, ésta debería ser transformada al sistema de normas de Derecho interno. La norma internacional debe, pues, si pretende obligar al Derecho nacional, ser convertida en norma interna.
- Los tribunales nacionales aplican el Derecho internacional, como Derecho interno, el que es transformado en Derecho nacional. Por tanto, no puede haber conflicto entre los dos órdenes jurídicos, sino sólo, reenvíos de un ordenamiento jurídico a otro. Cuando el reenvío es receptivo, es porque el orden jurídico acepta la competencia; es no receptivo cuando la competencia es rechazada por el ordenamiento jurídico en cuestión.

2.3. Pluralismo

El debate inacabable y aún sin resolver, reflejo de las insuficiencias tanto teóricas como prácticas del monismo y el dualismo, ha llevado a un sector de la doctrina a plantear la polémica doctrinal clásica desde una óptica distinta: la práctica. Así, Daniel Patrick O'Connell³⁷ entiende que la polémica anterior es irreal pues el punto de partida del debate ha de ser el derecho como medio para solucionar los conflictos humanos. El derecho debe de ser armónico y no debe de permitir la contradicción de normas de comportamiento. Por su parte, Ángel José Rodrigo Hernández, considera que la polémica dualismo-monismo evidencia insuficiencias teóricas porque se descubren en ellas contradicciones internas y una cierta incapacidad para convencer sobre las cuestiones que plantean las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno. Pero también muestran insuficiencia práctica porque fracasan en el momento de explicar los problemas concretos que la práctica internacional, y, sobre todo, europea presenta: una práctica que no confirma ni al dualismo ni al monismo sino que más bien desmiente ambos³⁸. Para superar estas teorías, surgió la del pluralismo jurídico.

³⁷ O'CONNELL, D.P. (1970) "*International Law*", vol. I, 2.^a ed., London, Stevens, pp. 43-46.

³⁸ RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J. (1996) "*La Recepción de las resoluciones obligatorias de las Organizaciones Internacionales Intergubernamentales en el Ordenamiento jurídico español*", Universidad Pompeu Fabra, Facultad de Derecho, Barcelona, pp. 89-103.

Se considera el creador de esta teoría a Nomberto Bobbio³⁹, que postuló la idea de que nadie tiene el monopolio de la palabra “derecho”. Esta palabra puede ser utilizada en un sentido largo o limitado, según las oportunidades, donde el juez es el único científico mismo. Así, pese a que la idea de norma jurídica es clave para definir el concepto de derecho como sistema en el que esas normas se integran en su totalidad, el concepto de derecho no puede definirse desde el punto de vista exclusivo de la norma jurídica aisladamente considerada, sino que se hace imprescindible ampliar la perspectiva hasta tomar en consideración el modo en que una norma es eficaz gracias a una compleja organización que determine la naturaleza y entidad de las sanciones, las personas que deben aplicarlas y su ejecución. Tal organización recibe la denominación de ordenamiento jurídico. Así pues, el problema de la definición del derecho ha de ubicarse en el ámbito de la teoría del ordenamiento y no en el de la teoría de la norma. Bobbio parte de la consideración kelseniana del ordenamiento jurídico como unidad⁴⁰. Una vez expuesta la idea de unidad del ordenamiento jurídico siguiendo la línea argumental de la norma fundamental de Kelsen, Bobbio se plantea si tal unidad se identifica con una “*totalidad ordenada*”, o sea, si está integrado por “un conjunto de entes entre los cuales existe un cierto orden”. Orden que ha de entenderse referido no exclusivamente a la unidad de todas las normas en la norma superior, sino que todas las normas han de estar en relación de coherencia, no ser incompatibles entre sí.

No obstante, Bobbio reconoce que en el ordenamiento jurídico existen normas incompatibles, a las que denomina antinomias, que perteneciendo al mismo ordenamiento jurídico y coincidente en los cuatro ámbitos de validez: temporal, espacial, personal, y material, ofrecen soluciones contradictorias⁴¹. Pero, la tendencia de todo ordenamiento se dirige a eliminar tales contradicciones, para convertirse en un todo unitario y coherente, en un “*sistema*”. Y ello lo hace a través de la jurisprudencia. El juez va elaborando reglas que permiten eliminar la incompatibilidad existente entre las normas, unas veces utilizando la “*interpretación correctiva*” o de modificación leve o parcial del texto de la norma; y otras veces se ha basado en la no-aplicación de una de las normas en conflicto. En otros supuestos la antinomia se resuelve inaplicando las dos normas en conflicto buscando una solución intermedia. Así, a través de la hermenéutica, las antinomias presentes en un ordenamiento jurídico son subsanables.

Bobbio defiende la concepción pluralista surgida con el institucionalismo, de acuerdo con la cual cada grupo social organizado posee su propio ordenamiento jurídico. Así, considera que además de ordenamientos estatales existen ordenamientos supraestatales, como el ordenamiento internacional o europeo; Por tanto, según esta concepción, al analizar la estructura

³⁹ BOBBIO, N. (1987) “*Teoría general del derecho*”, Temis, Bogotá, p. 11.

⁴⁰ SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A. (2006) “Los orígenes del pluralismo jurídico” *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, Vol. 1. pp. 471-485.

⁴¹ BOBBIO, N. op. cita, en concreto Cap. III, la Coherencia del ordenamiento jurídico, epígrafes 66-69, pp. 184-196.

de un ordenamiento, hay que tener en cuenta su probable relación con otros ordenamientos jurídicos que operan en su entorno, pues la estructura jerárquica de un ordenamiento puede prolongarse fuera del mismo, si tal ordenamiento está subordinado a otro superior, o éste reenvía a otros ordenamientos menores o parciales la regulación de determinados comportamientos, o el ordenamiento superior absorbe las normas de un ordenamiento inferior. Así, los ordenamientos estatales además de estar integrados por varias fuentes, son compuestos, al configurarse como un producto de la estratificación de ordenamientos diversos, que se amalgaman en un único ordenamiento estatal vigente. Éste amalgama cabe definirlo como pluralismo jurídico.

El pluralismo permite pues ilustrar las relaciones entre ordenamientos inter o supranacionales. Consiste en entender que las relaciones entre los sistemas normativos son horizontales, y no jerárquicos. En efecto, una construcción basada en el principio de jerarquía no permitiría en la situación actual dar cuenta de la realidad ni responder a los problemas concretos que se plantean, y, de dudosa utilidad. Así si la construcción basada en la pirámide kelseniana mantiene una evidente utilidad en el marco de las relaciones interordinamentales donde, cada ordenamiento considera que sus normas prevalecen sobre las del otro. Una visión fundada en una red o malla, llamada pluralismo sería conceptualmente más exacta.

A) *El pluralismo constitucional*

Dentro del pluralismo surgió una nueva corriente constitucionalista, en la que ninguna Constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un pluriverso normativo, como pone especialmente de manifiesto el caso europeo. El pluralismo jurídico descansa pues en la asunción pluralista de diversos ordenamientos. En este contexto, un concepto que podría resultar útil para explicar las relaciones normativas sería el de “*acoplamiento entre ordenamientos jurídicos*”. Este acoplamiento se llevaría a cabo a través de las doctrinas del efecto directo y de la interpretación conforme a la luz de sus roles constitucionales.

En este sentido, sería necesario referirse al pluralismo constitucional, como la concreción del pluralismo jurídico explicado desde la norma superior, porque en parte explica la creación del Derecho europeo y la consiguiente transformación del Derecho nacional de abajo hacia arriba⁴².

El pluralista constitucional tiene en Rafael Bustos Gisbert⁴³ uno de sus máximos exponentes que lo define como aquel en el que existen, al menos

⁴² DOMÍNGUEZ VALVERDE, C.A. (2008) “*La relación entre el Derecho de la Comunidad Europea y el Derecho de los Estados miembros: Aproximación teórica y la revisión de los casos de Alemania, España y Francia*”, julio, Santiago de Chile, pp. 75-78.

⁴³ BUSTOS GISBERT, R. (2004) “*Integración y pluralismo de constituciones. Hacia una red de constituciones o un constitucionalismo en red*”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, pp. 23-54.

dos constituciones, cada una reconocida como válida, pero sin que ninguna reconozca a la otra como su fuente de validez. Esto es, situaciones en las que existe una pluralidad de órdenes normativos institucionales, cada uno con una constitución (en el sentido de cuerpo normativo de rango superior que establece y condiciona el ejercicio del poder político) y, en el que se reconocen, mutuamente la legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme supremacía de uno sobre otro.

Para llegar a esta conclusión Bustos Gisbert, parte de que en la realidad actual de la globalización no cabe seguir con las categorías y conceptos tradicionales del derecho constitucional. Esto es, la idea básica de Constitución como la norma jurídica suprema del Estado soberano tal y como fue definido por la dogmática del derecho público y por la Teoría del Estado del siglo XIX y principios del XX debe ser superada por una concepción de constitución desprendida de las lentes estatales pero, sin prescindir totalmente del concepto de Estado. El Estado ha perdido la posición de exclusividad característica del siglo XIX. *El Estado al atribuir a entes ajenos a su control el ejercicio de competencias esenciales derivadas de su antigua soberanía, también ha devenido un lugar incompleto pues ha perdido su carácter omnicompreensivo.* La aparición de normas constitucionales supranacionales y su conexión con la constitución nacional sólo puede explicarse a partir de conceptos lo suficientemente amplios como para identificar múltiples lugares en los que se desarrolla el proceso constitucional. Esto es, la transformación en la premisa ontológica del concepto de Constitución no puede sino tener consecuencias también transformadoras en el propio concepto madre de todo el Derecho constitucional⁴⁴.

Es necesario recordar también que este fenómeno no es sólo europeo, es universal. No podemos entender el Derecho constitucional hoy sin tener en cuenta este factor. Como tampoco podemos entender los procesos de integración regional (sean económicos, políticos, o una integración a través de los derechos fundamentales) sin tener en cuenta que la superación del Estado no sólo se produce como consecuencia de fenómenos de ámbito territorial continental, sino en un contexto que no conoce de naciones, pero tampoco de continentes por muy lejanos que se encuentren entre sí. Es un nuevo mundo en el que buena parte de los problemas planteados sólo pueden afrontarse desde instancias internacionales o desde la profunda interconexión entre centros de ejercicio del poder alejados sólo en el espacio, no en su interdependencia. La situación descrita recibe el nombre de pluralismo constitucional, *“cuya definición más certera, a nuestro entender, es atribuible a uno de sus mejores teóricos, Maccormick: aquella situación en la que existen, al menos, dos constituciones, cada una reconocida como válida, pero sin que ninguna reconozca a la otra como fuente de su validez. Esto es, situaciones en las que existe una pluralidad de órdenes normativos institucionales, cada uno con una cons-*

⁴⁴ BUSTOS GISBERT, R. (2012) “Elementos constitucionales en la red global: Constitución y Supranacionalidad”, en Monográfico. *Constitución y globalización: la constitucionalización de espacios supranacionales*, Estudios de Deusto, vol. 60/2, julio-diciembre 2012, pp. 14-21.

titución, al menos en el sentido de cuerpo de normas de rango superior que establecen y condicionan el ejercicio del poder político y en el que se reconocen, mutuamente, legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre otro”⁴⁵.

Miguel Poiares Maduro⁴⁶ entiende que dentro del pluralismo constitucional hay dos teorías. La que versa sobre la naturaleza constitucional del Derecho europeo, que aún no ha conseguido proporcionar una verdadera teoría constitucional de la legislación de la UE. Y, la que centra toda su atención en la resolución de los conflictos sobre quién es la autoridad constitucional última. Esta última sería la teoría empírica.

Respecto a esta segunda teoría cabe definirla como aquella que intenta definir la relación del Derecho de la Unión con otros órdenes constitucionales (nacional y, posiblemente, internacional). Es decir el pluralismo constitucional empírico se debe identificar con el fenómeno de una pluralidad de fuentes constitucionales y de reclamos de autoridad final, que crean un contexto para que los potenciales conflictos constitucionales no estén regulados ni se resuelvan de forma jerárquica. En términos generales, se refiere a la ampliación de las fuentes jurídicas pertinentes, la multiplicación de las fuentes legales y de los órdenes jurisdiccionales, y la existencia de los conflictos constitucionales de competencia.

En el derecho de la UE, el pluralismo constitucional va dirigido fundamentalmente a que el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales constitucionales nacionales, reduzcan los riesgos de conflictos constitucionales, atendiendo a sus respectivas pretensiones de autoridad final. Por ello, dice este autor, que si tuviera que resumir el núcleo fundamental del pluralismo constitucional empírico, sería considerándolo como aquel que mejor describe la realidad jurídica actual, de averiguar quién debe ser la autoridad última en los conflictos constitucionales entre los diferentes ordenamientos jurídicos (que pertenecen al mismo sistema legal) y en los intentos judiciales de acomodarlos. Esto deja abierta la cuestión de si es más apropiado concebir el pluralismo constitucional en el UE como el pluralismo de los ordenamientos jurídicos (UE y nacionales) o como un pluralismo de reclamaciones constitucionales de última autoridad dentro del mismo ordenamiento jurídico nacional (el TJUE o los tribunales constitucionales nacionales). Para resolver estos conflictos se debe partir de concebir al orden legal como aquel que está compuesto por el nacional y europeo. Es decir se debe entender al ordenamiento de la UE y al ordenamiento nacional como ordenamientos jurídicos autónomos, pero que forman parte de un mismo Sistema Jurídico Europeo. Para el ejercicio de este derecho en Europa, este Sistema Jurídico Europeo debe tener compromiso con ambos ordenamientos jurídicos (el de la UE y el nacional) e imponer la obligación de acomodar e integrar sus respectivas pretensiones. La consecución de este acoplamiento, entre otras cosas, reside en los criterios

⁴⁵ BUSTOS GISBERT, R. op. cita, p. 24.

⁴⁶ MADURO, M. P. (2012) “Three Claims of Constitutional Pluralism”, en *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Ed. Matej Avbelj and Jan Komárek, *Stuies of Oxford Institute of European and Comparative Law* 2, pp. 40-67.

hermenéuticas impuestos a los tribunales nacionales y europeos cuando actúan dentro del sistema jurídico de la UE.

Esta afirmación empírica es, sin embargo, cuestionada, entre otros, por Alexander Somek⁴⁷ que elabora una de las teorías más desafiantes de la tesis empírica del pluralismo constitucional, pues, en su opinión, el pluralismo no se ajusta a la práctica legal ya que “*la ley es intrínsecamente monista*”. El pluralismo constitucional sería una forma de monismo del Derecho nacional, donde la cuestión de la autoridad final no está abierta, ya que siempre tiene una respuesta legal. Si los tribunales nacionales dejan que el Derecho de la Unión triunfe sobre el Derecho constitucional, actuarán claramente como agentes del sistema supranacional y cortarán sus lazos con el sistema nacional. Si, por el contrario actúan desde la perspectiva nacional, no actuarán como tribunales y producirán declaraciones jurídicamente irrelevantes. Ello se debe a que los tribunales nacionales no tienen fuerza material para imponer el cumplimiento de sus resoluciones en el proceso político y, los Tratados comunitarios, en sí, tampoco pueden impedir que los jueces nacionales adopten resoluciones no respetando el Derecho de la UE (“falsas decisiones”) ya que en última instancia, sus decisiones no serán anuladas, la única consecuencia puede ser la responsabilidad extracontractual del Estado.

B) *El constitucionalismo multinivel*

Dentro de esta corriente destaca también Ingolf Pernice⁴⁸ quien elaboró la teoría del constitucionalismo multinivel, como aquel basado en una aproximación contractual de cómo las instituciones políticas están establecidas y organizadas por aquéllos para cuya actuación están diseñadas: El pueblo o la sociedad de un país o territorio específico que forma una comunidad y se organiza por una decisión libre. Sobre la base de un concepto funcional “*postnacional*” del constitucionalismo, no cabe asumir que solo los Estados pueden tener una constitución.

En general, por constitución hay que entender como el instrumento legal por el cual el pueblo de un territorio específico acuerda crear instituciones investidas de poder público, es decir, de poderes para alcanzar ciertos objetivos en su interés común o general, y definir sus respectivos derechos con relación a tales instituciones y su estatus como ciudadanos de la organización, “*comunidad*” o políticas así creadas. Los pueblos de los Estados miembros de la UE lo han hecho así para su respectivo Estado, y al

⁴⁷ SOMEK, A. (2010). “Monism: A Tale of the Undead”, *Research Paper* núm. 10-22, University of Iowa College of Law Legal Studies, pp. 1-66.

⁴⁸ PERNICE, I. (2002) “El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea”, *European Law Review*, núm. 5, pp. 511-529, traducido al español por Cristina Elías Méndez en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, (2012). Ver también GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2015) “*Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*”, Ed. Sanz y Torres, 3.ª Ed.

elaborar los Tratados europeos, también y de forma adicional para la Unión Europea.

Llega así a la conclusión de que en razón de su evolución histórica, el proceso de integración europea puede ser, en consecuencia, conceptualizado como un proceso de “*constitucionalismo multinivel*” o proceso de establecimiento progresivo de un nivel supranacional de poder público basado en las constituciones nacionales, todo ello unificado en un sistema constitucional compuesto: un sistema dividido de poderes para hacer frente a los retos de la globalización en la era “*postnacional*”, en el que la distribución de los poderes compartidos por los niveles nacionales y europeos se reorganiza y cambia constantemente, mientras que todo el poder público –nacional o europeo– extrae su legitimidad de los mismos ciudadanos.

Esto significa que el proceso constituyente europeo debe ser un proceso conducido por los ciudadanos, con un fuerte impacto sobre las realidades de las constituciones nacionales, los poderes y las funciones de los Estados miembros y sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en general. De tal forma que los ciudadanos de los Estados miembros han adoptado identidades múltiples –local, regional, nacional, europea– que corresponden a los varios niveles de la comunidad política de la que son ciudadanos. Así, concluye Pernice que “*tales identidades están basadas respectivamente en el contrato social acordado con las personas involucradas en ciertos objetivos de dimensión y carácter local, regional, nacional y europeo, estableciendo así un ordenamiento jurídico auto-referencial que es la Constitución del correspondiente sistema político. Ninguno de estos sistemas cubre todas las posibles cuestiones de interés público, pero son complementarios y están vinculados entre sí por disposiciones relativas a la atribución de los respectivos poderes y responsabilidades, la participación y representación de uno en el funcionamiento del otro, y normas de conflicto que aseguran que, en cualquier nivel de toma de decisión, el sistema produce solo una solución para cada caso*”.

En razón de este proceso, la integración europea puede ser, en consecuencia, conceptualizado como un proceso de “*constitucionalismo multinivel*”. Donde el carácter multinivel de este sistema es lo que hay que tener en cuenta al abordar la cuestión de la gobernanza en Europa y cuando se discute una revisión de los Tratados europeos con el fin de llevarlos hacia un formato más democrático, más eficiente y mejor entendido por los ciudadanos.

III. EL RECONOCIMIENTO PRÁCTICO DE ESTAS TEORÍAS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

El TJUE prácticamente desde sus comienzos y a través de un proceso evolutivo jurisprudencial, pues nunca ha estado consagrado en los Tratados, ha elaborado la doctrina de la primacía del Derecho europeo, creando un sistema por el cual la normativa europea tiene prioridad sobre la normativa en conflicto de los Estados miembros, obligando con ello a los órganos

jurisdiccionales nacionales a asegurar la eficacia práctica y la supremacía del Derecho de la Unión, hasta el punto de afirmar que: “*la condición misma de su existencia es el reconocimiento del carácter vinculante de las normas del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros, las instituciones y los particulares... es el guardián de la legalidad de los actos y de la aplicación uniforme de las normas comunes,...* y ejerce funciones que, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros incumben, según los casos, a los tribunales constitucionales, ordinarios y administrativos...”⁴⁹.

Ahora bien, dado que la doctrina de la supremacía del Derecho europeo es resultado de la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia y no el producto de negociaciones intergubernamentales, los tribunales nacionales no estaban por ley o norma obligados a su aplicación y han tenido que hacer frente a este principio también por vía jurisprudencial. Naturalmente la recepción de esta doctrina se ha hecho de forma muy variada y no exenta de problemas tanto teóricos como prácticos, ya que la primacía de la norma europea no es absoluta *per se*, sino hasta donde lleguen las competencias que los Estados miembros le han atribuido a través de los Tratados a la Unión, lo que ha dado lugar a muchas y variadas teorías en torno a la naturaleza jurídica del Derecho de la Unión.

La génesis de la primacía del Derecho de la Unión representa aun hoy, uno de los misterios más fascinantes y controvertidos del Derecho europeo. No por su originalidad, “*pacta sunt servanda*”, sino por haberse convertido en el eje jurídico principal del proceso de integración europeo. El principio de primacía del Derecho de la Unión se ha instalado en la jerga de la jurisprudencia europea tanto en su vertiente estructural como normativa.

Ello ha llevado a un sector de la doctrina, como Manuel Fondevilla Marón⁵⁰, a considerar que el reconocimiento jurisprudencial de este principio, con esa fuerza e importancia, vuelve a colocar al positivismo jurídico como el paradigma epistemológico por excelencia de la ciencia jurídica, y, con

⁴⁹ Apartados 4 y 5 del Informe del Tribunal de Justicia sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea – Contribución del Tribunal de Primera Instancia con vistas a la conferencia intergubernamental de 1996 en *Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas*, semanas del 22 al 26 de mayo de 1995 núm. 15/95. Añaden estos apartados: “*En su calidad de jurisdicción constitucional, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre las competencias respectivas de las Comunidades y de los Estados miembros, así como sobre las competencias de las Comunidades en relación con las demás formas de cooperación en el marco de la Unión... y contribuye así al mantenimiento del equilibrio institucional; controla el respeto de los derechos fundamentales y de los principios generales del derecho tanto por las instituciones como por los Estados miembros, cuando sus actividades se sitúan en el ámbito de aplicación del derecho comunitario; se pronuncia sobre las relaciones entre derecho comunitario y derecho nacional, así como sobre las obligaciones recíprocas de los Estados miembros y de las instituciones comunitarias; por último, puede pedirle que dictamine sobre la compatibilidad con los Tratados de las obligaciones internacionales que las Comunidades proyecten contraer... Es de todo punto evidente que la necesidad de garantizar la interpretación y la aplicación uniformes del derecho comunitario, así como de los convenios indisolublemente ligados a la consecución de los objetivos de los Tratados, requiere la existencia de un órgano jurisdiccional único, como el Tribunal de Justicia, que fije definitivamente el derecho para toda la Comunidad. Esta exigencia es fundamental en todo asunto que revista carácter constitucional o plantee cualquier otro problema importante para el desarrollo del derecho...*”

⁵⁰ FONDEVILLA MARÓN, M. (2014) “Dos visiones del Derecho europeo: Hans Kelsen y Herman Heller”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 166, pp. 187-214.

él, a la dialéctica monismo-dualismo. En concreto las premisas de la teoría monista de Kelsen, especialmente las de su obra “*Das problema der Souveränität*”, de un modo consciente o inconsciente volverán a ser usadas en los razonamientos del TJUE. Mientras que las contrarias dualistas se asientan en una parte de la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

Sin embargo tras la aprobación del Tratado de Lisboa, el 18 de octubre de 2007, y el reconocimiento en los artículos 4.2 y 6.2 TUE, de la identidad constitucional de los Estados miembros, la adhesión al CEDH y la elevación a principios generales del Derecho de la Unión las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, otro sector de la doctrina entiende que ya no cabe aplicar las teorías anteriores pues la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se ha visto obligado a acudir a postulados pluralistas.

3.1. Los postulados monistas y su aplicación por el Tribunal de Justicia

El acto judicial que fundó el monismo comunitario se refleja ya en la sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto C-26/62, *Van Gend en Loos*, cuando afirmó que “[...] *la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias*”. Lo que se completó con el reconocimiento de la eficacia directa, al permitir a los nacionales de los Estados miembros invocar derechos europeos que el juez nacional debía proteger. Poco después se dicta la sentencia de 25 de julio de 1964, asunto C-6/64, *Costa v E.N.E.L.*, relativa a la primacía del Derecho comunitario. Y, esta decisión, que tiene la misma raíz que la sentencia *Van Gen & Loos*, (pues la primacía no es entendible sin la eficacia directa y sin la autonomía), apunta toda una nueva serie de matices monistas en cuanto a que califica al Derecho europeo como un ordenamiento jurídico autónomo, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y supranacional. Esto es, se califica a este nuevo ordenamientos como un cuerpo normativo aplicable simultáneamente a los Estados miembros y a sus nacionales. El TJ subraya, el carácter definitivo de la transferencia de soberanía de los Estados miembros a la Comunidad y el papel existencial de la primacía del Derecho europeo designada como “*base jurídica de la Comunidad*”. El Tribunal de Justicia convierte al Derecho europeo en un orden jurídico objetivo y no voluntarista.

Esta auto-aplicación objetiva del Derecho europeo lo codificará de manera concluyente en la sentencia de 9 de marzo de 1978, asunto C-106/1977, *Simmmenthal*, que añade varios matices a las precedentes. Tras recordar el acervo jurisprudencial en los relativo al efecto directo y a la primacía sobre el derecho de los Tratados, en términos visiblemente inspirados en el artículo 27 de la Convención de Viena, reitera la doctrina de la primacía al decir, que las disposiciones del Derecho europeo, por formar parte integrante del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros, impiden la formación válida de actos legislativos incompatibles con el Derecho europeo. Lo que reiterará en las sentencias de 17 de diciembre de 1970, asunto C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* o, de 8 de septiembre de 2010, asunto C-409/06, *Winner Wetten*, en términos absolutos y globales, al especificar la primacía del Derecho europeo sobre el Derecho interno incluido el constitucional.

La consolidación de los principios de autonomía, eficacia directa, primacía del Derecho europeo e integración, culminará en la década de los ochenta en las sentencias, de 22 de junio de 1989, asunto C-103/88, *Fratelli Costanzo Spa* o de 13 de diciembre de 1989, asunto C 322/88, *Grimaldi*, para todas las instancias nacionales y en relación tanto del derecho primario como derivado. Para conseguir este objetivo, el TJUE recela del Derecho interno de los Estados miembros e impone a los tribunales nacionales un método interpretativo teleológico, que gire en torno a los objetivos o fines perseguidos por los Tratados.

Con la sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto C-283/81, *CILFIT*, en relación con la cuestión prejudicial se asienta un nuevo elemento monista. Y es que según Miguel Poiars Maduro, la relación simbiótica entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia en la puesta en funcionamiento de la eficacia directa en confluencia con la supremacía y aneja a la consideración del individuo como sujeto europeo, junto con su identidad nacional, décadas antes de que la UE institucionalizase la ciudadanía de la unión, son los elementos que, han conseguido calificar al Derecho europeo como verdadero derecho supranacional⁵¹.

La sentencia de 19 de junio de 1990, asunto C-213/89, *Factortame I*, puede verse también como otro ejemplo de cómo el TJUE reforzó de modo particular los medios de que disponían los particulares para imponer el respeto del Derecho europeo a las autoridades nacionales, estableciendo el reconocimiento general del principio de la responsabilidad del Estado por violación del Derecho europeo, con independencia de cuál sea el órgano del Estado autor de la violación o de la naturaleza de la norma comunitaria infringida. Incluso en la sentencia de 28 de mayo de 1991, asuntos C-6/90 y C-9/90, *Francovich*, el TJ aplica la sanción aun cuando la normativa comunitaria en cuestión carezca del efecto directo. De este modo, como dice la sentencia de 13 de noviembre de 1990,

⁵¹ MADURO, M.P. (2003) "Las formas del poder constitucional de la Unión europea", *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 119, enero-febrero, pp. 11-55.

asunto C-106/89, *Marleasing*, se podrá dar efecto a la obligación del Estado para con la Comunidad, para con los restantes Estados y para con los particulares. Llega incluso a matizar en la sentencia de 26 de septiembre de 2000, asunto C-443/98, *Uniliver*, la posibilidad de que un particular invoque una directiva frente a otro a los puros efectos de oponerse a la aplicación de Derecho interno con ella incompatible, y en la sentencia de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, *Seda Küçükdeveci*, se admite la posibilidad de la eficacia horizontal de aquellas directivas que se limiten a concretar principios generales del Derecho de la Unión, sobre todo si los citados principios se localizan en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, tal y como reitera la sentencia de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, *Maribel Domínguez*.

Basándose en esta jurisprudencia, me atrevo a decir que, a pesar de las tesis que ven en las sentencias relaciones con la aplicación del Derecho internacional un claro ejemplo del pluralismo constitucional, no cabe decir que en ellas, el Tribunal de Luxemburgo se aleje de las concepciones monistas pues, en el Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, reconocerá que “*En efecto, los Tratados comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados, sino también sus nacionales. Los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario así creado son, en particular, su primacía con respecto a los Derechos de los Estados miembros y el efecto directo de toda una serie de disposiciones*”. O en la sentencia de 21 de septiembre de 2005, asunto T-315/01, *Kadi*, que vuelve a reconocer frente al dominio del orden internacional la primacía del Derecho europeo sobre las normas, incluidas las de Derecho internacional.

Pero, incluso en materia de derechos humanos, y, antes de que se aprobase el Tratado de Maastricht y el Tratado de Lisboa, el TJUE (que parecía entrar en rivalidad con el TEDH), utilizó de forma muy sutil el contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y, a través de él, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, como vía indirecta para incorporar la protección de los derechos fundamentales al ámbito de la UE, y resolver él todas las cuestiones en materia de derechos fundamentales que afectasen a la Unión. El TJUE a través de la sentencia de 12 de noviembre de 1969, asunto C-29/69, *Stauder*, comenzó a reconocerse competente para proteger los derechos fundamentales de la persona cuando afectasen a las políticas de la UE, pese al silencio de los Tratados constitutivos, y lo hizo con la inteligencia de reconocer a estos derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario. Lo que volverá a reconocer en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, o en la sentencia de 14 de mayo de 1974, asunto C-4/73, *Nold*, en términos absolutos y globales, recordando la primacía del Derecho europeo considerado en su conjunto sobre el Derecho interno también considerado en su conjunto, incluido el constitucional y, considerando del ámbito de competencia europeo la protección de los derechos fundamentales, y, en especial el CEDH. Hasta el punto de afirmar algún autor, como José

Martín y Pérez Nanclares⁵², que hasta bien entrada la década de los noventa, “la rivalidad entre el TJUE y el TEDH”, ha sido sustituida en favor del primero y con ello en favor del Derecho de la Unión. En la década pasada Estrasburgo, aceptó la protección dada por el TJUE a los derechos fundamentales. Desde la sentencia recaída en los asuntos *Matthews o Bosphorus*⁵³ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que el ordenamiento jurídico de la Unión ofrece en relación con los derechos humanos una protección equivalente a la del Convenio y ello permite presumir que los Estados miembros cumplen las obligaciones derivadas del CEDH cuando se limitan a aplicar obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión. Esto es, el TEDH adhiere formalmente la Unión Europea al CEDH, dando un claro trato de favor al ordenamiento de la Unión, o, más concretamente reconociendo su primacía⁵⁴.

Tras la aprobación del Tratado de Lisboa con el reconocimiento de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y la obligación de la UE de adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el TJUE ha mantenido íntegramente la anterior jurisprudencia y ha preservado su monopolio en el control de validez del Derecho de la Unión. En este contexto el Tribunal de Luxemburgo vuelve a acogerse a los paradigmas monistas y asume la idea de que la protección de los derechos fundamentales es algo que el Derecho europeo no puede obviar y por ello, aun a pesar del límite del artículo 51.1 TUE, se arroga la función de determinar cuál es el estándar nacional de protección de estos derechos fundamentales que debe utilizar el juez nacional que aplica el Derecho europeo. De hecho en sentencias como la de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, *Seda Küçükdeveci* o la de 9 de marzo de 2010, C-518/07, *Comisión v Alemania*, confirma la plena continuidad jurisprudencial en materia de derechos fundamentales.

Ello ha reavivado en los últimos tiempos el debate en torno a la primacía última, respecto a los derechos fundamentales. Y es que, aunque los derechos fundamentales estén presididos tradicionalmente por la doctrina del estándar máximo de protección, lo cierto es que la diferencia de los tratados internacionales circunscritos a los derechos humanos con la Carta está para el Tribunal de Justicia meridianamente clara. Los derechos humanos internacionales tienen una clara vocación de complementariedad de los sistemas nacionales de protección, mientras que la Carta se enmarca en el propio contexto de la UE, el cual construido conceptualmente en términos de autonomía y con vocación integradora, tiende a desplazar en aras a la uniformidad y a través del principio de primacía, las disparidades de los

⁵² MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J. op. cita, pp. 186-187.

⁵³ STEDH de 10 de febrero de 1999, *Matthews v Reino Unido* y STEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus v. Irlanda*, 45036/98, FJ. 165.

⁵⁴ Lo que se reafirma con los convenios impulsados por el Consejo de Europa que, desde la década de los años ochenta, reconocen que si un convenio entra en colisión con una norma comunitaria sobre la misma cuestión para los Estados miembros de la UE prevalece la norma europea. Tal fue el caso del Convenio sobre Televisión Transfronteriza de 5 de mayo de 1989 o el Convenio Europeo sobre Prevención del Terrorismo de 16 de mayo de 2005.

Estados miembros, incluidas las derivadas de hipotéticos niveles nacionales de superior protección⁵⁵.

De igual forma acometió con toda naturalidad, desde el momento de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la labor de considerar la Carta como parámetro de validez de los actos de la UE. E incluso aunque la verdadera novedad del Tratado se centra en la creación de un nuevo control externo en la materia, el TJUE emitió el Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014, sobre el Proyecto de acuerdo de adhesión de la UE al CEDH, donde de forma clara establece la peculiaridad del Derecho europeo y en concreto el respeto al principio de autonomía del sistema jurídico de la Unión recogido en el artículo 344 TFUE. El Tribunal de Justicia considera que los Tratados someten la adhesión al CEDH, al cumplimiento de diversos requisitos: la necesidad de preservar las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión y garantizar que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones, ni a la situación particular de los Estados miembros respecto del CEDH, ni tampoco al artículo 344 TFUE. La autonomía de que goza el Derecho de la Unión con respecto a los derechos de los Estados miembros y con respecto al Derecho internacional exige que esos derechos fundamentales se interpreten en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión. Para garantizar la preservación de las características específicas y la autonomía de este ordenamiento jurídico, los Tratados han creado un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho europeo. En ese marco, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento confiere a los justiciables⁵⁶.

El Tribunal de Justicia actúa en el ámbito del Derecho internacional como con el Derecho nacional de los Estados miembros y entiende que un acuerdo internacional únicamente puede afectar a las propias competencias de la UE si se cumplen los requisitos esenciales para la preservación de la naturaleza de éstas y, por lo tanto, no se pone en peligro la autonomía del sistema jurídico europeo. Tal es el sentido de la sentencia de 30 de mayo de 2006, asunto C 459/03, *Comisión v Irlanda* o de la sentencia de 2 de diciembre de 2014, asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, o de la sentencia del Tribunal General, de 17 de diciembre de 2014, asunto T-400/10, *Hamás v Comisión*.

La consecuencia de esta auto-aplicación objetiva o primacía del Derecho europeo será que el dualismo en relación con el Derecho de la Unión es imposible. La tesis defendida en los inicios de la integración por la cual el Derecho de la UE se aplicaba en virtud de una transformación en Derecho nacional se ha abandonado, y, con ello todo intento de explicar la UE

⁵⁵ ALONSO GARCÍA, R. (2014) “Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Estudio y Jurisprudencia, 5.ª Edición, Ed. Thomson Reuters, pp.1-717, en concreto p. 86.

⁵⁶ Lo que ya había reiterado en su Dictamen 1/09.

desde los paradigmas dualistas. Con la aparición del Derecho de la Unión, normas no estatales pasan a ser objeto normal de lo jurídico, y en el curso de la integración no sólo se construye un mercado sin Estado y un sistema de gobierno sin Estado, sino también un derecho sin Estado, que incluso tiene como función superar la ordenación estatal del continente.

Es así como Estados miembros con una clara tradición dualista no han podido oponerse a la aplicación de una norma europea frente a una norma fundamental constitucional. Tal fue el caso de la República Federal Alemana, que no pudo oponerse a la aplicación de una norma europea auto-aplicable frente a una norma fundamental constitucional, en la sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* o que una directiva prevaleciese sobre la Ley Fundamental, en la sentencia de 11 de enero de 2000, asunto C-285/98, *Tanjia Kreil*. Tal fue también el caso de Grecia con la sentencia de 16 de diciembre de 2008, asunto C-213/07, *Michaniki* o con la sentencia de 23 de abril de 2009, asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07 *Kiriaki Angelidaki y otros*. Y, en Austria con la sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09 *Sayn Witgenstien*.

Ello se debe a que como dice Carlos Rodríguez Iglesias⁵⁷, la innovación que el Derecho europeo hace en esta materia es que, a diferencia del Derecho internacional, excluye el dualismo como opción en la relación entre sistemas pues el Derecho de la UE no sólo proclama la supremacía sobre el Derecho interno de los Estados miembros, sino que además determina las consecuencias de esta primacía en caso de conflicto en el orden interno de cada Estado.

3.2. Los tintes pluralistas en la jurisprudencia europea desde el Tratado de Lisboa

Las recientes modificaciones a las que ha sido sometido el Tratado de la UE, representan el factor más importante que pone en discusión el principio de primacía del Derecho europeo y, con él, la tesis monista. En efecto, el Tratado de Maastricht primero y el Tratado de Lisboa después, establecen (en los arts. 4.2 y 6 respectivamente) la cláusula de salvaguardia de las identidades constitucionales de los Estados miembros; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión con el mismo valor jurídico que los Tratados; el establecimiento de que ninguna de las disposiciones de la Carta puede interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en sus respectivos ámbitos de aplicación, y; finalmente que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión

⁵⁷ RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C. (1999) "Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo" *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 200, pp. 11-25.

como principios generales. Todos estos preceptos suponen una europeización de los contra límites o cláusulas intangibles de las constituciones nacionales, lo que parece modificar desde el punto de vista teórico de manera significativa la concepción monista del Derecho europeo.

Con la aprobación del Tratado de Lisboa, el Tratado de la Unión intenta no aferrarse a un ordenamiento europeo puramente monista, tratando de buscar una fórmula más respetuosa con la unidad pero en la diversidad que caracteriza el sistema europeo, o lo que es igual, establecer una primacía condicionada o en terminología de Di Antonio Ruggeri⁵⁸ primacía invertida, lo que choca con alguna sentencia del TJUE y sus principios totalmente europeístas. En este sentido, un sector de la doctrina insiste en afirmar que el TJUE se ha visto en la encrucijada de tener que recuperar los principios nacionales en los que se personifica la identidad constitucional de los Estados miembros, lo que se vislumbra en sentencias recientes como la de 24 de abril de 2012, asunto C-571/10 (*Servet Kamberaj/Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano*, al especificar la necesidad de respetar las identidades nacionales de los Estados miembros y recordar que: “*Dicha disposición del Tratado UE refleja la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia según la cual los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia (en particular, la sentencia de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C 521/09)...*, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales”. Es por ello por lo que, según Fausto Vecchio⁵⁹, en la actualidad podemos encontrar en la jurisprudencia de Luxemburgo una teoría monista con grandes tintes pluralistas, donde los Tribunales supremos o constitucionales, aun reconociendo el rol del TJUE siguen defendiendo su derecho al veredicto final sobre las cuestiones relacionadas con la identidad constitucional, pues, el uso de la fórmula de la identidad constitucional en los Tratados, les ha llevado a interpretar las cláusulas de salvaguarda como un reconocimiento a las reivindicaciones de sus competencias y, de manera más general, como una afirmación de sus doctrinas dualistas “*nacional-soberanistas*”.

Será sin embargo en política exterior, y con la sentencia de 3 de septiembre de 2008, asunto C-402/05 y C-415/05, *Kadi I*, la que al reconocer en su FJ 4 que, “*la Comunidad Europea es una comunidad de Derecho, (...) en la que, un acuerdo internacional no puede menoscabar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia*” ha permitido a un sector de la doctrina afirmar que se ha producido el triunfo de los postulados pluralistas en lo relativo a la relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho internacional. Y es que, según Ignacio Gordillo Pérez⁶⁰, *Kadi* pertenece a una

⁵⁸ “*Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle Antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*”.

⁵⁹ VECCHIO, F. (2012) “Primacía del Derecho Europeo y contralímites como técnicas para la relación entre ordenamientos”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17.

⁶⁰ GORDILLO PÉREZ, L.I. (2012) “constitución y ordenamientos supranacionales”, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, pp. 475-501.

nueva generación de decisiones en las que el TJ no se limita a proclamar la autonomía del Derecho de la Unión sino que trata de identificar un núcleo constitucional de principios cuya violación justifica su intervención dando entrada con ello a las teorías pluralistas o en terminología de De Burca al pluralismo extremo.

Así, si en la sentencia de 19 de julio de 2008, asunto C-308/06, *Inter-tanko*, el Tribunal de Justicia analiza una serie de cuestiones vinculadas a la relación entre Derecho internacional y Derecho europeo y niega por primera vez, la posibilidad de que las disposiciones de un acuerdo internacional contemplado en su totalidad, produzcan efecto directo y puedan por tanto ser invocadas ante los Tribunales de la Unión⁶¹, en la sentencia *Kadi*, lo confirmará de forma incuestionable. En ella el TJ reconoce de forma clara y abierta la autonomía y separación del orden legal de la UE frente al dominio del orden internacional y la primacía del Derecho europeo sobre las normas de Derecho internacional. Esto es, el TJ actúa en el asunto *Kadi* de la misma forma que en el asunto *Solange*⁶² pero con la diferencia de que en *Solange* el TJ partió de la supremacía de un único orden jurídico, el europeo y de un problema de interpretación, no de la existencia de diferentes órdenes legales. En *Kadi* aprovecha el TJ para recordar que el Derecho europeo es un derecho autónomo, propio, e independiente del Derecho internacional.

Según DE BURCA⁶³, parece que en política exterior, el TJ reconoce al menos la existencia de dos ordenamientos separados el Internacional y el Supranacional. Al decir el TJ que en un mundo cada vez más interdependiente, los diferentes ordenamientos jurídicos tendrán que esforzarse en hacer compatibles entre sí las respectivas pretensiones judiciales, está reconociendo la existencia de una pluralidad de ordenamientos todos válidos en su ámbito. E incluso reconoce que, en alguno de estos casos, no siempre podrá reclamar el monopolio de determinar cómo han de conciliarse determinados intereses fundamentales, pues, entiende que siempre que resulte posible, se deberá reconocer la autoridad de aquellas instituciones que, como el Consejo de Seguridad, han sido creadas en virtud de un ordenamiento jurídico distinto del suyo y que en ocasiones se encuentran mejor situadas para sopesar los mencionados intereses fundamentales. Esto es, el TJ reconoce la existencia de múltiples ordenamientos jurídicos a los que no podrá dar la espalda cuando afecten a los valores fundamentales en los que se sustenta el ordenamiento jurídico europeo y cuya protección debe garantizar. Añade incluso que el respeto a otras instituciones tan sólo tendrá

⁶¹ En el FJ 2 dirá “el Tribunal de Justicia comprueba así pues, en virtud del artículo 234 CE, la validez del acto comunitario de que se trate en relación con todas las reglas del Derecho internacional, siempre que se cumplan dos requisitos. En primer lugar, la Comunidad ha de estar vinculada por dichas reglas. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia sólo puede examinar la validez de una normativa comunitaria en relación con un Tratado internacional si la naturaleza y el sistema de éste no se oponen a ello y si sus disposiciones son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas”.

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 29 de mayo de 1974, BVerfGE, 37, 271.

⁶³ DE BURCA, G. (2012), “The ECJ and international legal order” in *The Worlds of European Constitutionalism*. Ed. by G. de Burca & J.H.H. Weiler, Cambridge, pp. 105-149.

sentido si puede edificarse basándose en un entendimiento común de los referidos valores y en el mutuo compromiso de protegerlos.

De hecho, justamente desde la sentencia *Kadi II*, pero sobre todo en la última sentencia de 2013, se pone de manifiesto que el corpus normativo de la UE no es ni independiente ni autosuficiente para proteger los derechos fundamentales. La respuesta legal ofrecida por el TJUE se remite al proceso de diálogo entre el Consejo de Seguridad y la UE, a dinámicas de cooperación, y a procesos destinados a cubrir las lagunas sobre la protección efectiva de los derechos⁶⁴.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIÓN EUROPEA

Si bien es cierto que desde la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo no es posible averiguar la naturaleza jurídica de la Unión Europea, si se puede observar desde las primeras sentencias cómo va situando al Derecho europeo en la línea de lo que será la solución técnico jurídica de su jurisprudencia posterior. Pues, aun denominando al Derecho europeo como Derecho internacional⁶⁵, empieza a sentar las bases de un derecho propio, con parámetros propios y que no necesita ni del Derecho internacional ni del nacional⁶⁶, para

⁶⁴ FJ. 67 de la STJUE de 18 de julio de 2013, asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *Kadi*: “Por otra parte, la inexistencia de inmunidad de jurisdicción en el caso de los actos de la Unión que aplican medidas restrictivas a nivel internacional ha sido confirmada por la sentencia de 3 de diciembre de 2009, *Hassan y Ayadi/Consejo y Comisión* (C-399/06 P y C-403/06 P, Rec. p. I-11393, apartados 69 a 75), y, más recientemente, por la sentencia de 16 de noviembre de 2011, *Bank Mellat/Consejo* (C-548/09 P, Rec. p. I-11381)”, cuyo apartado 105 afirma, basándose en la sentencia *Kadi*, que, sin que ello obste a la primacía de las resoluciones del Consejo de Seguridad en el plano internacional, “el respeto a las instituciones de las Naciones Unidas al que están obligadas las instituciones comunitarias no puede conllevar la falta de control de la legalidad de tales actos de la Unión desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho de la Unión”.

⁶⁵ STJ de 5 de febrero de 1963, asunto C-26/62, NV, *Algemene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v. Nederlandse Administratie der belastingen*. En el FJ. II.B. dirá “[...] la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias”.

⁶⁶ STJCE de 13 de noviembre de 1964, asunto C-90 y 91/63, *Comisión v Luxemburgo y Bélgica*, en la que sostiene que, si bien el Derecho internacional permite a quien es parte en un tratado internacional justificar su incumplimiento sobre la base de que otra parte también lo ha incumplido (*exceptio inadimpleti contractus*), en el Derecho comunitario no hay espacio para el principio de reciprocidad. En la STJCE de 14 de diciembre de 1971, asunto C-7/71, *Comisión v Francia*, recuerda que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho internacional, la falta de ejercicio de las competencias comunitarias no supone la caducidad de las mismas, ya que la limitación de la soberanía de los Estados miembros es definitiva. Y en la STJCE de 23 de febrero de 1988, asunto C-68/86, *Reino Unido v Consejo*, recuerda que los Tratados constitutivos no pueden ser tácitamente modificados por vía consuetudinaria, ya que las instituciones comunitarias carecen de un poder de disposición sobre ellos.

incluso otorgar posteriormente a los Tratados fundacionales la consideración de Carta Constitucional de la Unión⁶⁷.

Esta forma de ver y entender el Derecho europeo ha sido interpretado de forma muy distinta por la doctrina, pues las categorías tradicionales y los parámetros empleados por la Teoría general del Derecho, la Teoría del Estado o 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 europeo. Por esta razón, como recuerda Armin von Bogdandy⁶⁸ a medida que se consolida la integración europea, cada vez son más difíciles de sistematizar las teorías doctrinales pues, la inseguridad y diversidad de visiones sobre la naturaleza jurídica de la Unión Europea no consigue atenuarse en la literatura jurídica de los países miembros, lo que evidencia una preocupante asimetría entre la evolución del ordenamiento comunitario y los análisis doctrinales.

En esta línea, y, aun a pesar de las muy diferentes visiones que en torno a esta cuestión se pueden suscitar, destacan principalmente dos teorías doctrinales, la internacionalista, en la que se engloba su variante supranacionalista y la constitucionalista o federalista.

4.1. La Unión Europea como organización internacional

La teoría internacionalista (con sus variantes en torno a la supranacionalidad) considera que es necesario examinar a la Unión Europea desde el punto de vista de las normas jurídicas sobre las que se funda, y, con ello, es forzoso concluir que pertenece al ámbito del Derecho internacional. Es obligado reconocer que la Unión Europea tiene un origen inequívocamente internacional, pues, ha sido creada por toda una serie de tratados internacionales, normalmente designados como “Tratados constitutivos”. Éstos establecen una estructura permanente a la que encomiendan la realización de determinados fines. Es evidente, por ello, que los Tratados constitutivos dan vida a una organización internacional. En esta línea, Wolf-

⁶⁷ La STJCE de 23 de abril de 1984, asunto C- 294/1983, *Parti écologiste “Les Verts”* dirá que “es pertinente subrayar, en primer lugar, que la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado.” Lo que vuelve a reconocer en el Dictamen 1/1991, de 14 de diciembre de 1991, y en el 2/1996, de 28 de marzo, al decir que “el Tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Tratados comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales... Los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario así creado son, en particular, su primacía con respecto a los Derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos”. Destacan también esta línea la STJUE de 3 de diciembre de 2008, asuntos acumulados C-402/05 y C-415/05, *Kadi y Al Barakaat International Foundation v. Consejo y Comisión*.

⁶⁸ BOGDANDY, A. Von (2000) “Notas sobre la Ciencia del Derecho europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, pp. 203-237, primer semestre, traducción de MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ.

Dietrich Grussmann, entendió, siguiendo la tradicional escuela vienesa del derecho, que el ordenamiento jurídico europeo, conforme a la Teoría pura del derecho se basa en una norma fundamental, de modo que numerosas características del Derecho de la UE se modelan en el marco de una “*gran teoría*”. E incluso Niklas Luhmann reflexiona sobre un sistema jurídico ordenador del mundo⁶⁹. Carlos Fernández Liesa⁷⁰, consideran que el derecho comunitario constituye un Derecho internacional particular, en el que: “*a pesar de los particularismos y de los avances en relación a otros modelos, la construcción europea sigue constituyendo un fenómeno jurídico-político que puede y debe seguir siendo analizado desde parámetros de orden jurídico internacional*”.

Tal es también la posición de Javier Díez-Hochleitner, al que no le parece exacto sostener que el Derecho europeo no es Derecho internacional, pues, la Unión Europea aún no ha trascendido la categoría de Organización internacional. El Derecho internacional sigue constituyendo el fundamento del Derecho europeo, ya que sigue operando con categorías e instituciones del Derecho internacional. Si bien es cierto que el Derecho de la UE es un ordenamiento jurídico propio, según expresión del propio TJUE, o un ordenamiento jurídico autónomo, sigue siendo un ordenamiento autónomo de Derecho internacional, un subsistema de Derecho internacional, que cuenta con sus propias normas secundarias, normas que, en parte toma prestadas de los ordenamientos estatales. Junto a las razones expuestas, existen otras de mayor peso. Aun cuando el Derecho europeo constituya un ordenamiento de Derecho internacional de carácter autónomo no es completamente autosuficiente, no posee los rasgos propios de un sistema cerrado sino, a lo sumo, semi-cerrado. Eso significa que en el ámbito comunitario queda un cierto espacio para el juego de las normas de Derecho internacional general. Tal es el caso de la eficacia directa, y la primacía o *pacta sunt servanda* del Derecho de la Unión, del procedimiento de revisión de los Tratados constitutivos o del sistema competencial comunitario. Este carácter semi-cerrado se aprecia incluso al estudiar a fondo los mecanismos que ofrece el Derecho europeo en materia de arreglo de controversias y de la responsabilidad de los Estados miembros por infracción de sus obligaciones, pues el Derecho europeo no está cerrado a la posible exigencia por un Estado miembro de una reparación de los daños que para él se derivan de la infracción por otro, como ocurrió en los ataques sufridos por los transportistas españoles en el territorio francés en julio de 2015. El camino que queda por recorrer hasta convertir a la UE en una entidad superior, de tipo estatal como los Estados miembros es largo y hay que confiar que no muera de éxito.

La concepción afín al Derecho del Estado ve en la UE una organización internacional de corte intergubernamental, si bien con algunas peculiari-

⁶⁹ LUHMANN, N. (1981) “*Die Ausdifferenzierung des Rechts*”, Suhrkamp, Frankfurt. Este autor se elabora su teoría sobre la caracterización del ordenamiento jurídico como un sistema social y su diferencia funcional con los demás subsistemas sociales.

⁷⁰ FERNÁNDEZ LIESA, C.R. (2002) “Sobre la unidad del Derecho internacional”, *Homenaje al Prof. Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Ed. Trotta, Madrid, pp. 265-299, en especial 274-278.

dades. Esta organización no puede dotarse de autonomía política y jurídica, sino que permanece fundamentalmente dependiente de los Estados miembros, los Estados nación soberanos. Desde esta base Paul Kirchhof ha caracterizado a la UE como una unión de Estados⁷¹, pues TUE contiene elementos que pueden confirmar esta posición.

Luis María Díez Picazo⁷² opina que hay que estudiar a la UE desde otra óptica diferente, y recordar que, si bien nadie discute el origen inequívocamente internacional de la Unión Europea, estos Tratados fundacionales dotaron desde el principio a la Comunidad primero y la Unión Europea después, de una estructura política, económica y jurídica que no se corresponde con ningún modelo conocido hasta la fecha. La excepcional ambición del objetivo perseguido por los Tratados, (la integración europea) separa a esta organización de las internacionales. Más aun, este objetivo fue acompañado, desde sus orígenes, de instrumentos particularmente poderosos y de cláusulas que hicieron a esta empresa una institución siempre abierta a nuevas tareas comunes, en donde lo normal fue la producción sistemática y cotidiana de derecho, de manera que este derecho se convirtió en el medio principal de realización de los fines de esta organización internacional. La Unión Europea es ante todo una entidad reguladora en la que el derecho es la clave de la integración europea. La combinación de unos objetivos ambiciosos y unos instrumentos poderosos suele conducir a reconocer que la UE, aun siendo su matriz original el Derecho internacional, es una organización internacional *sui generis*, a la que se le ha acuñado el término de organización supranacional, que se contrapone al carácter intergubernamental que tradicionalmente han tenido las relaciones internacionales. Y, añade este autor que, la UE es supranacional en un doble sentido: en sentido normativo, porque muchas de sus normas vinculan directamente a las autoridades nacionales y a los particulares, y en sentido decisional porque la aprobación de dichas normas no está necesariamente sometida a la regla de la unanimidad. Por ello, aun existiendo muchas teorías internacionalistas al respecto⁷³, se debe observar a la UE desde el punto de vista de sus fines y su funcionamiento, en lugar de hacerlo desde el punto de vista de su origen, por lo que aun siendo formalmente una organización internacional, sustancialmente es algo más. La UE es, pues, una organización a caballo entre lo internacional y lo constitucional que

⁷¹ KIRCHHOF, P. (2003) "Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund", en A.V BOGDANDY (ed), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und Dogmatische Grundzüge*, pp. 892 y ss. Ver también RAINER WAHL, R. (2006) "¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de teoría del Estado?" *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, pp. 105-129.

⁷² DÍEZ PICAZO, L.M. (2008) "La naturaleza de la Unión Europea", *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre, InDret 4/2008.

⁷³ FERNÁNDEZ LIESA, C. R. (2002) "Sobre la unidad del Derecho internacional", *Homenaje al Prof. Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Ed. Trotta, Madrid, pp. 265-299, en especial 274-278. En opinión de este autor el Derecho comunitario constituye un Derecho internacional particular, y, añade que: "A pesar de los particularismos y de los avances en relación a otros modelos, la construcción europea sigue constituyendo un fenómeno jurídico-político que puede y debe seguir siendo analizado desde parámetros de orden jurídico internacional".

se beneficia tanto de las características del Derecho internacional como del constitucional, y que por ello no puede prescindir del juego en él de normas de Derecho internacional y de su inspiración en el derecho estatal, al que la doctrina ha bautizado como supranacional.

Teoría ésta, que ha sido criticada por Armin von Bogdandy⁷⁴ quien entiende que a menudo, la fórmula *sui generis* es sólo una careta que enmascara impotencia clasificatoria, y no un motivo para reflexionar genéricamente sobre cómo un instituto jurídico marcado por el Derecho del Estado puede ser trasladado con pleno sentido al Derecho de la Unión. Por su parte Robert Shütze⁷⁵ considera que referirse a la naturaleza jurídica de la UE como *sui generis* no es una teoría sino más bien una falta de teoría.

4.2. La Unión europea como Estado federal o confederal

La segunda de las corrientes es aquella que ya fue sugerida en 1946, por Winston Churchill cuando lanzó la idea de que “*hay una panacea que permitiría a Europa recuperar su pulso y su personalidad: los Estados Unidos de Europa*”⁷⁶. Lo que fue también recogido por Francés Robert Schuman en 1950 que se plantea la federación europea, y se intenta llevar a efecto en el artículo 9 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de Defensa, que nunca llegó a aprobarse.

Seguidores de este postulado como Gabriel Pérez Pérez⁷⁷ parten de la idea de que, la UE, desde sus orígenes, se fue desarrollando como un modelo de federalismo principalmente económico, por ser una Unión Económica federal en la que los postulados de Friedrich List se identifican con claridad. Roberto González Ibán y Manuel Ahijado ven en la Comunidad Económica Europea la heredera directa de las uniones económicas federales tanto en la forma como en el contenido. Antonio La Pergola, dirá que “*en la historia de los ordenamientos federales, el mercado único ha venido a ser el régimen que consiente a los individuos disfrutar de sus ventajas en condiciones de paridad en toda el área integrada, casi siempre con el soporte de una preexistente unidad monetaria y política*”, por ello, “*la integración llega a ser un federalism by analogy*”, sustentada en tres principios fundamentales: la cohesión socioeconómica, la legitimación democrática, y la supremacía del Derecho Comunitario.

⁷⁴ BOGDANDY, A. Von (2000) “Notas sobre la Ciencia del Derecho europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 5, pp. 203-237, en concreto p. 209, primer semestre, traducción de MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ.

⁷⁵ SHÜTZE, R. (2009) “*From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*”, *Oxford Studies in European Law*.

⁷⁶ Formuló sus conclusiones, fruto de las lecciones de la historia, en su famoso Discurso para la juventud académica, pronunciado en la Universidad de Zúrich en 1946: “*Existe un remedio que... en pocos años podría hacer a toda Europa... libre y... feliz. Consiste en volver a crear la familia europea, o al menos la parte de ella que podamos, y dotarla de una estructura bajo la cual pueda vivir en paz, seguridad y libertad. Debemos construir una especie de Estados Unidos de Europa*”.

⁷⁷ PÉREZ PÉREZ, G. (2009) “El modelo federal de la Unión Europea”, *Cotidiano*, núm. 58, noviembre-diciembre, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, México pp. 67-74.

A su vez esta teoría del federalismo económico ha dado entrada al concepto de “*federalismo intergubernamental*” que aplicado al ámbito de la Unión Europea, se debe a los profesores Maurice Croizat y Jean-Louis Quermonne, pues, desde la aprobación del Tratado de Maastricht la UE toma elementos tanto del federalismo como del inter-gubernamentalismo. Hasta el punto de que Hallstein⁷⁸ o Federico Mancini⁷⁹ sostienen una concepción de la UE que orienta la integración hacia una estatalización como una forma de dominio político y jurídico que realiza elementos del constitucionalismo federal.

Lo que lleva a manifestar a José Martín y Pérez Nanclares, el número elevado de elementos de naturaleza federal que se pueden percibir en el sistema comunitario, tales como: la arquitectura o dimensión institucional, que prevé la existencia de mecanismos por los que se canaliza la participación de los entes estatales en la federación, y viceversa, así como un órgano encargado de resolver los conflictos que puedan surgir (el Tribunal de Justicia); el sistema jurídico, integrado por principios básicos como la primacía, lealtad federal, solidaridad financiera, vigilancia federal o medios coercitivos de la federación; el sistema de competencias y el principio de subsidiariedad, y la moneda única.

A pesar del número tan elevado de la doctrina seguidora de esta teoría, hay voces discordantes con estas afirmaciones que hacen una crítica importante al proceso de federalización de la Unión que no parece tener todavía un límite claro, pues como recuerda Maurice Duverger⁸⁰, ninguno de los Estados miembros de la Unión Europea, que son todos ellos verdaderos Estados, titulares de lo esencial de la soberanía, parece estar dispuesto a cambiar de estatus para convertirse en una simple unidad federada.

4.3. La Unión Europea como Estado constitucional

Por otro lado, Ignacio Gordillo y Gissepe Martinico⁸¹ recuerdan que la mayor parte de la doctrina cuando se refieren a federalización de la UE están haciendo referencia ora a constitucionalización como humanización ora constitucionalización como federalización de la Unión.

Respecto a la primera opción, Álvaro Rodríguez Bereijo⁸², recuerda que uno de los pasos más importante que se ha dado en la construcción del

⁷⁸ HALLSTEIN, W., (1973) “*Die Europäische Gemeinschaft*”, Econ Verlag, Düsseldorf.

⁷⁹ MANCINI, G.F. (1989) “The Making of A Constitution For Europe”, *Common Market Law Review*, vol. 26, Issue 4, pp. 595-614.

⁸⁰ DUVERGER, M. (1995) “*Europa de los hombres: una metamorfosis inacabada*”, Madrid, Alianza Editorial, pp. 17-56.

⁸¹ GORDILLO PÉREZ, L.I. y MARTINICO, G. (2013), “La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, pp. 429-478. Ver también GORDILLO PÉREZ, L.I. (2005) “Constitucion, Constitucionalizacion y Constitucionalismo de la Unión Europea”, *Estudios de Deusto*, vol. 53/2, julio-diciembre, pp. 254-306.

⁸² RODRÍGUEZ BEREJO, A. (2001) “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 1-2, semestre 2001, pp. 45-57.

Estado federal es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya que “*trasciende la mera visión economista imperante de la Unión, como un vasto mercado basado en la libre circulación de trabajadores capitales, bienes y servicios, y en la moneda común, y mira hacia la Unión y a los ciudadanos que la integran como una entidad política fundada en valores comunes, en la que, sin embargo, tanto el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona y los principios de paz, democracia y el Estado de Derecho constituyen pilares básicos*”. Ello es así porque este autor considera que federalismo debe ser entendido en sentido de constitucionalización, por ello dirá que, *formalmente la Carta no se inserta en un proceso constituyente que se haya abierto en la UE, sea del de una federación de Estados miembros, sea el de una federación europea en el sentido expuesto recientemente. Aunque materialmente una Carta de derechos fundamentales es parte imprescindible de toda Constitución moderna.* Constitucionalismo asociado a la idea de “humanización” del ordenamiento jurídico comunitario (es decir, la afirmación de los derechos fundamentales a nivel supranacional) o de un Derecho nacido para disciplinar el mercado común.

La constitucionalización como federalización consiste en entender que si por federalización normalmente se entiende la transformación de la UE en un verdadero estado federal o en una federación, al que se refiere Maurice Duverger, muchos autores, en cambio, con esta fórmula, hacen referencia a un “*federalizing process*”, entendido como el progresivo alejamiento del Derecho de la UE de la lógica meramente internacionalista, es decir como un fenómeno que ha producido la progresiva sustitución del principio internacionalista de la unanimidad por el principio constitucional de la mayoría.

Esta idea está presente en los escritos de los comparatistas americanos que ya en los años sesenta escribían sobre las Comunidades Europeas. Eric Stein⁸³, conceptualizó la idea de las Comunidades Europeas como entidades caracterizadas por una estructura constitucional parecida a la de un sistema federal. Para este autor, el proceso judicial europeo, que se caracteriza por una relación simbiótica entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, es un proceso dialéctico complejo (aún más compleja que la de un sistema judicial nacional) con el poder dividido como en una federación, en una gran variedad de participantes que interactúan en varios foros. Joseph Weiler⁸⁴ al explicar su teoría de la tolerancia constitucional sigue utilizando terminología propia de un Estado federal. Así dirá que el federalismo es una filosofía política y jurídica que se adapta a todos los contextos políticos, tanto el municipal como el internacional, siempre y cuando se den dos requisitos básicos: la búsqueda de la unidad, junto con verdadero respeto por la autonomía y los intereses de las legítimas entidades participantes. Por esta razón han constituido un rasgo básico en el debate sobre la integración europea las comparaciones entre los federalismos de

⁸³ STEIN, E. (1981) “Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution”, *The American Journal of International Law*, vol. 75(1), pp. 1–27. <http://doi.org/10.2307/2201413>.

⁸⁴ WEILER, J.H.H. (2000) “Federalism and Constitutionalism: Europe’s Sonderweg”, *Harvard Jean Monnet Paper*, núm. 13.

América del Norte y de Europa. Y, en concreto ha atraído mucha atención la aparente divergencia de la experiencia europea de la federación típica americana. En contraste con el modelo clásico del estado federal, la estructura institucional de Europa todavía se adhiere a la concepción supranacional originaria de la Comisión y el Consejo, y el Parlamento junto con la garantizada voz decisiva de la gobernanza europea en manos de los gobiernos de los Estados miembros. El empoderamiento formal de, por ejemplo, el Parlamento Europeo en los últimos años ha sido contrarrestado por el empoderamiento informal Consejo. Por su parte, la Comisión ha tenido que luchar para preservar su propio peso en el proceso de toma de decisiones. Aunque aparentemente podría compararse a la Comisión con un Poder Ejecutivo federal, al Consejo con una cámara tipo Senado y al Parlamento con una cámara representativa, la realidad sigue siendo una Europa intergubernamental. Para utilizar un lenguaje un tanto arcaica del arte de gobernar, institucionalmente Europa está más cerca del estado confederal que de un estado a la federal.

No faltan tampoco autores, como Neil MacCormick⁸⁵ (al que se le considera como la fuerza impulsora del movimiento del pluralismo constitucional), que abrazan la idea de constitucionalismo como pluralidad de varios ordenamientos jurídicos, a través del positivismo institucional que une en un todo el entendimiento práctico del derecho, los conocimientos sociológicos y la teoría del pragmatismo. Al que se le une Joseph Weiler⁸⁶ al articular su principio de tolerancia constitucional y el análisis de constitucionalismo europeo. Miguel Poiars Maduro, por su parte también dirá que, el pluralismo constitucional no sólo es un remedio para los conflictos constitucionales de autoridad, sino la teoría que mejor puede abrazar y regular la naturaleza de la entidad política de la Unión Europea. Pues, es una teoría creadora de un verdadero constitucionalismo europeo. Es decir se centra en el estudio tanto de la legitimidad del constitucionalismo europeo como de su modelo de poder organizar.

Ingolf Pernice cree que el elemento central no es el Estado, sino la Constitución. Pernice eleva los Tratados constitutivos de las relegadas Comunidades europeas a la categoría de Constitución. Sin embargo, no debe entenderse la constitución europea como la estatal, por el contrario el surgimiento del constitucionalismo de la UE no necesita agotar el constitucionalismo del Estado nación, ya que ambas dos formas de constitucionalismo son expresiones de la idea del constitucionalismos en cuanto tal. Se trata pues de un derecho constitucional integrado en un sistema multinivel, de una Constitución multinivel europea. El discurso ha de girar en torno a conceptos como el orden constitucional europeo, sistema de interdepen-

⁸⁵ MACCORMICK, N. (1993) "Beyond the Sovereign State", *The Modern Law Review*, núm. 56, pp. 1-18.

⁸⁶ WEILER, J.H.H. (2001) "Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg" *Harvard Jean Monnet Working paper* núm. 10/00. Ver también (2000) 'Why should Europe be a Democracy: The Corruption of Political Culture and the Principle of Toleration', in F. Snyder (ed.) *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European integration* (Oxford, Hart Publishing), pp. 213 y 217.

dencia constitucional o red constitucional europea. Se centra en las interconexiones entre los ordenamientos nacionales y el europeo, y ello sobre la base de que los Tratados constitutivos efectivamente cumplen las funciones de un texto constitucional. Wallter Hallstein concibió a la Comunidad Europea como una comunidad de derechos y así creó un concepto central necesitado de entendimiento.

V. CONCLUSIONES

Al no existir en los Tratados de la UE una cláusula de supremacía inequívoca que regule la relación de jerarquía entre los diferentes ordenamientos legales o que especifique la ley de leyes, el TJUE prácticamente desde sus comienzos y, a través de un proceso evolutivo, ha reconocido en sus resoluciones judiciales los principios de primacía, eficacia directa y autonomía del Derecho de la Unión. Y ha creado un sistema por el cual la norma de la Unión europea goza de prioridad sobre la norma en conflicto del Estado miembro, obligando con ello a los tribunales nacionales e Internacionales a asegurar la aplicación del Derecho europeo aun cuando entra en conflicto con el Derecho nacional (incluido el constitucional) e internacional.

Este nuevo derecho ha revolucionado las concepciones tradicionales y obligado a la doctrina a buscar nuevas explicaciones que permitan entender cómo un órgano salido del Derecho internacional que no es ni Legislativo ni Ejecutivo, ha conseguido imponerse a los tribunales nacionales de los Estados miembros e integrar de manera uniforme el Derecho europeo en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Sea como fuere, desde el punto de vista empírico, la realidad es que el TJUE se ha arrogado la competencia de las competencias incluso en determinar el común de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, lo que para un sector de la doctrina se debe a que el TJUE se acoge a una postura netamente monista del Derecho de la Unión, frente a la dualista de algunos Estados miembros.

Para otros sin embargo, a pesar de las reticencias del TJUE de acudir a otros ordenamientos jurídicos, al reconocer el Tratado de Maastricht primero y el de Lisboa después, principios tales como: la identidad nacional, la subsidiariedad, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y adherirse al CEDH se ha visto obligado a abandonar su monismo y dejar entrar a postulados pluralistas, o la menos dualistas.

Teorías estas tres que desde la perspectiva teórica, hacen muy difícil explicar la naturaleza jurídica de la UE, pues, a medida que se consolida la integración europea, la inseguridad y diversidad de visiones sobre la misma no consigue atenuarse en la literatura jurídica de los Estados miembros. Esto evidencia una preocupante asimetría entre la evolución del ordenamiento jurídico europeo y los análisis doctrinales.

Para un sector de la doctrina, el sentido común aconseja que la UE sea observada desde el punto de vista del origen internacional de sus Tra-

tados fundacionales, y, con ello concluir que la UE es una organización internacional de carácter supranacional. Es decir definir a la UE como una organización internacional de categoría especial, en la que junto a las características especiales de estas organizaciones se da la nueva nota de que su ordenamiento jurídico sea directamente aplicable en la esfera interna de los Estados miembros y por tanto de obligado cumplimiento.

Esta auto-obligación o supranacionalidad del Derecho de la UE ha llevado a otro sector de la doctrina a considerar a la UE está más cerca del concepto de Estado que del de una Organización Internacional, y, por ello, que se deba definir a la UE como una entidad federal o más concretamente confederal.

Para otros, la naturaleza jurídica de la UE, es federal pero entendiendo este término como sinónimo de constitucional, o caballo entre lo estatal e internacional.

Y, finalmente no faltan aquellos autores que al referirse a la UE como entidad constitucional, lo hacen desde una nueva idea de Constitución que no se equipara con la concepción tradicional de constitución de los siglos XIX y principios del XX de los Estados miembros, sino en el sentido de una Constitución creadora de un ordenamiento cuyo funcionamiento no sólo es tarea de los gobiernos de los Estados miembros, sino también de los ciudadanos, elevando con ello a los Tratados fundacionales a la categoría de norma constitucional. Donde la aparición de la norma constitucional supranacional y su conexión con la norma constitucional nacional e internacional se explique a partir de un concepto suficientemente amplio de Constitución que identifique múltiples lugares en los que se desarrolla el proceso constitucional. Esto es, que la relación de ordenamientos jurídicos sea en vez de un modelo piramidal, un modelo en red o plural. Lo que equivale a considerar al pluralismo constitucional cómo el proceso explicativo de la constitucionalización europea. En este sentido, en el marco de un sistema de varios niveles de gobierno, como se produce en el ámbito europeo, se trata de entender al Derecho europeo como aquel que se desarrolla desde una perspectiva integral, dentro de un proceso que afecta al mismo tiempo a la legislación tanto nacional, como europea e internacional. De hecho la teoría del pluralismo constitucional encuentra su más nítida utilidad interpretativa en el marco de la definición de relaciones entre el Derecho de la Unión europea y el derecho producido por los Estados miembros sin olvidar que esta teoría del constitucionalismo multinivel fue elaborada para poder explicar los conflictos constitucionales entre el Derecho europeo y el nacional.

Sin embargo, y, a pesar de que el pluralismo constitucional es lo que más se acerca a la realidad de la UE, no permite explicar la génesis de la primacía del Derecho europeo, que, incluso hoy en día, sigue representando uno de los misterios más fascinantes y controvertidos del Derecho de la Unión.