

La norma fundamental en el “ordenamiento” europeo: ¿Un callejón sin salida?

Giuliano Vosa¹

Prólogo.

El Derecho entre razón y voluntad. La norma fundamental, garantía de validez de las normas y fundamento de su obligatoriedad. El debate constitucional europeo primordial: ¿“deber ser” o “querer ser”? Fundamentos *culturales* del Derecho constitucional común y crisis del voluntarismo.

- I. **El constitucionalismo multinivel: perspectivas sistemáticas de un soberano europeo.**
 - a. Constitución-porvenir, o *Planungsverfassung*: el argumento teleológico y el consenso originario de los Estados.
 - b. El Tratado de Maastricht según el Tribunal constitucional alemán: *Staatenverbund* como asociación de Estados soberanos.
 - c. Grimm vs.Habermas: ¿un debate engañoso?
 - d. Pernice y el *Verfassungsverbund*: trayectorias de un voluntarismo post-estatal.
 - e. La *Grundnorm* cooperativa en un ordenamiento abierto: el principio de cooperación leal.
 - f. Coincidencia y falsa oposición entre *Staaten-* y *Verfassungsverbund*.

- II. **Del constitucionalismo multinivel al pluralismo constitucional: el atardecer de la soberanía.**
 - a. MacCormick y el neo-institucionalismo: *Hart in Europe*. Los oficiales y el pretendido punto de vista interno.
 - b. Poiares Maduro y el Derecho a contrapunto.
 - c. La norma de reconocimiento y el punto de vista interno: ¿constitucionalizar el pluralismo o pluralizar el constitucionalismo?
 - d. Pluralismo radical: Krisch y Teubner.
 - e. Pluralismo deliberativo: Chalmers, Joerges y Walker.
 - f. ¿Una *Grundnorm* meta-holística?

- III. **Conclusiones:** La obligatoriedad impuesta a fuerza. ¿Cómo salir del callejón?

¹ Investigador *García Pelayo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).

RESUMEN:

En tiempos de crisis económico-financiera, que pronto se ha vuelto crisis constitucional y de identidad, el Derecho de la Unión ha pretendido más que nunca respaldar su obligatoriedad jurídica, pese a las notables resistencias que iba encontrando tanto a nivel estatal como en las relaciones interinstitucionales. Sin embargo, resulta problemático el anclaje teórico de dicha obligatoriedad, aunque en la práctica el Tribunal de Justicia sigue dándola por sentada a partir de los años '60 - cuando presentó la Comunidad Económica Europea como “un ordenamiento jurídico de nuevo tipo”. De hecho, esta calificación se revela equívoca en un doble sentido: primero, por calificar como “ordenamiento” a un conjunto que desatiende el principio de exclusividad propio de los ordenamientos estatales; segundo, por darle un contenido normativo concreto, al presumir que la voluntad de los Estados esté orientada a una integración cada vez más profunda. Esta doctrina llegó al Tribunal a partir de la construcción realizada por algunos juristas alemanes, como H.-P. Ipsen y C.F. Ophüls, para quienes los Tratados realizaban una *Constitución-porvenir*, o *Planungsverfassung*; de ahí que la voluntad estatal se pudiera presumir como dirigida hacia la “*ever closer Union*” señalada por el Preámbulo del mismo Tratado. Esta doctrina causa el solapamiento, y la confusión, entre la voluntad estatal y un Derecho de matriz sapiencial, tecno-jurisprudencial, que las instituciones construyen de acuerdo a la que consideren la mejor vía para alcanzar los objetivos indicados por el Tratado.

Dicha teoría afecta la teoría del “ordenamiento” europeo como “unión de constituciones” según el “constitucionalismo multinivel” generando como un efecto de ilusionismo. El *Verfassungsverbund* pretende reconstruir la soberanía en torno a la voluntad general, entendida à la Rousseau; dicha voluntad, en el marco europeo, corresponde a “*a pluri- or multilevel organization of public authority and responsibilities*” que ejercen “*concurring sovereignty rights*” o sea “derechos de soberanía” que no compiten, sino que se suman entre ellos. Como consecuencia, la norma fundamental en el ordenamiento europeo es una *Grundnorm* de tipo cooperativo. Pernice se sirve de un concepto forjado por la doctrina del federalismo, especialmente alemán, pero oculta un problema troncal: la ausencia de una unidad política anterior a la constitución, de la que la constitución es forma pero no es causa. De esta unidad política, que la Unión pone de objetivo hacia el cual tender, y que la *Planungsverfassung* disfraza de unidad ya acabada, adolece la Unión europea.

Como consecuencia de la unidad, en el marco del *Kooperative Verfassungsstaat* a los múltiples niveles de gobierno corresponde una precisa atribución de poderes y responsabilidades, cuya garantía última es la norma fundamental. A cada pretensión de soberanía, o *sovereignty “claim”* le corresponde una *representational claim* verificada: o sea, la aclarada capacidad de acoger y solucionar el conflicto, y unas reglas de responsabilidad en el caso de que no consiga solucionarlo. Por corolario, dichas *claims* dejan de girar en torno a la soberanía y se ponen como cuestiones de competencia, dentro de un marco racionalizado que da por sentada la lucha por el poder.

A la juridicidad de estas reglas, corolario de la validez de la *Grundnorm* que da por resuelta la lucha por el poder, el ordenamiento estatal condiciona la validez de la norma que afirma la prevalencia del Derecho federal sobre el Derecho de los Estados. Dichas reglas, no obstante, carecen de fuerza obligatoria en el Derecho de la Unión; la ausencia de unidad política anterior convierte cada cuestión de competencia en una verdadera *sovereignty claim*, es decir en una pretensión de soberanía en un espacio abierto. Pues, la cuestión del soberano no es neutral respecto a la *forma* de la constitución, sino que pretende *conformarla*. No pudiéndose dar por aclarada la correspondencia entre *sovereignty* y *representational claims*, el Derecho sufriría una mutación genética: de instrumento para la composición del conflicto político, que condiciona su validez a la capacidad de solucionarlo, a instrumento para la supresión del propio conflicto, que pretende afirmar su validez con independencia de su capacidad solucionadora. En este caso, sin embargo, existe el riesgo de que el propio Derecho, alejándose de la realidad de las relaciones de poder, quede mudo frente a una erupción abrumadora del conflicto social. En fin, la norma fundamental cooperativa europea solo funciona ahí donde la leal cooperación entre Estados, que asumen su recíproca igualdad pese a las claras diferencias de peso político y económico, busque una solución que ponga remedio al conflicto - que sea, en otros términos, no intolerable para ninguno de los Estados ni irreversible para los que hayan quedado fuera del compromiso político. En otro caso, cabe preguntarse si la norma fundamental mantiene su validez y, con ello, si el propio Derecho de la Unión guardaría intacta su fuerza jurídica pese a fundarse en una *Grundnorm* no obligatoria.

La doctrina del pluralismo constitucional tiene su punto de partida en un marco teórico distinto, aquel del neo-institucionalismo; es ahí donde la ubica Neil Mac Cormick, que cuestiona el alcance del concepto de soberanía en Europa en una famosa obra de fin de siglo. La fuerza obligatoria del Derecho de la Unión, según esta visión, se fundamenta en la evolución de las prácticas sociales que permiten considerar la regla de reconocimiento, entendida *à la* Hart, como “en proyección” desde los Estados a la Unión. Esta regla, como lo expone Mac Cormick, “*must evolve and develop over time*” según el dinamismo de las fuerzas sociales; así que la validez del Derecho de la Unión se desprende del consenso de las instituciones y de la consecuente adaptación de la sociedad europea al proyecto integracionista. Sin embargo, siguiendo Hart, el Derecho de la Unión podría reclamar su validez en la medida en que demuestre la existencia de un consenso entre los “*officials*” a nivel nacional y supranacional en torno al “punto de vista interno” respecto de la Unión. En efecto, el pluralismo constitucional guarda su conexión con la teoría de los sistemas, según la cual el Derecho es un sistema *autopoiético* - *i.e.* que genera en su propio foro interior las causas y las consecuencias de su mutación - y que solo puede sufrir “irritaciones” con respecto a otros sistemas. Dichas irritaciones producirían Derecho en la medida en que sean “internalizadas”; el fruto de este proceso de internalización bien puede resultar en una modificación del sistema, pero ésta nunca sería trasladada tal cual desde otro sistema - en caso contrario, el sistema dejaría de ser tal. En otras palabras, de aceptar como tal el Derecho del otro, tanto el Estado como la Unión renunciarían a su pretensión soberana, y darían por resuelta la cuestión del poder en su propio detrimento.

El pluralismo institucional ha generado corrientes distintas, que marchan en direcciones opuestas. Algunos proponen un pluralismo *radical*: Kriesch mantiene el pos-constitucionalismo frente al atardecer de la capacidad de los Estados para guardar un cierto nivel de homogeneidad social. Teubner habla de constituciones civiles que se afirman en cada sector que forme parte de intereses de grupos y particulares, defendiendo la auto-referencialidad de cada sistema - público y privado - a la luz de la aclarada imposibilidad de encontrar un planteamiento común. Otros mantienen un pluralismo deliberativo: Poiars Maduro hace referencia a la capacidad de uso público de la razón por parte de los Tribunales para forjar argumentos *universalizables*, es decir, que todos puedan compartir o al menos entender; basando en un *surplus* de deber de motivación la obediencia a la norma fundamental cooperativa. Chalmers y Joerges, cada uno por su vía, ven en la deliberación de colegios representativos cercanos del modelo de la comitología una opción práctica para alcanzar compromisos políticos sin vulnerar posiciones sensibles de grupos o particulares. Walker, afirmando la necesidad de proceder “*además del debate alemán*”, pone de manifiesto que el constitucionalismo, para preservar su esencia tanto científica como normativa, no puede renunciar a una pretensión “holística” - es decir, a la búsqueda de un criterio para fundamentar la interacción recíproca entre los sistemas institucionales, que ya son en sí mismos holismos. De aquí la exigencia de buscar “*a form of meta-procedural consensus, or at least the commitment to reach such a consensus*” para que los sistemas decidan conjuntamente, y de manera coherente, en asuntos sensibles: un *meta-holismo* constitucional, cuya *pars construens*, sin embargo, quedaría en las manos de una auténtica política europea, no pudiendo desprenderse del solo Derecho.

La crisis ha fortalecido notablemente las pretensiones de soberanía de la Unión europea pese a que los riesgos de un Derecho incapaz de buscar soluciones al conflicto político se han vuelto realidad. Sin embargo, al profundizar en el análisis de la norma fundamental del “ordenamiento” que se pretende imponer como vinculante, se aprecia que semejante obligatoriedad no se concilia con la teoría de la norma fundamental de un ordenamiento constitucional. Es necesario recordar que dicha teoría, al desprenderse de las Cartas constitucionales del segundo posguerra, pretende guardar una escala de valores en cuyo primer puesto alberga la dignidad del hombre capaz de auto-determinarse; de allí el equilibrio entre razón y voluntad a la base del Derecho, que resulta en las relaciones de carácter constitucional entre el legislador, las administraciones y los Tribunales. En otras palabras: a la base de aquella teoría radica, a la luz de las Constituciones más modernas, una cierta concepción del ser humano que alcanza su realización en cuanto se demuestre capaz de auto-determinarse, tanto en la esfera pública como en la esfera privada. Pues, cabe preguntarse si la abertura del ordenamiento estatal al Derecho supranacional no deba de ser condicionada a unas normas que aseguran la defensa de dicha antropología; o bien si este proceso de integración supranacional no conlleve, a semejanza del orden jurídico medieval, una concepción del hombre como capaz de realizarse solo en su esfera privada, al margen - y a pesar - de la condición de súbdito que se le imponga en la esfera pública.